85

Nº 453/08
Registro General 10863/08

SENTENCIA Nº 782

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION OCTAVA

Ilmos. Sres.

Presidente

Dña. Inés Huerta Garicano

Magistrados

D. Miguel Angel Vegas Valiente

D. Gregorio del Portillo García

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID
RECEPCIÓN - 7 SEP 2010
NOTIFICACIÓN - 8 SEP 2010
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000

En la Villa de Madrid a veintiuno de julio de dos mil diez

VISTO por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los Autos del recurso contencioso-administrativo nº 453/08, interpuesto -en escrito presentado el día 13 de junio de 2008- por la Procuradora Dña. actuando en nombre y representación de **D.** y **Dña.** , en su propio nombre y en representación de su hija menor , contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial (escrito presentado el 22 de junio de 2007) por la asistencia prestada en el Departamento de Oftalmología del Hospital de esta Capital.

Ha sido parte demandada la Comunidad Autónoma , representada y defendida por un Letrado de sus Servicios Jurídicos, habiéndose personado como

codemandada , representada por el Procurador D.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó la parte demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que postuló una sentencia por la que se anulase la Resolución presunta impugnada, y, previa declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, se la condenara al abono de 300.000 € en concepto de indemnización por los perjuicios causados, con sus intereses y condena en costas.

SEGUNDO: La representación procesal de la y la Aseguradora codemandada, en sendos escritos, contestaron demanda, instando la desestimación del recurso.

TERCERO: Habiéndose recibido el proceso a prueba, y formulados escritos de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO: Para deliberación, votación y fallo del presente recurso se señaló la audiencia del día 20 de julio de 2010, teniendo lugar.

QUINTO: En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales, habiendo quedado fijada la cuantía del pleito en 300.000 €.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada de la Sección Iltma. Sra. Dña.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El objeto del presente recurso se concreta en determinar si la denegación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial articulada como consecuencia del, a juicio de los actores, deficiente control oftalmológico de la menor en el Servicio de Oftalmología del Hospital ', que ha desembocado en la pérdida irreversible de la visión en el ojo derecho, es –o no conforme a Derecho.

Los actores no cuestionan la administración de corticoides (Maxidex) a la menor (aquejada de artritis reumatoide con afectación ocular en el ojo derecho: uveítis anterior), ni su dosis, ni la duración del tratamiento (más de dos años y medio), sino que en las más de 33 revisiones oftalmológicas que se le realizaron no se hiciera una sola medición de Presión Intraocular que permitiera objetivar su progresivo aumento y así contrarrestar los efectos de dicha medicación mediante la administración de otros fármacos hipotensores, ni tampoco pudo apreciarse la progresiva pérdida de visión (especialmente grave a partir de enero de 2006) porque en la mayoría de las revisiones no se medía dicha agudeza, cuando la pérdida de agudeza visual es un signo inequívoco de la afectación ocular secundaria al tratamiento cortisónico.

No se discute, por tanto, la corrección del tratamiento, sino el defectuoso control que ha impedido diagnosticar en sus inicios el glaucoma, causa de la pérdida de visión del ojo derecho de la menor y que consideran es secundario al tratamiento con corticoides.

Del expediente administrativo, de las pruebas practicadas y de las alegaciones vertidas en los escritos forenses de las partes quedan acreditados los siguientes extremos de interés para la resolución de este pleito:

1) La menor, nacida el 26 de diciembre de 1999, en el año 2003 fue remitida por el Servicio de Reumatología del Hospital -en el que estaba siendo tratada de su artritis idiopática juvenil- al Servicio de Oftalmología de dicho Hospital para control oftalmológico dado el alto riesgo que tienen este tipo de pacientes de desarrollar una uveítis anterior. Inicialmente los controles fueron trimestrales hasta junio de 2004 en el que apareció el primer brote de uveítis en el ojo derecho, controlándose con la dosis mínima de corticoides (tanto en cuanto a la potencia del medicamento como su dosificación). Durante dos años -hasta junio de 2006- se realizaron 28 revisiones, siendo en dicha fecha cuando se constata una pérdida de agudeza visual moderada justificable por la aparición de una catarata subcapsular posterior, posible en el curso de esta enfermedad. Ante la gran pérdida de visión tres meses después -ya no justificable por la catarata- se sospechó la aparición de un glaucoma evidenciado por un aumento de presión intraocular moderado, iniciándose tratamiento hipotensor sin respuesta, sin que volviera a dicho Servicio (por decisión de los padres fue, a partir de dicha fecha, tratada en el Servicio de Oftalmología del Hospital Clínico folio 187 expediente.

2) Según el Informe de la Oftalmóloga que le trató en el Hospital la evolución de la artritis es independiente de la uveítis, proceso secundario de la anterior, sin que exista correlación entre la actividad de la uveítis y de la artritis. Para dicha Doctora en el caso analizado no existe evidencia clínica y científica de que el glaucoma de la menor sea debido al tratamiento con corticoides. De hecho "*en*

publicaciones recientes sobre el tema, describen que tan sólo el 8,9 % ***de los glaucomas inflamatorios son debidos a los corticoides*** *(Jpn Ophttalmol 2002, Takahashi, pg. 556)"Es cierto que se ha recomendado como aseveración general la vigilancia de la presión intraocular (PIO) en pacientes tratados de manera prolongada y agresiva con corticoides, ahora bien, en los niños existe una menor incidencia de hipertensión ocular por los corticoides tópicos……y que sus efectos vienen referidas a dosis muy superiores a las pautadas en este paciente. En niños de corta edad la toma de tensión ocular es complicada y poco fiable y en este caso como consta en Historia Clínica, la colaboración de la paciente que permitiera dicha medición se reveló imposible sin la utilización de anestesia general. Hay que tener asimismo en cuenta que el valor obtenido de la PIO bajo gases anestésicos infradiagnostica el valor real de la tensión ocular y que por tanto el riesgo/beneficio de las tomas de tensión periódicas bajo anestesia general es cuestionable debido a las potencialmente graves efectos secundarios que dicha anestesia conlleva…"* (folio 188 expediente).

3) El Informe de la Inspección Médica concluye con que "*No existió retraso diagnóstico de las complicaciones. La asistencia prestada se ajustó a la lex artis ad hoc*" .

4) El Informe pericial aportado por la actora con su demanda, emitido por Especialista en Oftalmología, bajo el epígrafe: "*Fallos que se cometieron en ojo derecho*" afirma: "*1-todo coculista sabe que el uso continuado de corticoide (1.372 gotas maxidex) …durante dos años y cuatro meses desde el 14-6-04 (primer brote de de uveítis) hasta el 2-10-06, acarrea aumento de la tensión ocular, es decir glaucoma cortisónico y también catarata cortisónica, ambas patología de tipo iatrogénico; como le ha ocurrido a la paciente. 2-desde el 14-6-04 (primer brote de uveítis) no se ha hecho exploración de la tensión*

ocular. Se hace el 2-10-06 (a los dos años y cuatro meses), estando la tensión ocular francamente alta marcando 26 mm de Hg, ...La tensión ocular se debe tomar cuando hay uveitis, para descartar uveitis hipertensiva y también se debe tomar cuando se está prescribiendo corticoide local en colirio, ***prueba que no se hizo. La tensión ocular se puede tomar con el tonómetro de aire, que tiene cualquier oculista, se toma con paciente sentado como se hace la biomicroscopia, prueba que no se hizo. Se puede tomar la tensión ocular con tonómetro de Perkin o el de Schiotz en cuyo caso si la niña no colabora se la puede poner por ejemplo dormicum (medicamento que ya usaron para la artrocentesis) y tomar la tensión ocular.*** *3-el uso continuado de corticoide en colirio (1.372 gotas de maxidex) puede conllevar a una catarata cortinoxónica que es lo que le ha pasado a la interesada, que tiene una catarata subcapsular posterior y subcortical anterior.* ***En lugar de usar ese medicamento (maxidex) tanto tiempo (dos años y cuatro meses) se debieron emplear anti inflamtorios no corticoides como el voltaren o la indometacina, diclofenacoy sobre todo el empleo de atropina en coliairio que tampoco se emplearon.4-después de 34 visitas oftalmológicas no aparece en la historia clínica exploración de fondo de ojo, la primera visita fue el 7-7-03. Se hace exploración de fondo de ojo el 12-10-06, y es cuando se detecta la excavación pailar por glaucoma, pero ya han pasado 3 años y 3 meses; hay que tener en cuenta que la excavación glaucomatosa se instaura con más rapidez en el niño, es decir que si se hubiera mirado el fondo de ojo se habría hecho un diagnóstico precoz.*** *5-el* ***campo visual no se hizo. Una niña con 4 años se le puede hacer un campo visual pero en este caso concreto ni siquiera se intentó la prueba, ni tampoco con 5 años o con 6; tampoco el 9-10-06 (última vez que la ven) cuando la niña tiene ya casi 7 años.*** *En el Hospital Clínico si le hacen todas las pruebas y con el diagnóstico*

de glaucoma, es operada de tabeculectomía, la tensión ocular se normaliza y le prescriben atropina, tobradex y dexametasona. Medicamentos que van cambiando por AINES (anti inflamatorios no esteroideos) como el diclofenaco aunque sigue con el maxidex pero solo una gota cada 72 horas; le hacen, también, campos visuales y sigue con atropina local. La exploración practicada en el Hospital Clínico el tratamiento médico y quirúrgico es el correcto……la interesada ha tenido dos brotes de uveítis en el año 2004. Dos brotes en el año 2005. Un brote en Marzo de 2006, ***es decir que en 3 años ha tenido 5 brotes de uveítis que no justifican la catarata que en la actualidad tiene. Por todo ello hay que pensar fundadamente que el glaucoma que ha tenido y la catarata que tiene, sean de tipo cortisónico….".*** (folios 107 y ss. de los autos)

5) En el Informe pericial aportado por la codemandada en fase probatoria (folios 224 y ss. de los autos), emitido también, por Especialista en Oftalmología, considera que "*El tratamiento corticoideo tópico fue correcto y era estrictamente necesario para el control del cuadro de uveítis*", se dice también que "*no hubiera servido otro tratamiento como los antiinflamatorios no esteroideos (A.I.N.E.) pues no son de utilidad por su escasa potencia en este tipo de patología, que necesariamente debe ser tratada pues si no lo es, puede producir complicaciones potencialmente graves….Por otra parte, no queda clara la causa del aumento tensional que presentó la paciente.* ***Aunque, efectivamente, los corticoides pueden producir aumentos de la presión intraocular, la propia enfermedad de la paciente pudo ser también la causa de las cifras elevadas y del daño del nervio óptico……..***". Se afirma también "***Es cierto que se podía haber intentado medir la presión intraocular, pero la fiabilidad de ésta depende en gran medida del grado de colaboración del paciente, algo***

parecido a lo que ocurre si se desea realizar un campo visual –prueba también indicada para determinar la existencia de glaucoma-, no existiendo una edad dintel a partir de la cual sea posible la medición, y quedando esta decisión a juicio facultativo dependiendo de la situación clínica, del riesgo del paciente y de su grado de colaboración, que mejora habitualmente con la edad…. ". Y como Conclusión: "***Aunque hubiera sido deseable una medición de la presión intraocular que hubiera detectado precozmente un aumento de las cifras tensionales,*** *la corta edad de la paciente y con ello la baja fiabilidad, hizo que no se practicara esta medición. ….la hipertensión ocular pudo estar causada por los corticoides tópicos pero también por la propia enfermedad inflamatoria intraocular. Los corticoides tópicos eran imprescindibles*".

6) Por último, la Perito designada judicialmente, a instancias de la actora, en su Informe, obrante en los folios 277 a 2297 de los autos, en su Conclusión 15y última textualmente dice: "*A mi parecer tanto en el H. como en el H. Clínico . se ha actuado correctamente en las distintas fases que fue presentado el cuadro de la niña…en su ojo derecho.* ***Salvo que en las primeras fases del glaucoma no se realizaron medidas de la PIO ni estudio de fondo de ojo en el H.*** ...". En el folio 16 del Informe (292 de los autos), afirma "*A la paciente se le vigiló la agudeza visual en la mayoría de las revisiones, así como el control de la uveitis anterior con la lámpara de hendidura, con la cual también se pudo apreciar la existencia de las cataratas.* ***Pero hubiera sido recomendable la medición de la PIO, aún con valores orientativos y el estudio de fondo del ojo para comprobar la paila óptica. Y, cuando la paciente tuviera una edad suficiente para colaborar, la realización de una campimetría…***" y en el folio 11 del Informe, recoge: "*…Existe actualmente un tonómetro, que se llama de no contacto, que mide la*

PIO por medio de un chorro de aire, que podría utilizarse. Pero dicho tonómetro da unos valores orientativos, generalmente valores superiores a la realidad, por lo que no son exactos, son aproximativos……Es decir el seguimiento de la enfermedad uveítica se hizo correctamente, al igual que las dosis de corticoides aplicadas. ***Pero no se realizó la exploración de la medida de la PIO (que solo hubiera sido orientativa), ni la visualización del fondo de ojo, para descartar la existencia de un glaucoma.."*** y al folio 13 "*Podríamos decir aquí también lo que se ha descrito en cuanto a los glaucomas, las cataratas secundarias que presenta la niña, podían ser secundarias a la uveitis, a los corticoide o a ambos…"*

SEGUNDO: El art. 139 de la Ley 30/92 dispone textualmente: *"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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, valuable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas……"* y el art. 141.1 dice 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".*

Dichos preceptos establecen, en sintonía con el art. 106.2 de la CE, un sistema de responsabilidad patrimonial: a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad –por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse **la causalidad en pilar**

esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral.

Por tanto para que exista responsabilidad patrimonial de la Administración es preciso:

1) Que se aprecie **una relación de causalidad** entre la acción/omisión y el resultado lesivo.
2) Que el daño sea antijurídico, o, lo que es lo mismo, que el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo y ello supone: a) que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y b) que el ordenamiento no imponga al perjudicado expresamente el deber de soportar el daño.
3) Que el daño sea indemnizable: a) daño efectivo; b) evaluable económicamente; y c) individualizable en relación a una persona o grupo de personas.

En este sentido cabe recordar, entre otras, la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo en Sentencia de 6 de noviembre de 1998 (RJA 9920).

TERCERO: En materia de responsabilidad patrimonial derivada de una actuación médica, el criterio básico utilizado es el de la Lex Artis, de suerte que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados: la obligación del médico es prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo. Por ello, la Lex Artis constituye el parámetro de actuación de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos, imponiendo al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida. Este criterio es fundamental a la hora de delimitar la responsabilidad en este ámbito, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión sino también la infracción de dicha Lex Artis. Si sólo bastara la lesión se incurriría en una excesiva objetivación de la responsabilidad. Al respecto cabe citar la Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (RJ 9404) en la que se recuerda: "*Los conocimientos científicos,*

técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano".

CUARTO: Ciñiéndonos al supuesto de autos, parece claro (baste para ello analizar los Informes periciales obrantes en autos), y los actores no lo cuestionan en ningún momento, que el tratamiento de la uveítis fue en todo momento el correcto y que la niña fue objeto de un exhaustivo seguimiento, en el que, sin embargo –tal como queda evidenciado, con mayor o menor claridad, en las tres Periciales- no se efectuó, siendo necesaria (o cuando menos muy recomendable) en ningún momento una medición de la PIO (aunque fuera con meros valores orientativos), ni estudio de fondo de ojo, elementos diagnósticos imprescindibles para detectar precozmente signos de elevación de la tensión ocular –ya fuera por los corticoides o por la propia uveítis- , lo que hubiera impedido el daño irreversible del nervio óptico del ojo derecho como consecuencia del glaucoma tardiamente detectado.

No hay un solo dato que evidencie la falta de colaboración de la niña por la sencilla razón de que no consta que en ningún momento se intentara realizar ninguna de esas pruebas, entendemos imprescindibles dada la naturaleza inflamatoria de la enfermedad que padecía y el tratamiento prolongado con corticoides (aunque fueran de baja potencialidad y en dosis pequeñas), sin que para ambas fuera imprescindible la anestesia general, pues como se recoge en el Informe del Perito Judicial: " *Existe actualmente un tonómetro, que se llama de no contacto, que mide la PIO por medio de un chorro de aire, que podría utilizarse….dicho tonómetro da unos valores orientativos, generalmente valores superiores a la realidad, por lo que no son exactos, son aproximativos……Es decir el seguimiento de la enfermedad uveítica se hizo correctamente, al igual que las dosis de corticoides aplicadas.* ***Pero no se realizó la exploración de la medida de la PIO (que solo hubiera sido orientativa), ni la visualización del fondo de ojo, para descartar la existencia de un glaucoma….*** " . Luego, aún con valores orientativos, si periódicamente se hubiera hecho esta prueba y la de visualización del fondo de ojo, y tales valores orientativos se hubieran revelado altos, siempre se podría haber valorado –si es que la niña no

colaboraba, algo que todo el mundo ignora- la conveniencia de utilizar algún tipo de anestésico a fin de realizar el estudio con más profundidad y realizar un preciso diagnóstico que hubiera evitado –de haberse hecho en su momento- las fatales consecuencias de ese exhaustivo, en cuanto al número de visitas, pero, desgraciadamente, a nuestro juicio, rutinario, lo que supone una infracción de la "lex artis ad hoc" en el correcto seguimiento de la enfermedad y ello con independencia y al margen –algo irrelevante para la detección precoz de la elevación de la tensión ocular- de que ésta última haya sido consecuencia de la uveítis o del tratamiento prolongado con corticoides. Infracción generadora de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

QUINTO: Determinada la existencia de este daño indemnizable, respecto del "quantum", los actores se han limitado a solicitar la cifra de 300.000 €, con sus intereses, sin ningún tipo de explicitación –carga procesal que incumbe a quien lo solicita- de los parámetros que han servido para fijar ese importe indemnizatorio, considerando la Sala, ponderadamente y a la vista, con carácter meramente orientativo, de los baremos para la indemnización de daños del seguro obligatorio de vehículos de motor, que procede reconocer a la menor una indemnización de 100.000 €.

SEXTO: No se efectúa pronunciamiento en materia de costas (art. 139.1 LJCA).

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** el recurso contencioso-administrativo nº 453/08, interpuesto -en escrito presentado el día 13 de junio de 2008- por la Procuradora Dña. Paloma Solera Lama, actuando en nombre y representación de **D.** , y **Dña.**), en su propio nombre y en

representación de su hija menor , contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial (escrito presentado el 22 de junio de 2007) por la asistencia prestada en el Departamento de Oftalmología del Hospital de esta Capital, **debemos declarar y declaramos que la Resolución presunta impugnada no es conforme a Derecho, y, en consecuencia, la anulamos, reconociendo el derecho de la menor al abono de la cantidad actualizada de 100.000 € en concepto de indemnización de daños y perjuicios, que se incrementará, en concepto de intereses procesales, con los intereses legales devengados desde la fecha de notificación de esta Sentencia.** Sin costas.

Esta resolución, dada la cuantía del proceso, no es firme y, frente a ella, cabe recurso de casación que habrá de prepararse ante esta Sección, en el plazo de diez días computados desde el siguiente a su notificación, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que habrá de realizar mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, nº 2582 (Banesto), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio), bajo apercibimiento de tener por no preparada la casación.

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

PUBLICACIÓN: En el mismo día de su fecha fue publicada la anterior sentencia, de lo que como Secretario de la Sección, doy fe.