



Roj: **STSJ CL 27/2023 - ECLI:ES:TSJCL:2023:27**

Id Cendoj: **09059330022023100007**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Burgos**

Sección: **2**

Fecha: **16/01/2023**

Nº de Recurso: **61/2021**

Nº de Resolución: **8/2023**

Procedimiento: **Procedimiento ordinario**

Ponente: **ALEJANDRO VALENTIN SASTRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**T.S.J.CASTILLA Y LEON CON/AD SEC.2**

**BURGOS**

**SENTENCIA: 00008/2023**

**SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

**DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE**

**CASTILLA Y LEÓN.- BURGOS**

**SECCION 2ª**

**Presidente/allma. Sra. Dª. Concepción García Vicario**

**SENTENCIA**

Sentencia Nº : 8/2023

**Fecha Sentencia** : 16/01/2023

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL**

**Recurso Nº** : 61/2021

**Ponente** D. Alejandro Valentín Sastre

**Letrado de la Administración de Justicia:** Sra. Rodríguez Vázquez

**Ilmos. Sres.:**

**Dª. Concepción García Vicario**

**Dª. M. Begoña González García**

**D. Alejandro Valentín Sastre**

En la ciudad de Burgos a dieciséis de enero de dos mil veintitrés.

Vistos los autos correspondientes al recurso contencioso-administrativo sustanciado en esta Sala y tramitado conforme a las reglas del procedimiento ordinario, sobre RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL, a instancia de Dª. Sonia , representada por la Proc. Sra. Ruiz Navazo y defendida por el Ldo. Sr. Monzón Castañeda, siendo demandados la COMUNIDAD AUTONOMA DE CASTILLA Y LEÓN, representada y defendida por el Letrado de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, y SEGURCAIXA ADESLAS S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por el Proc. Sr. Moliner Gutiérrez y defendida por el Ldo. Sr. Moreno Alemán.

## **I.-ANTECEDENTES DE HECHO**



**PRIMERO.** Mediante escrito presentado, se interpuso ante esta Sala recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios causados por defectuosa asistencia sanitaria, formulada, en fecha 4 de junio de 2020, por D<sup>a</sup>. Sonia .

**SEGUNDO.** Que previos los oportunos trámites, la parte recurrente formalizó su demanda en la que, tras exponer los hechos y fundamentos de **derecho** que estimó pertinentes, terminó suplicando sentencia estimatoria del recurso interpuesto y las declaraciones correspondientes en relación con la actuación administrativa impugnada.

**TERCERO.** Que asimismo se confirió traslado a la Administración demandada para contestación a la demanda, lo que se verificó, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de **derecho** que consideró pertinentes, la parte terminó suplicando el mantenimiento de la actuación administrativa recurrida.

**CUARTO.** Que asimismo se confirió traslado a la codemandada Segurcaixa Adeslas SA de Seguros y Reaseguros para contestación a la demanda, lo que se verificó, en la que tras exponer los hechos y fundamentos de **derecho** que consideró pertinentes, terminó suplicando el mantenimiento de la actuación administrativa recurrida.

**QUINTO.** Continuando el recurso por sus trámites, se señaló, para votación y fallo del asunto, el día 12 de enero de 2022, en que se reunió, al efecto, la Sala.

**SEXTO.** En la sustanciación del procedimiento se han observado las prescripciones legales.

## II.- FUNDAMENTOS DE DERECHO

### **PRIMERO. Resolución administrativa recurrida, pretensión deducida y alegaciones de la parte actora.**

El presente recurso contencioso-administrativo se interpone contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios causados por defectuosa asistencia sanitaria, formulada, en fecha 4 de junio de 2020, por D<sup>a</sup>. Sonia .

La demandante, Sra. Sonia , solicita en el suplico de la demanda que se acuerde resarcir el daño causado e indemnizarle en la suma de setenta y siete mil euros (77.000) con su interés legal, que deberá ser el del artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro en el supuesto de que deba sumir el pago la compañía aseguradora que cubre la responsabilidad de la Administración demandada, con todo lo demás que en **derecho** proceda.

Alega la representación en juicio de la parte actora, en fundamentación de la pretensión que deduce, que concurren los presupuestos exigidos para declarar la responsabilidad de la Administración conforme a los artículos 106 de la Constitución Española y 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de Régimen Jurídico de la Administración, en base a los siguientes motivos: 1) la demandante es hija de D<sup>a</sup>. Africa , fallecida el día 10 de mayo de 2019 a consecuencia de un mieloma múltiple. 2) El fallecimiento de D<sup>a</sup>. Africa deriva de la negligente actuación del Servicio Sanitario de Castilla y León tanto en el momento en el que D<sup>a</sup>. Africa acudió a Atención Primaria como cuando acudió al Servicio de Reumatología y Rehabilitación del Hospital Universitario de Burgos, y ello, al no realizarse a la fallecida las pruebas pertinentes para detectar el proceso oncológico que estaba desarrollando, lo que motivó que el cáncer fuera incurable en el momento en el que tardíamente se detectó.

La Administración demandada, representada y defendida por el Letrado de la Comunidad de Castilla y León, se ha opuesto a la demanda y ha solicitado la desestimación del recurso contencioso administrativo, por considerar que la actuación administrativa impugnada es conforme a **derecho**.

La representación de la codemandada Segurcaixa Adeslas S.A., se ha opuesto a la demanda alegando que la actuación administrativa impugnada es conforme a **derecho**.

### **SEGUNDO. Antecedentes de la resolución administrativa y hechos que resultan del examen del expediente administrativo y de la prueba practicada.**

La actuación administrativa impugnada, como se ha dicho, es la desestimación por silencio administrativo de la reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la atención sanitaria prestada a D<sup>a</sup>. Africa , madre de la ahora demandante Sra. Sonia , que falleció como consecuencia de un proceso oncológico que considera la citada demandante que se detectó tardíamente.

En la demanda, como se ha dicho, se alega que concurren los presupuestos exigidos para declarar la responsabilidad de la Administración, indicando en lo sustancial que el fallecimiento de D<sup>a</sup>. Africa deriva de



la negligente actuación del Servicio Sanitario de Castilla y León tanto en el momento en el que la Sra. Africa acudió a Atención Primaria como cuando acudió al Servicio de Reumatología y Rehabilitación del Hospital Universitario de Burgos, y ello, al no realizarse a la fallecida las pruebas pertinentes para detectar el proceso oncológico que estaba desarrollando, lo que motivó que el cáncer fuera incurable en el momento en el que tardíamente se detectó.

El examen del expediente administrativo evidencia los siguientes antecedentes de interés: I) D<sup>a</sup>. Africa falleció el día 10 de mayo de 2019 en el Hospital de Laredo. Consta en el informe de exitus que el motivo del ingreso en el centro hospitalario el día 1 de mayo de 2019 fue una fractura de forma no traumática en la cadera izquierda, presentando la paciente mieloma múltiple con múltiples lesiones óseas, mieloma en recaída y situación de últimos días, administrándose a la misma sedación terminal. II) D<sup>a</sup>. Africa fue atendida en el mes de mayo de 2017 en el Servicio de Atención Primaria del Complejo Asistencial Universitario de Burgos, por presentar fuertes dolores en caderas y piernas. El citado Servicio de Atención Primaria derivó a la Sra. Africa a la Consulta de Reumatología para valoración de osteoporosis densitométrica y dolor lumbar. También fue derivada la Sra. Africa al Servicio de Rehabilitación. III) A D<sup>a</sup>. Africa se le realizaron las siguientes pruebas: 1) radiografía de columna lumbar el día 23 de julio de 2017, observando acuñaamiento de cuerpo vertebral L1, pinzamiento y esclerosis de articulaciones interposfisiarias posteriores L5-L1. 2) Radiografía anteroposterior de pelvis el día 17 de octubre de 2017, no observándose lesiones. Este mismo día también se realizó densitometría ósea DXA, resultando compatible con osteoporosis. También se realizó analítica, indicándose que los resultados fueron estrictamente normales. En el informe emitido por la FEA de Reumatología el día 24 de agosto de 2020 puede leerse: -Analítica 17/10/2017 (Atención Primaria): Hemograma normal, bioquímica general, incluidos pruebas de perfil hepático, calcio, proteínas totales, reactantes inflamatorios (VSG y PCR) siendo todos estrictamente normales. -En la segunda consulta de Reumatología que se produjo al mes de la primera (14/11/2017) se analizan los resultados. -Analítica (20/10/2017): hemograma normal. Bioquímica general (creatina, ácido úrico, calcio, albúmina, GOT, GPT, FAL y GGT) estrictamente normal. PTHi mínimamente elevada de 67 pg/ml (normal 15-65), excreción de calcio en orina de 24 hs normal. Solo destaca aumento de niveles de 25(OH) Vit. D. Se diagnosticó osteoporosis establecida y cialgia izquierda. 3) Resonancia magnética lumbar el día 5 de enero de 2018, resultando espondilosis con osteofitos marginales, discreto acuñaamiento del cuerpo vertebral L1 a expensas del platillo vertebral superior, sin signos de edema y de aspecto crónico; también fue detectada una pequeña protusión posterior del disco D12- L1 no compresivo, discretos cambios degenerativos en articulaciones interposfisiarias L4-L5 y L5-S1 y como hallazgo incidental se visualizó una lesión lítica en pala ilíaca izquierda con masa en partes blandas asociadas con un tamaño de 72x63x54 mm en transverso, longitudinal y anteroposterior. 4) El día 23 de enero de 2018 se realiza analítica con el siguiente resultado: hemograma normal; VSG N; PT 8,8; Na 133; Vit B 12 733; IF componente monoclonal IG Kappa de 2 gr/dl UG aumento Ig con normalidad en los demás. Cociente Kappa/lambda 10'39. 5) Ecografía de abdomen completo y TAC de tórax, abdomen y pelvis con contraste el día 25 de enero de 2018, resultando lesión lítica en hueso ilíaco izquierdo con masa de partes blandas asociada, con infiltración muscular del iliopsoas y de los glúteos menor y medio. 6) Biopsia de lesión en pala ilíaca izquierda con aguja guiada el día 26 de enero de 2018. 7) Gammagrafía ósea el día 1 de febrero de 2018, resultando metástasis ósea en hemipelvis izquierda con masa de partes blandas asociada y en cuarto arco costal anterior izquierdo. 8) PET el día 6 de febrero de 2018, siendo informado como masa hipermetabólica con destrucción ósea asociada compatible con infiltración; focos de actividad en esqueleto óseo sugestivos de infiltración ósea incipiente. IV) A partir del día 19 de febrero de 2018 la Sra. Africa sigue el tratamiento en Cantabria. V) La Inspección Médica, en informe emitido el día 25 de mayo de 2021, concluye que la actuación de todos los profesionales implicados en los procesos asistenciales seguidos en Burgos ha sido correcta y conforme a la lex artis ad hoc. Se indica en el informe que se han realizado en cada momento del proceso evolutivo asistencial los estudios, pruebas diagnósticas y valoración por especialistas que la situación clínica iba haciendo precisas, teniendo en cuenta que la clínica inicial estaba justificada por la imagen radiológica y el resultado de la densitometría, no existiendo ningún dato clínico que hiciera sospechar el resultado de la resonancia y posterior diagnóstico. VI) Se dice también en el informe de la Inspección Médica: Al realizar la RMN de columna lumbar el 5-1-2018 y detectar una lesión lítica con masa de partes blandas en pala ilíaca izquierda, es remitida de forma inmediata (11-1-2018) a la consulta de diagnóstico rápido de Medicina Interna, donde se efectúan todas las pruebas analíticas y radiológicas precisas, así como biopsia, para llegar al diagnóstico definitivo (20-2-2018) de mieloma múltiple por afectación ósea y plasmocitoma en pala ilíaca izquierda.

Se ha practicado prueba pericial a instancia de la parte actora, habiendo emitido informe la perito designada judicialmente D<sup>a</sup>. Filomena, especialista en Hematología y Hemoterapia.

La codemandada ha aportado tres informes periciales emitidos por: 1) D. Florencio y D<sup>a</sup>. Gloria, especialistas en Medicina Interna; 2) D<sup>a</sup>. Inocencia, especialista en Hematología y Hemoterapia; 3) D<sup>a</sup>. Josefa, Máster en Valoración del Daño Corporal.



Se ha practicado, en periodo probatorio, la ratificación de los informes periciales y prueba testifical-pericial.

### **TERCERO. Normativa y jurisprudencia de aplicación a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la Administración pública.**

Como es sabido, el artículo 106 de la Constitución establece: 2. Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán **derecho** a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y **derechos**, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

El artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece: 1. Los particulares tendrán **derecho** a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y **derechos**, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, **derecho** a la indemnización. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas. ... El artículo 34 de la misma Ley 40/2015 establece: 1. Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos. ...

Conforme a reiterada jurisprudencia, para que nazca esta responsabilidad se precisa que concurren los siguientes requisitos: a) La **efectiva** realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas. b) Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. e) Que la reclamación se efectúe antes del año en que haya ocasionado el daño.

La STS nº 1217/2020, de 28 de septiembre de 2020 (rec. 123/2020), dice: "**TERCER O. Los presupuestos de la responsabilidad patrimonial y su concurrencia en el caso de autos.** Como se ha expuesto en los fundamentos anteriores, toda la polémica que se suscita en el presente proceso está referida a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas regulada en la actualidad y al momento de los hechos en que se funda la pretensión, en los artículos 32 a 35 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, que se complementan en sus facetas procedimentales en los artículos 65 y concurrente de la coetánea a la anterior la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. (...) Reiteradamente ha declarado este Tribunal Supremo que esta responsabilidad requiere la concurrencia de los siguientes requisitos con carácter de generalidad: 1º que se haya ocasionado a un ciudadano una lesión, entendida como daño antijurídico, en el sentido de que el ciudadano no tenga el deber de soportarlo; 2º que exista una actividad administrativa, entendida como la propia del giro o tráfico de las competencias que tiene atribuidas, que puede manifestarse por una acción o una omisión; 3º una relación causal entre aquel daño y estas prestaciones de servicios; y 4º, que la reclamación se efectúe antes del año en que haya ocasionado el daño. ...".

En materia de responsabilidad sanitaria, que es en el ámbito que ha de considerarse que se encuentra el presente supuesto, es constante la jurisprudencia que declara que la atención médica exigible de los servicios públicos no es una prestación de resultados sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de poner a disposición del ciudadano todos los medios a su alcance para conseguir su curación cualquiera que sea el resultado del tratamiento.

También es constante la jurisprudencia en cuanto establece que no resulta suficiente para que se origine la responsabilidad sanitaria la existencia de una lesión o perjuicio derivados de la atención de los servicios médicos de naturaleza pública, ya que lo único que le es exigible a la Administración es que la actuación médica sea conforme a la "Lex Artis ad hoc", como modo de determinación de cuál sea la actuación médica correcta y ello con independencia del resultado producido.

La STS de 19 de mayo de 2015 (rec. 4397/2010) dice: "**QUINTO.** En relación con la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, ha señalado este Tribunal con reiteración (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 4229/2011, y 4 de julio (sic) de 2013, recaída en el recurso de casación núm. 2187/2010) que "no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la



lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente ", por lo que " si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido" ya que " la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados ".

Y también debe recordarse que jurisprudencialmente viene observada la prohibición del retroceso del proceso seguido, lo que impide traer hacia atrás las consecuencias de un hecho sucedido con posterioridad. Lo que ha de determinarse es si, vistas las circunstancias del caso, en el momento en que se adopta una decisión por los servicios médicos, hubiera debido lógicamente adoptarse, a la vista de las circunstancias que se presentan al médico, y en la forma que las recibe, otras decisiones.

Finalmente, cabe recordar que este Tribunal, en la administración del principio sobre la carga de la prueba, reiteradamente ha señalado que ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del T.S. de 27.11.1985, 9.6.1986, 22.9.1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de setiembre de 1997, 21 de setiembre de 1998), sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra ( sentencias TS (3ª) de 29 de enero, 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992, entre otras).

#### **CUARTO. Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en el presente supuesto: prueba practicada.**

Ha de precisarse, previamente a abordar el examen de la concurrencia o no de los presupuestos que exige la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que en el supuesto enjuiciado la parte actora atribuye a un centro integrante de la red sanitaria de la Comunidad de Castilla y León una actuación contraria a la lex artis, actuación que consistiría en la no realización de las pruebas pertinentes para detectar el proceso oncológico que determinó el fallecimiento de D<sup>a</sup>. Africa. No imputa la demandante ninguna actuación contraria a la lex artis al Servicio de Salud de la Comunidad de Cantabria.

Las actuaciones realizadas por los profesionales del Servicio de Salud de Castilla y León han sido realizadas entre el mes de mayo de 2017 y el mes de febrero de 2018, pues a partir de este mes se decidió trasladar el expediente de la Sra. Africa al Servicio Cántabro de Salud.

Como se ha señalado en el fundamento jurídico segundo, en periodo probatorio se ha practicado prueba pericial, habiendo emitido informe cinco peritos, y prueba testifical.

Para la resolución de supuestos como el que es objeto de examen, resulta esencial, dadas las cuestiones de carácter técnico que se suscitan en los mismos, la prueba de peritos.

En el presente supuesto, como se ha indicado, ha emitido informe una perito de designación **judicial**, la Dra. Filomena, especialista en Hematología y Hemoterapia. En el informe emitido, la Dra. Filomena indica: 1) el retraso diagnóstico motivó una pérdida de tiempo esencial para la curación del linfoma (en las aclaraciones al informe ha precisado que debe entenderse que quiere decir mieloma), que podría haber tenido un mejor pronóstico si se hubiera detectado más precozmente. 2) No se consiguió respuesta a los tratamientos lo que pudo estar relacionado con el retraso en el inicio de la terapia o con la falta de respuesta del tumor al tratamiento. Una detección precoz hubiera aumentado las posibilidades de respuesta al tratamiento, sobre todo respecto a la posibilidad de realizar un trasplante de médula ósea, que no consta que se planteara y no se indican los motivos cuando se trata de una paciente joven, tal vez porque no llegó a conseguirse un control de la enfermedad con el tratamiento administrado. 3) El mieloma múltiple se manifiesta inicialmente por el dolor de los huesos que pueden causar las lesiones osteolíticas o la osteoporosis (intensa pérdida general de la densidad del hueso). A veces estas lesiones se detectan por primera vez si se produce una fractura de un hueso con poco traumatismo; también puede cursar con síntomas generales como cansancio, pérdida de apetito o de peso. Además de estos síntomas, hay otros relacionados con la presencia de la paraproteína (en este caso se detecta la enfermedad al estudiar la insuficiencia renal, ya que aparece fácilmente en los análisis habituales). 4) Cuando se sospecha del mieloma múltiple por los síntomas o hallazgos referidos anteriormente se puede diagnosticar con relativa facilidad por medio de un análisis de sangre u orina en el que se detecta la presencia de la paraproteína monoclonal. Una vez sospechada la enfermedad, se debe completar el estudio con otra serie de exámenes específicos: -examen de la médula ósea por punción aspirativa, que



sirve para detectar la presencia de células plasmáticas aumentadas; -estudio radiológico de todos los huesos del organismo para detectar la existencia de lesiones osteolíticas u osteoporosis. 5) El mieloma es una de las enfermedades hematológicas más complicadas de manejar, con multitud de formas diferentes de presentarse, de evolucionar y de respuesta al tratamiento, por lo que es muy difícil aventurar un pronóstico de forma general siendo éste variable para cada paciente, según diversos parámetros entre los que son muy importantes los estudios genéticos. Los mielomas indolentes que sólo necesitan vigilancia tienen muy buen pronóstico. En el resto de los casos, la instauración precoz de un tratamiento con quimioterapia o esquemas de nuevos agentes combinados consigue una respuesta en más del 80% de los casos. 6) Lo más importante para realizar el diagnóstico es la sospecha de que la paciente pudiera presentar la patología y ya que inicialmente no se pensó en esta patología, no se pensó en esta posibilidad y el diagnóstico se retrasó. Un análisis de sangre buscando la existencia de la paraproteína hubiera sido una prueba útil y sencilla para el diagnóstico.

La Dra. Inocencia, también especialista en Hematología y Hemoterapia, ha emitido informe a instancia de la aseguradora codemandada en el que concluye que el fallecimiento de la Sra. Africa no deriva de la actuación sanitaria, sino de la genética de la enfermedad y de la presentación clínica con afectación extramedular; concluye también que se realizaron los estudios complementarios que permitieron el correcto diagnóstico de la paciente, así como el tratamiento adecuado. Los Dres. Florencio y Gloria, especialistas en medicina y que también han emitido informe a instancia de la aseguradora codemandada, concluyen que la actuación de todos los médicos que atendieron a la Sra. Africa en el Hospital Universitario de Burgos fue totalmente correcta y con arreglo a la *lex artis*.

La Dra. Inocencia indica en el informe fechado el día 24 de mayo de 2022 que en el estudio de los pacientes con sospecha de mieloma múltiple se debe realizar un hemograma, función renal, calcio, niveles de cadenas ligeras libres, proteinograma e inmunofijación (tanto en suero como en orina de 24 horas), niveles de inmunoglobulinas, LDH, beta-2-microglobulina y estudio óseo bien por tomografía computerizada, PET o resonancia magnética, así como un estudio de médula ósea que ha de presentar >10% de células plasmáticas (o una lesión ósea extramedular compatible con plasmocitoma por biopsia). Los Dres. Florencio y Gloria indican, en el informe fechado el día 5 de junio de 2021, que para el diagnóstico del mieloma múltiple se deben realizar las siguientes pruebas: analítica general con hemograma, coagulación, función renal, con iones, calcio, ácido úrico, proteínas, albúmina, proteinograma y electroforesis de proteínas. También indican que es necesario evaluar la afectación ósea mediante radiografías (serie ósea) que pueden mostrar lesiones osteolíticas ("en sacabocados") especialmente en cráneo, costillas o pelvis, así como osteoporosis con aplastamientos vertebrales. También se usan otras pruebas como la tomografía computerizada, la resonancia y el PET TAC (tomografía por emisión de positrones, por sus siglas en inglés asociado a una tomografía computerizada).

En las aclaraciones al informe emitido, la Dra. Filomena ha declarado: 1) que debe corregirse el informe en el apartado que dice linfoma, pues debe decir mieloma. 2) Que los síntomas que presentaba la paciente en el año 2017 eran compatibles con otra patología de base distinta a la osteoporosis, que puede tenerse con mieloma y sin mieloma. 3) Que el aplastamiento de columna que presentaba la paciente era lo más sospechoso, quizás lo más indicativo. 4) Que a la vista de los antecedentes de 2017 (dolores intensos, fractura ósea, no respuesta a nada) debieron realizarse otras pruebas como una resonancia magnética, un TAC y un análisis de sangre, como hizo después el neurocirujano, donde podría haberse visto la paraproteína, y en lo que ha visto remitido por el juzgado no ha apreciado que se hiciera entonces, aunque sí se hizo posteriormente. 5) Que no considera que el hallazgo de la lesión lítica fuera casual o incidental, ya que antes presentaba unos antecedentes y algo se iría buscando. 6) Que la analítica de octubre de 2017 no la ha visto, pero seguro que no era una analítica orientada a descartar un mieloma; no le da mucha importancia a esta analítica de octubre de 2017, pues si se hubiera pedido orientada a descartar el mieloma hubieran visto la banda monoclonal y es tan sencillo como pedir el estudio de la paraproteína. 7) Que el mieloma ha cambiado mucho en cuanto a la posibilidad de curación y en la actualidad se puede tener una supervivencia muy larga, aunque en el año 2017 el mieloma podía tener una supervivencia de cinco años. 8) Que no sabe si la paciente, con un diagnóstico y un tratamiento precoces, se hubiera curado o hubiera tenido una supervivencia más larga.

En el mismo trámite, el Dr. Florencio ha declarado que en octubre de 2017 los síntomas que presentaba la paciente eran muy generales, pero se le hizo una analítica general que dio bien, pues, aunque la analítica no iba destinada a detectar el mieloma, sí detectó la cantidad de proteínas totales, lo que sí es importante para la detección, y el nivel de proteínas era normal. Ha declarado, el Dr. Florencio, que no había datos para hacer otras pruebas y que por la edad de la paciente, los síntomas y sin otra analítica el diagnóstico de osteoporosis es correcto. También ha declarado este perito que ahora parece que hay unos tratamientos que consiguen prolongar la vida, pero que en el año 2017 se podía haber alargado en uno o dos meses.



La Dra. Inocencia , en el acto de aclaraciones a su informe, ha declarado que en el año 2017 no se podía sospechar la existencia de un mieloma, que las proteínas eran normales y no había otros datos, no existiendo indicación de hacer más pruebas. Ha declarado, la Dra. Inocencia , que los tiempos fueron los habituales, que se le ofreció el mejor tratamiento posible y que el mal pronóstico venía por las características de la enfermedad y que, por la edad, la paciente podía haber sido candidata a trasplante, pero no era la candidata ideal.

**QUINTO. Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en el presente supuesto: conclusión que alcanza la Sala.**

Cabe recordar que la prueba pericial es valorada libremente por el juez. El artículo 348 de la LEC 1/2000 establece: Valoración del dictamen pericial. El tribunal valorará los dictámenes periciales según las reglas de la sana crítica.

Una de las circunstancias que debe tenerse en cuenta en el momento de la valoración de los dictámenes periciales es la especialidad de los autores de los mismos y su relación con el objeto de la pericia. Otra de las circunstancias que deben tenerse en cuenta al valorar la prueba pericial es la prohibición del retroceso del proceso seguido, lo que impide traer hacia atrás las consecuencias de un hecho sucedido con posterioridad.

En el presente supuesto, como resulta de lo señalado hasta ahora, la Sala cuenta con un dictamen emitido por un perito de designación **judicial**, lo que, dada la ausencia de relación con las partes, sugiere una mayor objetividad en la actuación del perito, a lo que ha de añadirse el dato de la especialidad del perito y la relación de esta especialidad con el objeto de la pericia.

A lo anterior, ha de añadirse que el perito de designación **judicial** ha tenido en cuenta, a la hora de establecer sus conclusiones, los datos que constan en los informes elaborados con motivo de la atención sanitaria dispensada a la paciente durante el año 2017.

Pues bien, a la vista de estas precisiones efectuadas, la Sala considera que se ha aportado a las actuaciones prueba suficiente de la existencia de una infracción de la lex artis ad hoc imputable al Servicio de Sanidad de Castilla y León, infracción que se concreta en la ausencia de las pruebas diagnósticas necesarias que debieron practicarse durante el año 2017 para establecer un diagnóstico certero como el que se ofreció en el mes de enero de 2018. Esta conclusión se obtiene a partir del dictamen emitido por perito de designación **judicial**, que sirve tanto para aportar la prueba indicada como para desvirtuar los informes emitidos por los peritos que han intervenido a instancia de la codemandada y por la Inspección Médica.

Así, debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que en los informes de asistencia elaborados durante el año 2017 consta: 1) acuñaamiento de cuerpo vertebral L1 (prueba Rx de 23 de julio de 2017); 2) dolor en la espalda desde hace meses y en la cadera, además se indica que la paciente describe que el dolor irradia a extremidades inferiores. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que no consta que la analítica realizada en el mes de febrero de 2017, con el resultado de normal, fuera una analítica orientada a descartar un mieloma. El Dr. Florencio ha declarado que en la analítica de octubre de 2017 se determinó el nivel de proteínas (lo que sí se lee en el informe emitido por la FEA de Reumatología y en lo que coincide la Dra. Inocencia ), aunque fuera una analítica general. Ahora bien, la Dra. Filomena discrepa de esta consideración e indica que lo que hizo el neurocirujano es lo que debería haber hecho. Pues bien, en tercer lugar, debe destacarse que el día 23 de enero de 2018 fue realizada una analítica a la paciente en cuyo informe puede leerse "componente monoclonal IG Kappa de 2 gr/dl UG aumento Ig con normalidad las demás". Este componente monoclonal no se aprecia en el informe de la analítica realizada en octubre de 2017, no habiendo aclarado los peritos que han informado a instancia de la demandada si el resultado de la analítica realizada el día 23 de enero de 2018 se debe a una evolución de la enfermedad o a la finalidad de la analítica, debiendo destacarse que la Dra. Filomena ha declarado que, a la vista de los antecedentes de 2017, en octubre de 2017 debieron realizarse otras pruebas como las que después se hicieron, entre las que ha destacado una analítica orientada a descartar un mieloma.

Alcanzada la conclusión expuesta, resta por examinar cuál es el daño concreto que debe indemnizarse. Pues bien, en lo que respecta a este apartado de la cuestión, a la vista del mismo informe emitido por la perito de designación **judicial** no puede sino concluirse que, dada la enfermedad hematológica padecida por la Sra. Africa y el estado de la ciencia en el año 2017, de lo que se privó a la citada paciente no fue de la curación, sino de una supervivencia de duración incierta que en opinión de la Dra. Filomena podría haber sido de cinco años (debe descartarse en este apartado el tiempo de supervivencia señalado por el Dr. Florencio en el trámite de aclaraciones, ya que el fallecimiento de la paciente tuvo lugar el 10 de mayo de 2019, superando, por lo tanto, el tiempo de uno o dos meses), a lo que ha de añadirse que la Dra. Josefa , en el informe fechado el día 4 de marzo de 2022, indica que para los pacientes de un estadio como el de la paciente, que era el de peor pronóstico, se ha estimado una supervivencia a los cinco años de entre el 40% y el 24%, por lo que considera una supervivencia media del 32% y una pérdida de oportunidad del 32%.



Dice la STS de 3 de diciembre de 2012 (rec. 815/2012): "Como dice la Sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 (recurso de casación nº 5893/2006), y reitera la de 22 de mayo de 2012 (recurso de casación nº 2755 / 2010), la denominada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado 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 el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo."

La STS de 3 de diciembre de 2012 (rec. 2982/2011) dice: "Lo anterior nos obliga a analizar los elementos de juicio obrantes en las actuaciones, y al respecto debemos destacar que cabe tener por probada en este proceso, pues así lo declaró la sentencia recurrida, que desde que se tiene la primera noticia de la existencia del cáncer de pulmón hasta que se inicia el primer ciclo de quimioterapia transcurren siete meses, lo que a juicio de todos los peritos ha acertado considerablemente la vida del paciente, por lo que debemos dar por bueno que el diagnóstico más temprano del cáncer, al menos, habría alargado la vida del paciente, aunque no sus posibilidades de curación."

En el presente supuesto, teniendo en cuenta el mal pronóstico que presentaba el proceso oncológico sufrido por la paciente, que sin duda acertaba considerablemente el periodo de vida de la paciente, así como la relación de ésta con la demandante -madre-, la Sala considera adecuada a las circunstancias del caso una indemnización por importe de veinticinco mil euros (25.000 euros).

Como se ha indicado, la demandante solicita que el interés a aplicar a la suma reconocida en concepto de indemnización sea el establecido por el artículo 20 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, para la aseguradora.

Pues bien, dice la STS nº 407/2020, de 14 de mayo de 2020 (Rec. 6365/2018): "En cuanto a la petición de intereses para la compañía aseguradora codemandada en los términos establecidos en el art. 20 de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro, debemos rechazarla por concurrir "causa justificada" (apartado 8 del art. 20 citado) para excluir la mora de dicha aseguradora. Y así, la reclamación no se dirigió directamente a la aseguradora, sino a la Administración y, además, no se presentó hasta el año 2015, cuatro años después de acaecido el daño, no siendo hasta que concluye la vía jurisdiccional cuando se fijan definitivamente todos los elementos de la responsabilidad reclamada, por lo que no puede imputarse a dicha aseguradora la demora en el pago de la indemnización, debiendo, por ello, sujetarse al mismo régimen que la Administración demandada cuya demora y subsiguiente perjuicio patrimonial se sujeta, en su caso, a la correspondiente actualización y abono de intereses, como establece el art. 141.3 de la Ley 30/1992, sin que pueda hacerse de peor condición a la entidad aseguradora, a la que no es imputable en este caso la demora, sujetándola al pago de los intereses muy superiores previstos en el citado precepto de la Ley de Contrato de Seguro. Se debe aplicar, por lo tanto, el mismo criterio que se establece para la demora de la Administración (en similares términos viene pronunciándose esta Sala, por todas, STS de 19 de septiembre de 2006, rec. 4858/2002)."

El mismo criterio resulta de aplicación al presente supuesto, por lo que la suma reconocida en concepto de indemnización, de cuyo pago deben responder solidariamente la Comunidad Autónoma de Castilla y León y la aseguradora Segurcaixa Adeslas SA de Seguros y Reaseguros, devengará el interés legal previsto en el artículo 106 de la Ley 29/1998, de la JCA.

Por todo lo expuesto, debe estimarse en parte el recurso contencioso-administrativo.

#### **SEXTO. Costas.**

De conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional, al estimarse en parte el recurso contencioso-administrativo y considerar la Sala que el asunto presenta dudas de hecho -como lo evidencia la necesidad del examen y de la valoración de la prueba que se ha realizado-, no procede hacer una condena en costas.

VISTOS los preceptos legales citados y demás generales de pertinente aplicación

#### **FALLO**

Se estima en parte el presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por la representación de D<sup>a</sup>. Sonia, contra la actuación administrativa reseñada al antecedente de hecho primero de esta sentencia, que declaramos contraria a **derecho** y anulamos y, declarando la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de Castilla y León, se reconoce el **derecho** de la citada demandante a ser indemnizada en la suma de veinticinco mil euros, de cuyo pago deben responder solidariamente la Comunidad Autónoma de Castilla





y León y la aseguradora Segurcaixa Adeslas SA de Seguros y Reaseguros y que devengará el interés legal previsto en el artículo 106 de la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Todo ello, sin que proceda hacer una condena en costas.

La presente sentencia es susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y/o ante la Sección de Casación de la Sala de lo Contencioso-Administrativo con sede en el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 y 3 de la LJCA y siempre y cuando el recurso, como señala el art. 88.2 y 3 de dicha Ley, presente interés casacional objetivo para la formación de Jurisprudencia; mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los treinta días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89.2 de la LJCA.

Una vez firme esta sentencia, devuélvase el expediente administrativo al Órgano de procedencia con certificación de esta resolución para su conocimiento y ejecución.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDO