

**Juzgado de lo Contencioso-Administrativo
número 10
Sevilla**

Recurso: Procedimiento ordinario número 200/2008.
Recurrentes: D.ª [REDACTED], [REDACTED] y [REDACTED]
Abogado: D. José Antonio Ramos Mesonero.
Administración: Servicio Andaluz de Salud.
Letrado del S.A.S.: D. José Antonio Díaz Regodón.
Codemandada: Zurich España Cia. de Seguros y Reaseguros.
Procuradora: D.ª Julia Calderón Seguro.
Abogado: D. Javier Moreno Alemán.
Cuantía: 160.000 euros.
Actuación administrativa recurrida: Silencio ante la pretensión indemnizatoria de los actores por el fallecimiento de su madre. Expte. RP 07505.

En Sevilla, a 25 de noviembre de 2009.

El Ilmo. Sr. D. Luis Alfredo de Diego y Díez, Magistrado del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 10 de esta capital, ha pronunciado,

EN NOMBRE DEL REY, la siguiente

— SENTENCIA núm. 271/2009 —

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. El 12/05/2008 se registró en este juzgado, procedente del turno de reparto del Decanato, el recurso contencioso administrativo entre las partes y con el objeto *ut supra* referenciados. Se reclamó el expediente que tuvo entrada el 5/09/2008. Dado traslado a la parte actora, ésta presentó su demanda el 22/09/2008. La Administración contestó la demanda el día 12/11/2009 y la codemandada se opuso con fecha 23/12/2008. El 2/01/2009 se fijó la cuantía del procedimiento y se abrió el período probatorio. El 26/06/2009 se cerró el período probatorio y se fijó día para la vista de conclusiones que se celebró el 24/11/2009, a las 12:10 horas, alegando cada una de las partes en pro de sus respectivas posiciones. Tras dicho acto, los autos quedaron conclusos para sentencia.

Segundo. En la sustanciación de este procedimiento se han observado, en esencia, las prescripciones legales.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Los actores formulan reclamación patrimonial en cuantía total de 160.000 euros por el fallecimiento de su madre, imputando al SAS la responsabilidad basada en los siguiente hechos:

1. El día 25 de abril de 2006, la madre de los demandantes, con 80 años de edad, ingresó en Urgencias del Hospital Universitario Virgen Macarena de Sevilla, con antecedentes personales de litiasis biliar con episodios de cólicos biliares desde 30 años antes.
2. Tras diversas pruebas diagnósticas (analíticas, RX tórax, ECG, ECO de abdomen), se le diagnosticó colelitiasis-coledocolitiasis. Previamente a intervenirla quirúrgicamente, se le realizó una esfinterectomía, observándose un gran cálculo que, por su tamaño, no pudo extraerse, optando por mantener un drenaje.
3. El 5 de mayo de 2006, fue intervenida quirúrgicamente, realizándole una colecistectomía, coledocolitotomía, extracción de endoprótesis y colecodorrafia sobre Kehr, con el correspondiente consentimiento informado.
4. La vesícula biliar que le fue extirpada en dicha intervención, fue remitida al Servicio de Anatomía patológica el 8/05/2006, quien emitió informe en fecha 19 de mayo diagnosticando un carcinoma adenoescamoso (folio 149 del procedimiento judicial). Por una descoordinación asistencial, dicho informe no fue conocido por el Servicio de Medicina Interna hasta el 11/10/2006.
5. El 13/10/2006 se realiza intervención quirúrgica hallando metástasis hepáticas múltiples y bilobares y tras el postoperatorio falleció el 14/11/2006.

Los actores no cuestionan la correcta actuación del servicio de urgencias, aunque no acertasen en el diagnóstico; ni tampoco el tratamiento ulterior en el Servicio de Medicina Interna, ni, por último, el tratamiento recibido durante y después de la intervención quirúrgica del 13/10/2006 en la que se hallaron metástasis hepáticas múltiples. Lo que censuran los actores es la descoordinación interna habida en el Servicio Andaluz de Salud entre el Servicio de Medicina Interna del Hospital Virgen Macarena y el Servicio de Anatomía Patológica.

En efecto, nadie en el Servicio Andaluz de Salud ha sabido ofrecer una explicación plausible al injustificado e inexplicable retraso en hacer llegar al Servicio de Medicina Interna el informe de Anatomía Patológica relativo al hallazgo de un carcinoma adenoescamoso en la vesícula biliar de la madre de los demandantes. Obsérvese que el informe se realiza con cierta prontitud el día 19/05/2006 (11 días después de serles enviada la vesícula), pero dicho informe no llega al Servicio de Medicina Interna hasta el 11/10/2006 (casi 5 meses después), tras constar en su historial médico que fue reclamado el 10/11/2006 (folio 67, vto. del expte.). Entre una y otra fecha, la actora fue dada de alta hospitalaria ignorando que tenía cáncer y, lo que es peor, perdiendo casi 5 meses en la iniciación del tratamiento que hubiera correspondido.

La descoordinación existente entre los Servicios de Medicina Interna y Anatomía Patológica ha sido reconocida por el SAS, como no podía ser menos ante la evidencia de los hechos. Sentado ese mal funcionamiento de la Administración sanitaria, lo que no podemos inferir del mismo es que haya sido causa directa y eficiente del fallecimiento de la madre de los actores. Ninguna prueba hay al respecto; máxime teniendo en cuenta la gravedad del cáncer que padecía.

De lo que aquí se trata, pues, es de lo que se denomina «pérdida de oportunidad»; es decir, se trata de asociar el daño (muerte de la madre de los actores) a la falta de medios para evitarlo. En el campo médico se habla de la pérdida de oportunidad de vida o curación para significar aquellos casos en que por la omisión de una ayuda diagnóstica, de un tratamiento diferente, de un adecuado diagnóstico, de un medicamento más completo, etc, se ha privado al paciente de una posibilidad de curación. En suma, se trata de una

pérdida de posibilidades u oportunidades terapéuticas. En tales casos debe el juez condenar al pago de un perjuicio proporcional a la pérdida de dicha oportunidad, la cual debe de todas maneras probarse dentro del proceso.

Aquí el perjuicio discutido es la pérdida de una chance u oportunidad de supervivencia. Admitiendo que puede existir responsabilidad por diagnóstico o asistencia tardía a la madre de los actores, para valorar si existe «pérdida de oportunidad» ha de comprobarse la posibilidad de que el tratamiento o diagnóstico precoz hubiera alterado el resultado final.

Al respecto, hemos de aplicar la doctrina de la probabilidad suficiente (probabilidad estadística). Se trata de valorar la «pérdida de oportunidad» con arreglo a las estadísticas científicas que la cuantifiquen, según la situación planteada. La estadística, evidentemente abstracta, indica cuál es la oportunidad. En el procedimiento tenemos tres opiniones periciales diferentes:

1. El perito de la Real Academia de Medicina y Cirugía de Sevilla, designado en sede judicial, Dr. Moreno Nogueira, especialista en oncología y medicina interna, opina que en este caso no ha existido pérdida de oportunidad y que el desenlace fatal en la paciente hubiera sido el mismo (folio 299 del procedimiento judicial).
2. Los peritos de la aseguradora codemandada (uno de los cuales compareció a presencia judicial, el Dr. Ollero Caprani, especialista en cirugía general), concluyen en su informe que «El pronóstico es malo. La tasa de curabilidad en estadios I y II es menor del 10%. En estadios III y IV, se establece tratamiento paliativo mediante derivación biliar (quirúrgica o por stent)» (folio 224 del procedimiento judicial); y que, a «una persona mayor de 80 años no se debe someter a una intervención radical de rescate, sino solo a cuidados paliativos» (folio 268 del procedimiento judicial).
3. El perito de la parte actora, Dr. Santos, médico general, tras ratificar su informe a presencia judicial dijo que, con una nueva operación de la madre de los demandantes (inmediatamente de conocerse el diagnóstico de cáncer) «posiblemente se hubiera llegado a la sanación del paciente» (folio 268 del procedimiento judicial).

El único especialista en oncología y medicina interna de los peritos que han informado (Dr. Moreno Nogueira), opina que no existe, en este caso, pérdida de oportunidad por el retraso en la aplicación del tratamiento (derivada de una descoordinación injustificada entre dos servicios del SAS). Y el perito especialista en cirugía considera que, en el mejor de los casos para esta paciente, la tasa de curabilidad no llega al 10%. Es difícil aceptar la opinión del perito de la parte actora, carente de especialidad, frente a las opiniones de los otros dos peritos especialistas y, singularmente, frente a la del especialista en oncológica que es la materia de la que aquí se trata.

Así pues, en el mejor de los casos para la parte actora, la probabilidad estadística de curabilidad de su madre no llegaba al 10%, aunque resulta más verosímil el planteamiento del único especialista en oncología que ha informado en este pleito, en el sentido de que no había curación posible dada la edad, la gravedad del cáncer y el historial de la paciente.

Procede seguidamente determinar qué porcentaje de pérdida de oportunidad es necesaria para admitir que concurre el requisito del nexo de causalidad y en su caso, cuál

sea la indemnización aplicable.

1. En los países anglosajones la aplicación al caso de la doctrina de la probabilidad (*more probable than not*), ha determinado que solo pueda afirmarse la existencia de nexo causal entre el acto médico (error, omisión, etc.) y el daño (pérdida de oportunidad) si, eliminando la equivocada actuación médica, la probabilidad estadística de que el resultado hubiera sido otro podía calificarse de «sustancial». Por ejemplo, la sentencia de la Cámara de los Lores (*caso Gregg 2004*), sobre un diagnóstico tardío (9 meses) de *linfoma no-hodgkins*, consideró que «la pérdida de oportunidad inferior al 50% no es suficiente para generar responsabilidad, por ausencia de nexo causal». En el voto particular de Lord Nicholls se dice que: «Sería irracional e indefendible sostener que un paciente que perdió una perspectiva del 55% de recuperación pudiera recuperar daños y perjuicios mientras uno que perdió una perspectiva del 45 % no tiene derecho) a nada».

El Tribunal Supremo de Kansas (*asunto Pipe v. Hamilton, 2002*), relativo a un diagnóstico tardío de tejido estomacal gangrenado, señaló que «la pérdida de oportunidad del 10% es insuficiente para generar responsabilidad ... es necesaria una pérdida de oportunidad sustancial o apreciable».

En esta línea de que solo sea indemnizable una sustancial o apreciable pérdida de oportunidad (*substantial o appreciable loss of chance*) se ha pronunciado también la Cámara Nacional de Apelaciones (Argentina), con fecha 21/11/2002, al declarar que «la probabilidad de que un hecho futuro ocurra es un valor numérico determinístico. Aunque en la mayoría de los casos es imposible calcularlo con exactitud, de este valor depende si la chance es resarcible o no... Por ello se utiliza el concepto de *probabilidad suficiente* o frases equivalentes, términos que aluden al umbral de la chance ..., la pregunta es ¿cuán grande debe ser el valor de probabilidad de una hipótesis, para que pueda ser tenida por cierta a los efectos del proceso decisorio? Y ello en tanto un umbral decisorio es un valor de probabilidad por encima del cual es posible inferir que la ocurrencia del hecho debe ser tenida en cuenta; y por debajo del umbral, el hecho es considerado prácticamente imposible e indigno de ser tomado en cuenta».

2. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español (STS, 3.ª, 7 de julio de 2008 [RJ 2008, 6872]), la pérdida de oportunidad se define como «la privación de expectativas, (...) y constituye, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una "falta de servicio"».

No parece que en nuestro derecho un bajo o reducido porcentaje estadístico de supervivencia sirva para excluir la relación causal y, por tanto, para denegar la indemnización, aunque las posibilidades de supervivencia fueran remotas o indeterminadas. O, incluso admitiendo que tales posibilidades de supervivencia fueran nulas no se puede negar que, de haber actuado correctamente la Administración sanitaria andaluza, los cuidados paliativos hubieran comenzado unos cinco meses antes, mejorando, aunque fuese mínimamente, la calidad de los últimos días de vida de la madre de los actores. En definitiva, lo cierto es que se privó a la paciente (por negligente descoordinación de la Administración sanitaria) del derecho a recibir un tratamiento médico adecuado, esto es, se le privó de posibilidades u oportunidades terapéuticas, porque si la Administración sanitaria hubiera actuado de una manera más diligente, la paciente hubiera tenido la oportunidad de obtener un resultado distinto y más favorable para los últimos meses de su vida.

Segundo. Sentado, por tanto, que existe en este caso «pérdida de oportunidad», imputable directamente a una descoordinación entre dos servicios del SAS, y que la misma es indemnizable, queda fijar el concreto monto de indemnización.

Se viene aplicando por razones de objetividad, seguridad e igualdad de tratamiento, el baremo fijado para las lesiones y muerte producidas por accidente de circulación, actualizado a la fecha de la sentencia (lo que excluye la condena a intereses por demora, salvo los relativos a la ejecución de la sentencia: art. 106 de la LJCA).

La tabla I, de baremo, relativa a indemnizaciones básicas por muerte (incluidos daños morales), contempla en el Grupo III la víctima sin cónyuge y con todos sus hijos mayores (como es este el caso). La madre de los actores nació el 20/01/1926 y murió el 14/11/2006, contaba, pues, con más de 80 años (le faltaban 2 meses para cumplir 81). Los hijos eran todos mayores de 25 años. Según el baremo, la suma total a repartir entre los 4 hijos-demandantes sería de 48.050'53 euros (34.945,84 + 4.368,23 + 4.368,23 + 4.368,23).

Ahora bien, estas sumas están fijadas para indemnizar muertes causadas directamente por imprudencia, que no es el caso. El fallecimiento de la actora era inevitable debido a la gravedad del cáncer. La actuación sanitaria no fue la que le llevó a la muerte y el perjuicio solo puede referirse a la pérdida de oportunidad terapéutica de recibir cuidados paliativos 5 meses antes o, a lo sumo, a una muy remota posibilidad de supervivencia menor al 10% (que, por la edad de la paciente, habría que reducir sensiblemente). Por estas razones, sería inadecuado señalar como indemnización el total de los 48.050'53 euros que resultan de aplicar sin matización alguna el baremo. Prudencialmente, esa indemnización ha de reducirse en un 90% (que se ajusta más al perjuicio real que evaluamos en este caso). La suma indemnizatoria total, por tanto, para los actores, queda fijada en 4.805,05 euros.

La demanda, en fin, debe ser parcialmente estimada sin que haya motivos para imponer las costas a ninguna de las partes (art. 139.1 LJCA).

Tercero. Información sobre recursos. Estamos aquí ante un asunto de cuantía superior a 18.030'36 euros (3.000.000 de pesetas). Nos encontramos, en consecuencia, con un proceso en primera instancia [cfr. art. 81.1 de la LJCA], de manera que la presente resolución podrá ser apelada mediante escrito razonado, presentado ante este juzgado en el plazo de los quince días siguientes a la notificación de esta sentencia.

Será preceptivo a tal fin consignar como depósito, al tiempo de interponer el recurso, la cantidad de 50 euros en la cuenta de depósitos y consignaciones con número 3937-0000-85-0200-08 abierta en Banesto a nombre de este juzgado, código "22. Contencioso-Apelación" (disp. ad. 15.ª de la LOPJ añadida por LO 1/2009), salvo que concurra alguno de los supuestos de exclusión previstos en el apartado 5.º de dicha disposición adicional o se trate de partes a quienes se haya concedido el beneficio de justicia gratuita (art. 6.5 de la Ley 1/1996), debiendo en este último caso acreditar tal extremo con la resolución dictada por la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita sobre concesión de beneficio.

En atención a lo expuesto,

FALLO:

1. **Estimo parcialmente la demanda rectora de esta litis y, en consecuencia, condeno al Servicio Andaluz de Salud a que indemnice a la parte actora en la suma total de cuatro mil ochocientos cinco euros con cinco céntimos (4.805'05 euros).**
2. **Sin imposición de costas a ninguna de las partes.**

Una vez firme esta sentencia, devuélvase el expediente a la Administración demandada con testimonio de la presente.

Así, por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación literal a los autos, lo pronuncio, mando y firmo.

Publicación. La anterior sentencia fue leída y publicada en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó, estando celebrando audiencia pública en la Sala destinada al efecto. De todo ello, como Secretaria, doy fe.