

Carlos Sardinero García

ABOGADO

SANTA ENGRACIA, 36 - BAJO B

28010 MADRID

TEL.: 91 686 91 60 / 91 448 96 92

ATT./ D. CARLOS SARDINERO

PROC.:

NOTIFICADO: 22/10/2018

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO. N. 1
TOLEDO**

SENTENCIA: 00217/2018

SENTENCIA Nº ____/2.018

En la Ciudad de Toledo, a 17 de octubre de dos mil dieciocho.

Vistos por la Ilma. Sra. _____, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo num. Uno de esta Ciudad, los presentes autos del Procedimiento Ordinario num. 48/2017, incoados en virtud de recurso interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña _____, en nombre y representación de doña _____ y _____ bajo la dirección del letrado don Carlos Sardinero García, contra resolución de 3 de noviembre de 2016, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante el Servicio de Salud de Castilla- La Mancha (SESCAM) en solicitud de indemnización por daños y perjuicios sufridos con ocasión de asistencia sanitaria, siendo la cuantía reclamada de ciento cuarenta y siete mil seiscientos veintiocho euros (147.628 €), y habiendo comparecido como Administración demandada el Servicio de Salud de Castilla -La Mancha, representado y asistido por la Letrada de sus Servicios Jurídicos, doña _____ y, como codemandada, la entidad aseguradora _____ Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A., representada por la Procuradora de los Tribunales doña _____ y bajo la dirección letrada de don _____, dicta la presente resolución de acuerdo con los siguientes

SARDINERO ABOGADOS

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado en fecha 31 de enero de 2017, la representación de doña

interpuso recurso contencioso-administrativo contra la resolución identificada en el encabezamiento.

Admitido a trámite el recurso, se acordó reclamar a la Administración el correspondiente expediente, verificado lo cual se dio traslado a la recurrente que formalizó su demanda, interesando en el suplico de la misma el dictado de Sentencia *“por la que se declare la Responsabilidad de la demandada por los daños provocados y, consecuentemente, se le condene a indemnizar a*

en CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL SEISCIENTOS VEINTIOCHO EUROS (147.628 €). más intereses, por los daños y perjuicios sufridos, todo ello con expresa imposición de costas a la demandada.”

Conferido traslado de la demanda y contestada por la Administración demandada y por la codemandada, se recibió el pleito a prueba, practicándose la propuesta y declarada pertinente, con el resultado que consta en autos y, presentados por las partes sus escritos de conclusiones, quedaron los autos conclusos y vistos para dictar sentencia.

SEGUNDO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las prescripciones legales, incluido el plazo para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto de impugnación la resolución del Servicio de Salud de Castilla- La Mancha, de 3 de noviembre de 2016, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante el Servicio de Salud de Castilla- La Mancha (SESCAM) por los arriba identificados como actores en solicitud de indemnización por daños y perjuicios sufridos por su cónyuge y padre, respectivamente, con ocasión de asistencia sanitaria prestada en el

Concluye dicha resolución, en síntesis, que las alegaciones de la parte actora sobre retraso diagnóstico y demora asistencial son meras afirmaciones de parte, sin apoyo probatorio alguno ya que, no aportan informe pericial que acredite la mala praxis, no habiendo cumplido con la carga probatoria exigible a su imputación de mala praxis médica.

SEGUNDO.- Se alega, en necesaria síntesis, en la demanda que, , a mediados de agosto de 2008, acudió al por microhematuria en la orina, siendo sometido en noviembre de 2008, a una cistoscopia en la que se halló un tumor vesical, por lo que fue remitido a la consulta de urología para su inclusión en la lista de espera quirúrgica, realizándose la intervención el 16 de febrero de 2009 confirmándose anatomopatológicamente que el tumor era un "carcinoma urotelial de alto grado ptl". Tres meses después, el 28 de mayo de 2009, se realizó cistoscopia de revisión, pero como muestra el informe obrante al Folio 34 EA, no se realizó estudio anatomopatológico alguno.

Un año más tarde, el 29 de abril de 2010, se llevó a cabo una citología de orina, con resultado sospechoso de malignidad, pero -a pesar de los antecedentes del paciente- no se realizó prueba diagnóstica complementaria alguna, Folio 36 E A.

El 26 de mayo de 2011, el paciente acudió al centro sanitario por hematuria, dificultad para orinar y dolor de espalda realizándole citología de orina con resultado de: *"Abundantes polimorfonucleares y cristales junto a células uroteliales con cambio de probable naturaleza reactiva"*, Folio 38 EA.

Recibió el Alta dos días más tarde con diagnóstico de infección de tracto urinario (ITU) y tratamiento de augmentine, paracetamol y control por su médico de atención primaria, Folio 40 EA.

Los fármacos y el control por su MAP no evitaron que poco después, el 4 de junio de 2011, tuviera que regresar a Urgencias con los mismos síntomas -hematuria y dificultad para orinar- realizándole ecografía urológica sin hallazgos significativos- Folio 43 EA -y a pesar de los antecedentes del paciente y de la reiteración del cuadro de síntomas, se decidió mantener una actitud expectante y ni siquiera se realizó interconsulta con oncología.

El 3 de diciembre de 2012, ingresó de nuevo en el Hospital por dolor abdominal irradiado a la espalda. Permaneció ingresado hasta el 7 de diciembre de 2012, cuando recibió el alta con diagnóstico de cólico biliar en relación con colelitiasis y coledocolitiasis. Tuvo que regresar el 16 de enero de 2013 al sufrir idéntico episodio.

El 31 de enero de 2013, el paciente sufrió una pérdida de conciencia, por lo que acudió de nuevo al Servicio de Urgencias. Fue ingresado por síncope en el y remitido a la planta de cardiología.

Durante el estudio se objetivó *"como hallazgo casual leve alteración de parámetros de función renal"* y al alta se recomendó la *"realización de analítica para valorar función renal"*.

Ante la persistencia de los síntomas, el 4 de marzo de 2013, se practicó una nueva citología de orina, que volvió a mostrar sospecha de malignidad- Folio 54 EA- completando la exploración con resonancia magnética y TAC abdomino-pélvico, realizado el 26 de marzo de 2013, que confirmó recidiva del tumor de vejiga, folio 58:

"HALLAZGOS RADIOLÓGICOS: En la vejiga. se apreciaba una imagen lobulada, que realza tras la administración de CIV, localizada en la pared postlateral izquierda, a nivel de la unión ureterovesical izquierda sugérente de proceso neoformativo.

Esta lesión no muestra plano de separación con la próstata, engloba y atrapa el uréter distal izquierdo, condicionando una dilatación de todo el trayecto ureteral así como del sistema pielocalicial izquierdo. Asimismo, se apreciaba una discreta atrofia cortical izquierda y ausencia de la eliminación del contraste IV en la fase excretora. CONCLUSIÓN: Hallazgos radiológicos SUGERENTES DE PROCESO NEOFORMATIVO EN LA PARED VESICAL POSTLATERAL IZQUIERDA, que condiciona una dilatación de todo el trayecto ureteral así como del sistema pielocalicial izquierdo. Asocia una discreta atrofia cortical izquierda y ausencia de la eliminación del contraste IV en la fase excretora ".

Afirman los recurrentes que los hallazgos del TAC no dejaban lugar a dudas en cuanto a que el cáncer de vejiga había recidivado y, además, de una forma muy agresiva ya que la imagen describía un tumor músculo-infiltrante y, por ello, la urgencia quirúrgica era máxima para el pronóstico del paciente.

A pesar de la claridad de los hallazgos, el 7 de mayo de 2013 (mes y medio después), el paciente fue incluido en la lista de espera para una citoscopia, Folio 223 EA. La misma se llevó a cabo el 9 de agosto, y los resultados no fueron concluyentes para el diagnóstico oncológico.

A pesar de que los resultados no concluyentes, en vista del TAC y la citología de marzo de 2013, el 29 de agosto se incluyó al paciente en lista de espera quirúrgica para RTU/biopsia de vejiga. Consideran que ello evidencia que la citoscopia era innecesaria y no se debió demorar la biopsia para su realización.

12 de enero de 2014, transcurridos cinco meses desde su inclusión en la lista de espera quirúrgica sin haber sido citado para la RTU, el paciente ingresó de nuevo por empeoramiento de su estado de salud constando al ingreso tumefacción de MU y dolor en columna dorsal baja de 4-5 meses de evolución.

En un primer momento ingresó a cargo de Medicina Interna, pero finalmente fue derivado a Oncología dados sus antecedentes y se le practicaron diversas pruebas que corroboraron la recidiva tumoral:

"ECO DOPPLER MU (02/01/14): vena femoral común izquierda trombosada.

RM COLUMNA DORSAL (08/01/14): En conclusión infiltración metastásica en los cuerpos t7. t8 y t9 así como de sus elementos posteriores con masa de partes blandas prevertebral que se introduce por el foramen izquierdo t8 -t9.

TAC Toracoabdominal (14/01/2014): Resumen: EMPEORAMIENTO RADIOLÓGICO EN RELACIÓN CON SU CA VESICAL CON ADENOPATÍAS MTS EN RETROPERITONEO Y PELVIS Y TROMBOSIS FEMORO-ILIACA IZQUIERDA. Uréterohidronefro sis grado IV: Nodulo en LTI. Diverticulosis colónica. MTS óseas en D7y D8. Leve esteatosis hepática. Colecistectomía.

De acuerdo con el Servicio de Urología, el 10 de enero, se realizó Cistoscopia: "Se realiza cistoscopia bajo anestesia local (prueba bien tolerada) objetivando la presencia de una masa intravesical escrescente de aspecto tumoral sólido, de más de 3 cm de diámetro, localizada en cara anterior-cupula y sangrante al roce.

Ante estos hallazgos, el 20 de enero, se realizó RTU: Cistoscopia: Próstata trilobular aumentada en tamaño. Masa sólida escrescente de aspecto tumoral infiltrante de unos 4-5 cm en pared postero lateral izqda. Vesical .(abarca la zona de hemitrigono izdo no apreciándose el OUI). OUD inmune. RTU incompleta en profundidad (dada la infiltración tumoral) de la lesión descrita en la cistoscopia. Durante la resección parece observarse OUI parcialmente reseado engrosado e infiltrado por el tumor.

Anatomía Patológica confirmó que se trataba de un carcinoma urotelial sólido de alto grado que infiltra el estrato muscular.

Afirman los recurrentes que el retraso en el diagnóstico de la recidiva del cáncer de vejiga permitió su metástasis a nivel de columna dorsal y adenopática, con un pronóstico infausto, dado el avanzado estado de la enfermedad, pudiendo acceder sólo a tratamiento paliativo, falleciendo el 18 de septiembre de 2014, tras meses de sufrimiento.

Denuncian que el Informe de Alta del ingreso de enero de 2014, dentro del apartado Historia Oncológica, recoge la realización de una biopsia de vejiga que nunca se llevó a cabo, recogiendo además la espera quirúrgica para cistoprostatectomía radical cuando tal intervención no fue solicitada, estando el paciente a la espera de una simple biopsia- Folio 63 EA-, por lo que, al recibir los familiares tal documento y constatar que la información que proporcionaba no era veraz, solicitaron la modificación del informe para que recogiera la realidad sobre lo sucedido, eliminando la biopsia, modificando la espera quirúrgica para cistoprostatectomía radical e incluyendo la citología de orina practicada en marzo de 2013 como sospechosa de malignidad.

Afirman que los facultativos comprobaron la veracidad de lo relatado por los familiares y procedieron a modificar el historial oncológico, ya que no encontraron el informe de la biopsia y constataron que la espera quirúrgica era de una RTU/biopsia- Folio 67 EA- a pesar de lo cual, la rectificación realizada no fue guardada adecuadamente y los informes posteriores recogen de nuevo la información no verídica.

Por todo ello basan su impugnación en que:

- 1.- No se realizó un seguimiento adecuado del paciente: se infravaloraron sus antecedentes y los resultados sospechosos de malignidad de las pruebas realizadas, lo que permitió el avance incontrolado del carcinoma hasta la metástasis y determinó el infausto pronóstico del paciente.
- 2.-Se sometió al paciente a una lista de espera de cinco meses para la realización de una cistoscopia innecesaria porque las pruebas diagnósticas realizadas no dejaban lugar a dudas acerca de la recidiva del tumor.
- 3.- Se hizo esperar al paciente durante 10 meses para confirmar un cáncer musculoinfiltrante, lo que le privó de toda expectativa de curación.
- 4.- Se incurrió en inexactitud en el historial clínico.

Concluyen que por parte de los facultativos se omitieron las extremadas precauciones que la complejidad del diagnóstico hacía exigibles, existiendo por ello relación de causalidad entre la actuación y el resultado dañoso.

De contrario, opone la Administración demandada que, desde el diagnóstico e intervención iniciales, el Servicio de Urología realizó el seguimiento y control correspondiente a este tipo de tumores, practicando pruebas diagnósticas como cistoscopias, citologías, analíticas y pruebas radiológicas, con intervalos adecuados, sin que la actora acredite en modo alguno la vulneración de la lex artis, acreditando todos los informes obrantes en el expediente que el seguimiento fue adecuado, resultando significativa la repetición de una citología sospechosa de malignidad en 2010, siendo el resultado negativo.

Hace hincapié en que como se recoge en el propio informe pericial que aportan los demandantes, los resultados de la citología de orina practicada con fecha 27 de mayo de 2011, fueron negativos para células malignas. En el mismo informe, se recoge que en la ecografía urológica de esa misma fecha se constata *"Vejiga urinaria de tamaño normal sin signos de recidiva tumoral"*.

Razona que además en la historia clínica obrante en autos, se constata igualmente que a finales del año 2012 y principios de 2013, el paciente sufrió un proceso de colelitiasis y coledocolitiasis, que fue tratado adecuadamente por el Servicio de Digestivo y Cirugía del Hospital, realizándose interconsulta con el Servicio de Urología. Le fue practicada colecistectomía laparoscópica, siendo detectada durante el proceso una alteración en riñón izquierdo, diagnosticada y tratada por el citado Servicio de Urología.

Explica que a la vista de unas imágenes radiológicas dudosas y, tras la realización de cistoscopia, se propuso la realización de una RTU, programándose intervención quirúrgica con carácter preferente el 29 de agosto de 2013 y realizándose el preoperatorio correspondiente el 1 de octubre de 2103.

El 2 de enero de 2014 el paciente acudió al servicio de Urgencias, refiriendo dolor en la columna y a la vista de los resultados de la resonancia magnética que le fue realizada, se acordó su control y tratamiento por el servicio Oncología, que actuó de manera coordinada con el servicio de Urología, poniendo de manifiesto que en el propio informe pericial aportado por los demandantes se reconoce que, en la historia clínica del paciente consta informe de seguimiento del Servicio de Oncología de fecha 27 de enero de 2014 y numerosos informes del Servicio de

Urología, responsable del tratamiento médico cuestionado, en el que se afirma que todas las decisiones fueron adoptadas siguiendo las pautas de actuación marcadas por los resultados anatomo-patológicos de febrero de 2009 y las decisiones tomadas en sesión clínica por todos los miembros del Servicio, concluyendo en la adecuación del tiempo de respuesta y del tratamiento instaurado, plenamente ajustado a la *lex artis ad hoc*, que considera excluye la relación de causalidad y el carácter antijurídico del daño.

Subsidiariamente cuestiona la cuantía reclamada, razonando que no se puede obviar, como pretenden los recurrentes, la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, al no existir ninguna certeza de que una actuación diferente hubiera evitado el fatal desenlace, recogándose estadísticas de supervivencia en el propio informe pericial por ellos aportado.

Opone además que aunque, a efectos meramente hipotéticos, se reconociera un posible retraso en los tratamientos constitutivos de infracción de la *lex artis*, no se podría concluir, a la vista de la gravedad de las lesiones del paciente que, una actuación diferente hubiera tenido como consecuencia un resultado satisfactorio, considerando evidente que la cantidad que los reclamantes calculan como indemnización utilizando el baremo de la Ley de Tráfico, debe ser minorada con un porcentaje, al menos del 50%, salvo que la prueba que se practique en el procedimiento permitiera obtener una conclusión diferente.

Por su parte, la codemandada . opone que no es que la Administración haya permitido que la enfermedad oncológica del paciente haya evolucionado hasta ocasionar su fallecimiento, como se llega a afirmar, sino más bien que no se ha podido evitar el desenlace porque, la curación, máxime ante procesos de la gravedad del que nos ocupa, nunca puede ser exigible.

Niega cualquier infracción de la *lex artis*, impugnando el informe pericial que se aporta con la demanda que considera se ha elaborado *ad hoc* sin que se aportara en su momento al expediente administrativo, poniendo de manifiesto que carece de la necesaria objetividad y su marcado carácter inductivo. De lo que se trata es de valorar los hechos prospectivamente conforme a su propia cronología y no retrospectivamente, partiendo del resultado y -por decirlo de una forma gráfica- yendo hacia atrás para establecer unas conclusiones a conveniencia.

Remite en su lugar a los distintos informes de los facultativos que trataron al paciente (fundamentalmente del servicio de urología del) y al criterio del propio inspector médico instructor del expediente de acuerdo con el cual en todo momento se actuó conforme a la lex artis en función de la sintomatología que presentaba el paciente y el resultado de las múltiples pruebas y controles a los que sucesivamente fue sometido, lo cual descarta ese deficiente seguimiento que se denuncia de adverso.

Y alega que sólo de manera subsidiaria se plantea una eventual pérdida de oportunidad atendido que el paciente tenía una patología de base que hacía que su pronóstico fuera desfavorable, lo que considera que, en caso de reconocer el derecho a percibir alguna indemnización, obligaría a atemperarla.

TERCERO.- En punto a la responsabilidad derivada de asistencia sanitaria, la jurisprudencia ha matizado la aplicación del instituto en dicho ámbito, poniendo de manifiesto al respecto, la STS, Sala 3ª, de 10 de mayo de 2005, recurso de casación 6595/2001 , en su FJ 4º, que: «...el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar", debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido "(cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la lex artis ad hoc"».

En consecuencia lo único que resulta exigible a la Administración Sanitaria «... es la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en este tipo de responsabilidad es una indebida aplicación de medios para la obtención de resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente» (STS Sección 6ª Sala C-A, de 7 marzo 2007).

En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia (SSTS de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).

En definitiva el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria, no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, que puede producirse por el incumplimiento de la lex artis o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.

A lo anterior hay que añadir que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento que se producen aquéllos, de suerte que si la técnica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar y ello aunque existiera un nexo causal.

En la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello causó el daño o más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente.

CUARTO.- En el caso examinado, entre la ingente prueba que obra en las actuaciones, resultan de importancia crucial los informes de los especialistas que obran en las actuaciones que, aunque no son vinculantes, están llamados a complementar los conocimientos del órgano judicial en el momento de adoptar la decisión cuyos fundamentos, por sus contenidos técnicos, hacen necesaria la ayuda de un experto en las materias científicas que pueden presentarse.

De entre tales informes, en la resolución recurrida fueron expresamente considerados el informe del Servicio de Urología - 29 de enero de 2015- en el que se expresan las siguientes consideraciones sobre la actuación médica desarrollada con el paciente tras la primera RTU efectuada el 16 de febrero de 2009:

“se realiza dicha intervención [...] con resultado anatomo-patológico de Ca urotelial alto grado (pT1), iniciándose programa de instalaciones vesicales de B.C.G. [] Posteriormente, ha seguido revisiones ambulatorias con pruebas de imagen y cistoscopias, sin evidencia de patología hasta detectarse en pruebas de imagen de marzo de 2013 lesión sospechosa de proceso neoformativo vesical, que condiciona uropatía obstructiva izda., indicándose realización de cistoscopia. [] En dicha prueba se aprecia una lesión sospechosa por lo que se incluye en lista de espera para un RTU de dicha lesión con carácter preferente. Estando ingresado el paciente en M.I. [Medicina Interna] por trombosis venosa profunda de M. inferior izq., se nos solicita interconsulta por hematuria. Durante dicho ingreso se realiza cistoscopia, detectándose lesión sospechosa de TM, procediéndose posteriormente a RTU biopsia de dicha neoformación. [] El resultado anatomo-patológico de dicha RTU es Ca urotelial sólido de alto grado que infiltra el estrato muscular (pT2). [] Tratándose de un paciente con enfermedad a distancia se desestima tto. quirúrgico radical de intención curativa, continuando la valoración y el tto. por el servicio de oncología”.

Dicho informe se amplió por el propio Servicio de Urología, en una adenda de 28 de julio de 2015, con referencia a las incidencias ocurridas a partir del marzo de 2013 en el siguiente sentido:

“[...] en ecografía solicitada por el Servicio de Digestivo (20-3-2013) se informa de ureterohidronefrosis izq., sin objetivar causa de obstrucción en ese estudio. [] Ante estos hallazgos se remite al paciente a nuestro servicio, donde se solicita TAC preferente que se realiza el 26-3-2013, que se ve con fecha 7-5-2013, informándose de hallazgos radiológicos sugerentes de proceso neoformativo en la pared vesical posterolateral izq., no habiéndose visto antes ya que el paciente no acude a consulta de resultados 4-4-2013 (anulada consulta según histórico de citas del programa por el paciente con fecha 21-3-2013). [] Ante estos hallazgos se solicita cistoscopia que se realiza con fecha 9-8-2013, donde se objetiva dudoso lóbulo medio, sin existencia de clara neo vesical. [] Se propone RTU de dicha lesión, que pasa por Sesión Clínica con fecha 27-8-2013, pidiéndose preoperatorio e incluyéndose en lista de espera con fecha Agosto de 2013 [...]”. Finalmente, se hacen varias afirmaciones sobre las manifestaciones vertidas en el escrito de reclamación, indicando: “[...] 3. Se ha realizado, como se demuestra en la historia clínica, un seguimiento minucioso, tanto de pruebas, analítica y anatómicas diagnósticas (ecos, TAC, cistoscopias), que han sido realizadas aproximadamente cada 4 meses desde el año 2009 al 2011. [] 4. Con respecto a la lista de espera, fue incluido con carácter preferente en Agosto de 2013, según lo objetivado en la cistoscopia. [...] [] 6. Todas las decisiones y seguimiento han sido tomadas sobre pautas terapéuticas a raíz de la anatomía patológica del 2009 y en Sesión Clínica”.

Toda vez que la resolución recurrida fundamenta la desestimación principalmente en el hecho de que las alegaciones de la parte actora sobre retraso diagnóstico y demora asistencial carecen de apoyo probatorio alguno, al no haber aportado en vía administrativa informe pericial que sustente

su imputación de mala praxis médica, resulta de especial importancia la pericial de la parte actora aportada en esta instancia, en concreto la emitida por los Doctores

Licenciado en Medicina y Cirugía por la Universidad Autónoma de Madrid, especialista en Urología, Máster en valoración del daño corporal y psicosocial, Perito Urólogo del Colegio de Médicos de Madrid y don

Licenciado en Medicina y Cirugía por la Universidad Autónoma de Madrid, especialista en Medicina de Familia y Comunitaria, Máster en Medicina de Urgencias, ambos Peritos del Colegio de Médicos de Madrid, que concluyen que la atención sanitaria prestada a Don no fue conforme a la lex artis ad hoc.

Tales informes deben ser valorados a la vista de lo que acredita también el expediente del que forma parte la historia clínica, de la que desprende que, tres meses después de la intervención a don el 16 de febrero de 2009, en la que se confirmó anatomopatológicamente que el tumor que padecía era un *"carcinoma urotelial de alto grado ptl"*, en concreto el 28 de mayo de 2009, se le realizó cistoscopia de revisión, realizándosele once meses después- al folio 36 del expediente-en concreto, el 29 de abril de 2010-, una citología de orina, cuyo resultado no era sugestivo de malignidad.

Posteriormente acude don Jose Ignacio- el 26 de mayo de 2011-, por hematuria, dificultad para orinar y dolor de espalda, y se le practica citología de orina con resultado de: *"Abundantes polimorfonucleares y cristales junto a células uroteliales con cambio de probable naturaleza reactiva"*- Folio 38 EA- dándole el Alta dos días después con diagnóstico de infección de tracto urinario (ITU) y tratamiento de augmentine, paracetamol y control por su médico de atención primaria- Folio 40 del expediente- regresando de nuevo a urgencias, el 4 de junio de 2011, con los mismos síntomas -hematuria y dificultad para orinar- realizándole ecografía urológica sin hallazgos significativos- Folio 43-, sin que en estos hitos pueda apreciarse negligencia o infracción de la lex artis alguna, que tampoco cabe apreciar cuando el 3 de diciembre de 2012, ingresó de nuevo por dolor abdominal irradiado a la espalda, ocasión en la que permaneció ingresado hasta el 7 de diciembre de 2012, en que recibió el alta con diagnóstico de cólico biliar en relación con colelitiasis y coledocolitiasis, regresando el 16 de enero de 2013 al sufrir idéntico episodio. Ciertamente no cabe apreciar que en la asistencia prestada hasta entonces se haya omitido actuación alguna de acuerdo con protocolo, siendo preciso advertir que la pericial de parte en cuanto efectúa su valoración

hacia atrás- conociendo ya el desenlace- obvia que el trato dispensado al paciente hasta entonces fue acorde con lo que en cada momento se conocía y podía tratarse.

Ahora bien, consta también acreditado que el 31 de enero de 2013, acudió de nuevo al Servicio de Urgencias al haber sufrido una pérdida de conciencia, siendo ingresado por síncope y remitido a la planta de cardiología, efectuando estudios en los que se objetivó *"como hallazgo casual leve alteración de parámetros de función renal"* y al alta se recomendó la *"realización de analítica para valorar función renal"*.

Y ante la persistencia de los síntomas, el 4 de marzo de 2013, se practicó una nueva citología de orina, que mostró sospecha de malignidad- al folio 54- completándose la exploración con resonancia magnética y TAC abdomino-pélvico, el 26 de marzo de 2013, que confirmó la recidiva del tumor de vejiga, folio 58:

"HALLAZGOS RADIOLÓGICOS: En la vejiga. se aprecia una imagen lobulada, que realza tras la administración de CIV, localizada en la pared postlateral izquierda, a nivel de la unión ureterovesical izquierda sugérente de proceso neoformativo.

Esta lesión no muestra plano de separación con la próstata, engloba y atrapa el uréter distal izquierdo, condicionando una dilatación de todo el trayecto ureteral así como del sistema pielocalicial izquierdo. Asimismo, se aprecia una discreta atrofia cortical izquierda y ausencia de la eliminación del contraste IV en la fase excretora.

CONCLUSIÓN: Hallazgos radiológicos SUGERENTES DE PROCESO NEOFORMATIVO EN LA PARED VESICAL POSTLATERAL IZQUIERDA, que condiciona una dilatación de todo el trayecto ureteral así como del sistema pielocalicial izquierdo. Asocia una discreta atrofia cortical izquierda y ausencia de la eliminación del contraste IV en la fase excretora "

El durante su ratificación, insistió en que la presencia del cáncer era clara a la vista de las pruebas practicadas al paciente en el mes de marzo, faltando sólo biopsiar la lesión para confirmar el tipo de cáncer y establecer el tratamiento, manifestando en concreto que :

" (...) un paciente con una historia de CA de vejiga que tiene una citología sospechosa de malignidad que además tiene un TAC con una masa en la vejiga que engloba el uréter eso hace que sepamos con seguridad que tiene un cáncer, en ese momento, yo tengo que confirmar que tipo de cáncer, entonces (...) hay que hacer en unos días una resección uretral, que es entrar por el pene mirar y coger unas biopsias de la zona con la finalidad de que una vez que sepamos qué tipo de cáncer es hacer el tratamiento adecuado,... ". (minuto 2:23)

Y afirma que incluso antes de las pruebas realizadas en el mes de marzo, se produjo otro episodio que debió poner a los facultativos sobre aviso, en concreto: "...en enero de 2013 el paciente tiene un cólico renal y una insuficiencia renal, pero un paciente que tiene una enfermedad urológica evidentemente esto podría ser una piedra pero es que estamos en las mismas, ya tiene el antecedente mi primera sospecha o lo primero que debo descartar es una recaída de un cáncer de vejiga. Si los riñones empiezan a funcionar mal el paciente tiene antecedente de CA de vejiga y encima le duele un riñón, pues en cualquier caso, yo hubiera sospechado o habría intentado descartarlo... ". (minuto 3:45)

Sin embargo tales conclusiones del no se pueden compartir porque resulta evidente que llega a las misma en vía de regreso , una vez conocido el fatal desenlace, sin identificar hasta entonces infracción concreta alguna del protocolo ni de la lex artis aplicable .

En cambio, a partir de dicha fecha - 26 de marzo de 2013,- en que los hallazgos del TAC no dejaban lugar a dudas en cuanto a que el cáncer de vejiga había recidivado y, además, de una forma agresiva, ya que la imagen describía un tumor músculo-infiltrante – que invadía el uréter-, se comparte con los recurrentes, y con lo que concluye su pericial, que la urgencia quirúrgica debió considerarse máxima atendidos los antecedentes del paciente, no obstante lo cual, la Administración demandada tardó casi un mes y medio en incluir a en lista de espera para una cistoscopia, sin que la misma se llevara a cabo hasta el 9 de agosto, esto es, más de cinco meses después de aquellos graves hallazgos .

Preguntado el acerca de si la importancia diagnóstica de la cistoscopia justificaba los cinco meses que permaneció el paciente en lista de espera para su realización, lo negó rotundamente manifestando que "yo no hubiera hecho la cistoscopia a ese paciente porque como le iba a hacer la resección transuretral de confirmación de todas formas, lo único

que voy a generar es un retraso. (...) ni si quiera si la cistoscopia hubiera sido en el momento habría sido necesaria, habría que haberle puesto en lista para la resección transuretral rápida ya en marzo", (minuto 7:22).

Razonan los recurrentes que además de poner al paciente en lista de espera para un procedimiento innecesario, los resultados de la cistoscopia, para la que el paciente tuvo que esperar cinco meses, no fueron concluyentes - *"no existe claramente una neo vesical"* por lo que a pesar de sus resultados, el 29 de agosto se incluyó al paciente en la lista de espera para la RTU -prueba indicada para biopsiar el tumor y confirmar su tipo y el tratamiento a seguir-, pero nunca llegaron a citarle para su realización y mientras el paciente esperaba su turno quirúrgico, el carcinoma siguió evolucionando, hasta que en enero de 2014, cinco meses después de su inclusión en la lista de espera para la RTU sin haber sido llamado, una Trombosis Venosa Profunda(TVP) motivó un ingreso hospitalario en el que, a resultas de la realización el 8 de enero de 2014 de una RNM de columna dorsal- se diagnosticó el carcinoma musculoinfiltrante que, para aquel entonces, ya había producido metástasis y era incurable. Añaden que la RTU llevada a cabo el 20 de enero de 2014 -cinco meses después de su inclusión en lista de espera y diez meses después de las pruebas concluyentes de marzo de 2013-, no fue realizada por su inclusión en la lista de espera en agosto de 2013, sino por los hallazgos sobrevenidos en su ingreso hospitalario por la Trombosis Venosa Profunda, de forma que , de no haberse producido dicho ingreso, la RTU se hubiera demorado todavía más o no hubiera llegado a realizarse ante el avanzado estado del carcinoma al tiempo del diagnóstico, en enero de 2014.

A la vista de todo ello, debe concluirse que , desde el 26 de marzo de 2013- fecha en que los hallazgos del TAC no dejaban lugar a dudas – la Administración demandada incurrió en un retraso diagnóstico- por oposición a los tiempos que según afirma el observan en cualquier hospital de la Seguridad Social, sin que por la Administración se combata- que se prolongó durante más de diez meses, que privó al paciente de toda expectativa de curación, ya que padecía un agresivo tumor musculoinfiltrante que en la fecha de confirmación del diagnóstico-enero de 2014- se encontraba en estadio IV, por lo que, cuándo finalmente se diagnosticó, ya sólo era posible un tratamiento paliativo .

Explicó en la vista para practica de prueba el que “ una vez que el tumor de vejiga tiene metástasis ya conceptualmente no es curable. Se puede hacer tratamiento paliativo y cuando funciona la supervivencia puede estar entre 6 meses año o año y pico, pero una vez que el tumor se ha salido de la vejiga y tiene metástasis no es curable”, (minuto 10:59) y añadió que “cuando hablamos de un musculoinfiltrante quiere decir que el cáncer ya está descontrolado y si coge el uréter es que es musculoinfiltrante. (...) las guías técnicas nos dicen que tiene que ser de forma muy rápida la confirmación del diagnóstico y el tratamiento. el problema es que aquí los plazos se han ido lejísimos. Para que se haga una idea SS., en mi hospital en la Seguridad Social tenemos tres tipos de prioridad, prioridad normal -un paciente que tiene un proceso benigno que no tiene ningún problema, que pueda esperar, una fimosis 3 meses o 6 meses lo que haga falta-, prioridad preferente sería un cólico nefrítico, el hombre esta con dolor pero bueno, no es un cánc,e,r pues bueno puede esperar un tiempo razonable y luego tenemos la tercera prioridad, prioridad oncológica. ... hay un compromiso de la administración en operarlos en un mes por lo tanto el preopera torio se hace en días. y en el plazo de un mes tienen que estar operados y hay que abrir quirófanos o cambiar pacientes para que los pacientes que tienen prioridad oncológica se operen.

Y añadió que “un paciente como este, en un hospital de la seguridad social con un buen funcionamiento, una vez que ya en el TAC y en la citología se sospecha de cáncer, en un mes hecho la resección transuretral. en una semana o en diez días visto el resultado y pocos días después le he quitado la vejiga, entonces nos vamos a mes y medio, dos meses en las dos operaciones” (minuto 4:49).

Ahora bien, en cuanto a si el retraso diagnóstico fue determinante de la muerte del paciente, lo cierto es que no puede compartirse la tesis actora, porque la misma se basa en la consideración de que el cáncer de vejiga se cura siempre y cuando se cumplan los plazos previstos en las guías clínicas para el diagnóstico y tratamiento, cuando su propio perito el manifiesta, “sin ningún género de dudas, se curan muchísimos” (minuto 11:38), lo que, desde luego, no significa que se curen todos, ni que se curen igual cuando se trata de un primer tumor o de una recidiva, lo que según declaró el inspector médico instructor del expediente, en la vista para práctica de prueba del 26 de febrero, incluye en las expectativas de curación.

No resulta por ello eludible la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad que, para la jurisprudencia del Tribunal Supremo se concreta en "*el grado de incertidumbre que rodea a una determinada actuación médica para constatar en qué medida se hubiera evitado un resultado lesivo, atendida la gravedad del daño, o se hubiera mejorado la situación del paciente de haberse tomado una decisión concreta*" (STS de 26 de Septiembre de 2014, recurso 3637/2012), o se conceptúa como "*la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo*" (STS de 19 de Octubre de 2011, recurso 5893/2006), precisando que "*en el ámbito de la responsabilidad sanitaria se habla de pérdida de oportunidad, de vida o de curación, cuando en la asistencia médica correspondiente se ha omitido un diagnóstico adecuado, un tratamiento específico, el suministro de un concreto fármaco o una mayor celeridad en la actuación de tal modo que se habría privado al paciente, previsiblemente, de una mayor posibilidad de curación*" (STS del 18 de julio de 2016, recurso 4139/2014), y eso es precisamente lo que, tras valorar en su conjunto la prueba practicada, se aprecia en el presente supuesto: un retraso inaceptable en el diagnóstico adecuado que previsiblemente ha privado al paciente de una mayor posibilidad de curación por lo que la Administración sanitaria, debe proceder a la indemnización del daño causado, que no es el fallecimiento del paciente, sino la propia pérdida de oportunidad que constituye un daño antijurídico indemnizable conforme a los criterios indemnizatorios del daño moral, es decir, con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales, y cuyo resarcimiento carece de módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una única cifra razonable, que, como señala la jurisprudencia, siempre tendrá un cierto componente subjetivo, dadas las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas en una suma dineraria" (STS 19/07/97).

A efectos de la fijación de dicha cuantía indemnizatoria, teniendo en cuenta que la propia Administración demandada en su escrito de conclusiones, después de manifestar que "debe excluirse para el cálculo de una hipotética indemnización la cantidad reclamada en concepto de daños morales, y minorarse el importe de la posible indemnización al menos en un 50% en aplicación del principio de pérdida de oportunidad" concluye que "De esta forma, una resolución estimatoria de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria

conllevaría el reconocimiento de una indemnización por importe de 73.814,25 euros, como propone el Consejo Consultivo en el dictamen anteriormente mencionado”, se estima razonable fijar la indemnización en dicha cantidad, en proporción de un 70% para la esposa del finado y de un 15% para cada uno de sus hijos.

QUINTO.-De conformidad con lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, en la redacción dada a dicho precepto por el artículo 3, apartado 10, de la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, siendo la estimación parcial no se aprecian méritos para una especial imposición de costas.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación, en nombre del Rey, y en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, que emanada del Pueblo español, me confiere la Constitución

FALLO

Primero.-Se estima en parte el recurso interpuesto por la representación de doña [REDACTED] contra Resolución de 3 de noviembre de 2016, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada ante el Servicio de Salud de Castilla- La Mancha en solicitud de indemnización por daños y perjuicios sufridos con ocasión de asistencia sanitaria, resolución que se anula declarando el derecho de los recurrentes a percibir una indemnización por pérdida de la oportunidad de curación de su esposo y padre, respectivamente, por importe de 73.814,25 euros, en proporción de un 70% para la esposa del finado y de un 15% para cada uno de sus hijos.

Segundo.- Sin costas.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciendo saber que la misma no es firme y contra ella cabe recurso de apelación que deberá interponerse ante este mismo Juzgado en plazo de quince días siguientes a su notificación y del que conocerá, en su caso, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha.

Así por esta mi sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos originales, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada que fue la anterior sentencia estando SS^a Ilma. Celebrando audiencia pública en el mismo día de su señalamiento. Doy fe.

