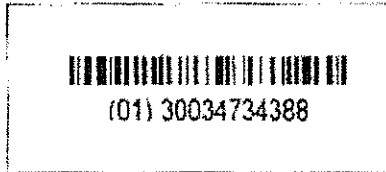




Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Novena
C/ General Castaños, 1 - 28004
2800250
NIG: 28.079.33.3-2009/0123617



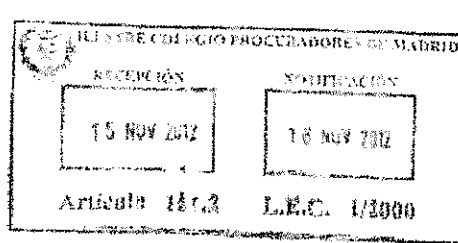
Procedimiento Ordinario 381/2009

Demandante: D./Dña.
PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA
Demandado: COMUNIDAD DE MADRID
LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

SENTENCIA Nº 764

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO
SECCIÓN NOVENA**

Ilmos. Sres.
Presidente:
D. Ramón Verón Olarte
Magistrados:
D^a. Angeles Huet de Sande
D. Juan Miguel Massigoge Benegiu
D^a. Berta Santillán Pedrosa
D. Joaquín Herrero Muñoz-Cobo



En la Villa de Madrid a seis de noviembre de dos mil doce.

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el presente recurso contencioso administrativo nº 381/09, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Solera Lama, en nombre y representación de don

contra la desestimación presunta por silencio de su reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración presentada con fecha 16 de abril de 2008; habiendo sido parte la Administración demandada, representada por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.





ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Interpuesto el recurso y seguidos los trámites previstos en la ley, se emplazó a la parte demandante para que formalizara la demanda, dándose cumplimiento a este trámite dentro de plazo, mediante escrito en el que se suplica se dicte sentencia declarando no ser ajustada a Derecho la resolución administrativa objeto de impugnación.

SEGUNDO: Por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid se contesta a la demanda, mediante escrito en el que se suplica se dicte sentencia en la que se confirme la resolución recurrida por encontrarse ajustada a Derecho.

TERCERO: Habiéndose recibido el presente proceso a prueba y presentados por las partes escritos de conclusiones, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO: En este estado se señala para votación y fallo el día 31 de octubre de 2012, teniendo lugar así.

QUINTO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. D^a. ÁNGELES HUET DE SANDE.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso administrativo se interpone por don , contra la desestimación presunta por silencio de su reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, presentada con fecha 16 de abril de 2008, por la asistencia sanitaria recibida por su, respectivamente, esposa y madre, doña , por entender que fue tardíamente diagnosticada la patología de la que falleció el día 23 de diciembre de 2007, a los 74 años de edad.





SEGUNDO: Para la resolución del presente recurso contencioso administrativo resulta necesario tener en cuenta los siguientes hechos derivados del expediente administrativo, de la prueba practicada y de las alegaciones de las partes:

a).- Doña _____ respectivamente, esposa y madre de los demandantes, fue remitida el 17 de enero de 2007, al Servicio de Hematología del Hospital _____ para estudio de una trombocitosis descubierta casualmente en el preoperatorio de cataratas. Tras ser estudiada por dicho Servicio de Hematología, es remitida a Medicina Interna, con fecha 23 de abril de 2007, para completar estudio, emitiéndose el siguiente diagnóstico: trombocitosis en el contexto de elevación de reactantes de fase aguda, sin identificación de etiología concreta en el momento actual, no existiendo datos definitorios de: A. Reumatoide; lupus eritematoso sistémico; síndrome de Sjögren; otras conectivopatías o vasculitis; infecciones agudas o crónicas; neoplasias aparentes. Hipercolesterolemia controlada farmacológicamente. Tratamiento: continuar con el suyo habitual.

b).- A partir de abril de 2007, comenzó con picos febriles que fueron progresivamente en aumento de intensidad y frecuencia, acompañados ocasionalmente de tiritona y sudoración, así como pérdida de peso no cuantificada, sin otra sintomatología y sin evidencia de adenopatías. Fue ingresada en Medicina Interna en varias ocasiones para su estudio y diagnosticada como fiebre de origen desconocido.

c).- El 22 de agosto de 2007, acude a Medicina Interna por presentar fiebre persistente desde hace 15 días, astenia, hiporexia y pérdida de cuatro kilos de peso, quedando ingresada hasta el 6 de septiembre de 2007. La paciente permanece febril cotidianamente hasta que espontáneamente queda sin fiebre desde varios días antes del alta sin haber recibido tratamiento específico alguno (antitérmico según necesidad). Dado el buen estado general de la enferma y la desaparición espontánea de la fiebre, se decide seguimiento clínico ambulatorio, emitiéndose como juicio clínico el de fiebre de origen desconocido, síndrome febril prolongado.

Durante este ingreso se llevaron a cabo, entre otras pruebas, estudio analítico; TAC abdomino-pélvico con contraste que reveló la existencia de "discretas adenopatías retroperitoneales, pequeñas LOES hepáticas"; y TAC de tórax de mala calidad que reveló la existencia de nódulos pulmonares bilaterales.

d).- El 3 de octubre de 2007, ingresó de nuevo en el Hospital debido a una reaparición de fiebre elevada con escalofríos y malestar general. La paciente fue trasladada al Servicio de Medicina Interna donde permaneció con fiebre elevada todos los días. En dicho ingreso se cotejaron las pruebas solicitadas durante el anterior ingreso, entre ellas, la biopsia de médula ósea que fue informada con el siguiente diagnóstico: cilindro de médula ósea con un infiltrado linfohistiocítico polimorfo atípico. Esta imagen puede asociarse a linfoma de Hodgkin, linfomas T, infecciones virales y trastornos inmunológicos. Se recomienda correlación con los hallazgos clínicos y valorar la resección de un ganglio linfático para estudio





histológico en caso de que haya linfadenopatías. La paciente fue dada de alta el 29 de octubre de 2007, con el diagnóstico de fiebre de origen desconocido, síndrome febril prolongado. Control por médico de familia.

c).- El 20 de noviembre de 2007, ingresa otra vez en el Hospital por persistencia y aumento de fiebre hasta los 40º, con escalofríos, tiritona, acompañado de malestar, astenia, hiporexia y fatiga. El 23 de noviembre de 2007, se llevó a cabo una gammagrafía que resultó compatible con enfermedad linfomatosa activa con estudio positivo en región axilar izquierda y mediastino. La biopsia de la adenopatía axilar se realizó el 5 de diciembre de 2007, con el resultado anatomopatológico de linfoma de Hodgkin clásico. El 13 de diciembre de 2007, la paciente fue derivada al Servicio de Hematología para tratamiento. Se instauró quimioterapia. La evolución de la paciente fue tórpida y se comunicó a los familiares que tan sólo quedaba la opción de administrar tratamiento con carácter paliativo, falleciendo la paciente el día 23 de diciembre de 2007, a los 74 años de edad.

TERCERO: Se alega la demanda que ha habido un retraso en el diagnóstico del linfoma de Hodgkin que ha privado a la paciente de posibilidades de curación o de supervivencia. Sostienen los recurrentes que la paciente tenía los síntomas propios de dicha enfermedad (fiebre persistente, malestar general, alteración en los niveles de plaquetas, trombocitosis, escalofríos y cefaleas) y que, a pesar de ello y de los resultados de la biopsia de médula ósea realizada en septiembre de 2007, que apuntaban claramente hacia el linfoma, no se alcanzó un diagnóstico hasta diez días antes de su fallecimiento el 23 de diciembre de 2007. Alegan que se obviaron los resultados de la biopsia de médula ósea realizada en septiembre de 2007, que ya apuntaban hacia la existencia del linfoma, demorándose la realización de la gammagrafía hasta el 23 de noviembre de 2007, así como de la biopsia de la adenopatía axilar que se retrasó hasta el 5 de diciembre. Entienden, por ello, que las altas de 6 de septiembre y 29 octubre 2007, fueron indebidas, pues la paciente debió permanecer ingresada ante la sospecha del linfoma que se desprendía ya de la biopsia de médula ósea realizada en septiembre de 2007. Por todo ello entienden que se dan los requisitos de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración que ejercitan en su demanda y solicitan una indemnización de 450.000 € (160.000 € para el esposo, 160.000 € para su hija doña . y 130.000 € para cada uno de los demás hijos).

La representación procesal de la Comunidad de Madrid suscribe las conclusiones del informe de la Inspección obrantes en el expediente en las que se considera que la atención sanitaria recibida por la se ajustó en todo momento a la "lex artis" ya que la paciente no presentó una clínica típica que permitiese un diagnóstico precoz del linfoma de Hodgkin, a pesar de habersele realizado constantes pruebas, ninguna de las cuales orientaba claramente hacia dicho diagnóstico. Considera, además, que la indemnización solicitada es excesiva, pues supera ampliamente cuanto establece el baremo de la legislación de seguros del





automóvil con relación a los hijos por ser todos ellos mayores de 25 años y entiende no acreditada la legitimación de don . Concluye solicitando la desestimación de la demanda por no darse los requisitos de la acción que en ella se ejercita.

CUARTO: Así establecidos los hechos y determinadas las posiciones de las partes, procede analizar ahora si concurren en el presente caso los presupuestos determinantes del nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, tal y como aparece regulada en los arts. 139 y siguientes de la LRJyPAC.

Como es sabido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo viene reiteradamente exigiendo para apreciar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar (daño antijurídico) y que sea real, concreta y susceptible de evaluación económica; que la lesión sea imputable a la Administración y consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y que, por tanto, exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

Así pues, para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración, no sólo es necesario que se declare la relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño padecido por quien la reclama, sino que es también necesario que este daño sea antijurídico o, lo que es lo mismo, que no se tenga la obligación de soportarlo. Y este elemento de la acción ejercitada nos remite a la noción de la "lex artis", pues sólo si se acreditase que la atención sanitaria recibida se realizó con infracción de la "lex artis" -sin entrar en si tal uso de la técnica médica o sanitaria fue o no negligente, pues, como quedó dicho, la responsabilidad que analizamos es de carácter objetivo-, podríamos considerar el daño padecido por la parte actora como antijurídico.

Es a este requisito al que se refiere el art. 141.1 LRJyPAC al disponer que *"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"*.

Como se argumenta en la STS de 22 de diciembre de 2001, *«ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una*





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 éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente».

En esta misma sentencia se analiza la repercusión del correcto empleo de la técnica en la consideración del daño como antijurídico, argumentándose que si la actuación médica *«fue realizada correctamente de acuerdo con el estado del saber en la actualidad y ... la incidencia postoperatoria fue resuelta correctamente, ... estaríamos ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, recogida en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no ha venido sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aequilibrado en este precepto, según el cual "no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos". Aun aceptando, pues, que algunas de las secuelas que sufre la recurrente tuvieran su causa en la intervención quirúrgica a la que fue sometida y no en su previo padecimiento, lo cierto es que la técnica quirúrgica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, de manera que sus resultados no habrían podido evitarse según el estado de los conocimientos de dicha técnica quirúrgica, y, en consecuencia, el daño producido, de acuerdo con el citado artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que la paciente tiene el deber de soportar».*

QUINTO: La tesis central que sustenta la demanda, que ha habido un retraso en el diagnóstico del linfoma de Hodgkin que ha privado a la paciente de posibilidades de curación o de supervivencia por no haber podido ser tratada a tiempo, debe considerarse suficientemente acreditada con el material probatorio obrante en autos.

Y así, si bien la Inspección Médica ha emitido un informe --obrando al expediente-- en el que considera, en esencia, que la atención sanitaria recibida por la Sra. *se ajustó en todo momento a la "lex artis" ya que la paciente no presentó una clínica típica que permitiese un diagnóstico precoz del linfoma de Hodgkin, a pesar de haberse realizado constantes y múltiples pruebas, ninguna de las cuales orientaba claramente hacia dicho diagnóstico, esta tesis, que es la que mantiene la Administración demandada, ha sido rebatida de forma razonada, argumentada y exhaustiva por el informe pericial aportado por la parte actora que ha sido ratificado en presencia de la Sala de forma contradictoria.*

Y así, rebate dicho perito las consideraciones de la Inspección Médica en las que se apoya la Administración demandada, no tanto porque no se hayan realizado a la





actora constantes y múltiples pruebas, sino por la inadecuada orientación y valoración de los síntomas que padecía la paciente desde abril de 2007, que ha determinado que se sometiera a ésta a múltiples pruebas, algunas innecesarias, sin haberse realizado, en cambio, a tiempo las pruebas que eran necesarias y acordes con una debida valoración de los síntomas y de la patología de origen, la trombocitosis, produciéndose altas indebidas de la paciente por haber sido acordadas sin completar debidamente los estudios correspondientes para determinar el origen de la fiebre persistente que padecía.

Explica el perito que no se profundizó en el estudio de la trombocitosis con un estudio específico (niveles en sangre de Interleucina 6) que hubiera permitido orientar desde el principio hacia un proceso canceroso, y que si se hubiera analizado debidamente el comportamiento concreto de la fiebre que padecía la paciente y sus síntomas acompañantes, que describe con detalle, se podrían haber adelantado a abril o mayo de 2007, la gammagrafía y la biopsia de médula ósea que hubieran permitido diagnosticar el linfoma y tratarlo de forma precoz, aumentando sus posibilidades de curación o de supervivencia; destacando, además, el perito que las sucesivas altas de la paciente no fueron adecuadas, pues se hicieron sin haberse completado los estudios correspondientes ni esperar al resultado de pruebas esenciales.

Reproducimos, a continuación, las conclusiones del informe pericial aportado por la actora, precedidas por abundantes y precisas argumentaciones y explicaciones científicas, todas ellas realizadas con constante apoyo en la historia clínica:

“Conclusiones

Primera: Que existió falta de prudencia al interpretar y estudiar los signos y los síntomas, sin profundizar en el estudio de la trombocitosis hallada casualmente por un estudio analítico en el preoperatorio de una intervención de cataratas.

De haber actuado según protocolo debió analizarse los niveles en sangre de la IL-6 (Interleucina 6) que se halla elevada en el 35% de los casos de trombocitosis que tienen el origen de dicha alteración en un proceso canceroso subyacente.

Segunda: Que existió falta de atención al orientar el caso como fiebre de origen desconocido sin detenerse a analizar el comportamiento de dicha fiebre (fiebre recurrente sin tratamiento específico de tipo vespertino) ni los síntomas acompañantes como son los escalofríos, la sudoración profusa y la pérdida de peso.

Tercera: Que de haberse actuado correctamente, como indican las primeras conclusiones, la gammagrafía o rastreo con galio, la biopsia de médula ósea y la extirpación para estudio microscópico del ganglio axilar pudieron haberse adelantado a abril y mayo de 2007, permitiendo iniciar el tratamiento quimioterápico cuando la paciente conservaba un buen estado general.

Cuarta: Que al orientar el caso de forma indebida, se sometió a la paciente a un sinnúmero de pruebas innecesarias, a ciegas, alargando el estudio inécidamente y sometiéndola a una cadena de pruebas incómodas (biopsia de la arteria temporal y similares) lo cual aumentó la penosidad de su estancia hospitalaria.



Quinta: Que, por otro lado, dentro de las múltiples pruebas realizadas, no se estudió la serología del virus Epstein-Barr ni los marcadores tumorales (CD30), que hubieran aportado datos que facilitarían el estudio etiológico de todo el proceso.

Sexta: Que de haberse tratado en el mes de julio, agosto o septiembre, existían posibilidades claras de curación o remisión del cuadro clínico ya que el linfoma de Hodgkin responde bien a la quimioterapia a pesar de diagnosticarse en estados avanzados. Sin embargo, se dio el alta sin seguir ni completar el estudio y, por tanto, sin prescribirse ningún tipo de tratamiento.

Séptima: Que durante el transcurso de la atención sanitaria se dieron altas injustificadas, traspasando al Médico de Familia la responsabilidad de realizar un diagnóstico que no se supo obtener en el medio hospitalario hasta que la paciente sufrió un grave deterioro de su estado general.

Octava: Que el alta médica de 29 de octubre de 2007 resulta, si cabe, aún más irresponsable. A partir de este momento las posibilidades de curación y el estado general se fueron declinando, empeorando el pronóstico de la paciente debido a un excesivo retraso diagnóstico y terapéutico."

En el acto de ratificación de este informe el perito mantuvo tales conclusiones, insistiendo en las posibilidades de curación de la paciente si el diagnóstico del linfoma hubiera sido precoz, por haberse efectuado una adecuada orientación y valoración de la sintomatología que padecía.

Así pues, a la vista del material probatorio obrante en autos –esencialmente, el informe pericial aportado por la parte actora que rebate de forma razonada el informe elaborado por la Inspección Médica-, debemos concluir que en el presente caso la atención sanitaria recibida por la Sra. [redacted] se ha ajustado a la "lex artis" ya que el linfoma de Hodgkin que motivó su fallecimiento pudo haber sido diagnosticado y tratado de forma precoz, permitiendo, bien su curación, bien aumentar sus posibilidades de supervivencia.

Por lo expuesto, la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración que se ejercita en la demanda debe prosperar por darse todos los requisitos que la configuran.

SEXTO: ...sta por determinar la indemnización que deba concederse a los demandantes por el daño imputable al servicio público sanitario, daño que debe concretarse bien en el fallecimiento de su, respectivamente, esposa y madre, bien en la privación de posibilidades de supervivencia de ésta.

En la demanda se solicita una indemnización de 450.000 €: 160.000 € para el esposo, 160.000 € para su hija doña Alicia, y 130.000 € para cada uno de los demás hijos.



Por su parte, la representación procesal de la Comunidad de Madrid considera dicha indemnización excesiva por alejarse de las cantidades fijadas en el baremo de la legislación de seguros del automóvil y objeto, además, que no ha quedado acreditada la condición con la que reclama don

Esta última objeción ha quedado subsanada mediante la aportación por la parte actora del libro de familia en el que consta que don es el esposo de la fallecida, doña z. siendo los restantes demandantes los seis hijos habidos del matrimonio, todos ellos mayores de 25 años.

Ahora bien, compartimos con la Comunidad de Madrid que la cantidad indemnizatoria que se reclama en la demanda no puede ser acogida porque no se acredita circunstancia específica alguna que permita sustentarla. Y así, se alude en la demanda a una necesidad de tratamiento psiquiátrico del esposo.

sin remitirse a documentación clínica o informe psiquiátrico alguno que sustente tal afirmación; y tampoco se ofrece explicación alguna de la razón por la que se solicita una indemnización mayor para doña que para el resto de los hijos de la fallecida.

Por esta razón nos parece prudente acogernos, de forma orientativa, al baremo de la legislación de seguros del automóvil vigente al tiempo de dictarse esta sentencia y, dado que la paciente falleció con 74 años de edad con esposo y seis hijos, todos ellos mayores de 25 años, entendemos que corresponde al esposo, 85.000 euros, y a cada uno de los seis hijos 10.000 euros a cada uno de ellos, en total, 145.000 euros, cantidad que se fija como deuda de valor y, por tanto, actualizada al momento presente.

La estimación del recurso ha de ser, pues, parcial.

SÉPTIMO: De conformidad con el art. 139.1 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1998, no se hace un especial pronunciamiento sobre las costas procesales causadas en esta instancia, al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** el presente recurso contencioso administrativo nº 381/09, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Solera Lama, en nombre y representación de don

contra la desestimación presunta por silencio de su





reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración presentada con fecha 16 de abril de 2008. **DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS** dicha resolución por no ser ajustada al ordenamiento jurídico y, en su lugar, debemos reconocer y reconocemos el derecho de la parte actora a que se le abone una indemnización por un importe total de 145.000 euros, cantidad que no devengará más intereses que los previstos en el art. 106 LJ.

No ha lugar a la imposición de las costas procesales causadas en esta instancia.

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

PUBLICACIÓN: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada D^a Ángeles Huet de Sande, Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso contencioso administrativo, estando celebrando audiencia pública esta Sección, de lo que, como Secretario de la misma, doy fe.

