

Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Novena
C/ General Castaños, 1 - 28004
33009730
NIG: 28.079.33.3-2009/0142681



(01) 30054546124

Procedimiento Ordinario 1564/2009

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA

Demandado:

L. A

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

SENTENCIA N° 271

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

Ilmos. Sres.

Presidente:

D. Ramón Verón Olarte

Magistrados:

D^a. Ángeles Huet de Sande

D. Juan Miguel Massigoge Benegiu

D^a. Berta Santillán Pedrosa

D. Joaquín Herrero Muñoz-Cobo

En la Villa de Madrid, a doce de marzo de dos mil trece.

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el presente recurso contencioso administrativo n° 1564/2009, interpuesto por la Procuradora Dña. Paloma Solera

Lama , en representación de Dña. _____,

,contra la desestimación presunta de reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de prestación de asistencia sanitaria dirigida al Servicio Madrileño de Salud

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos en la ley, se emplazó a la demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó dentro de plazo, mediante escrito en el que se suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución administrativa objeto de impugnación.

SEGUNDO.- Se contesta a la demanda, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia en la que se confirme la resolución recurrida por encontrarse ajustada a derecho.

TERCERO.- Recibido el presente proceso a prueba, y practicada la admitida, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido en el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO.- En este estado se señala para votación el día 7 de febrero de 2013, teniendo lugar así.

QUINTO.- En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales.

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D Joaquín Herrero Muñoz-Cobo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la desestimación presunta de reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de prestación de asistencia sanitaria dirigida al Servicio Madrileño de Salud

SEGUNDO.- Con carácter previo, resulta necesaria la siguiente cita de antecedentes relevantes del caso:

-El 10 de Junio de 2004, Dña. la esposa y madre de los hoy recurrentes, acude al servicio de medicina interna del hospital recomendando ecografía que se realiza el día 23 de Agosto con resultado de sospecha tumoral “ Engrosamiento asimétrico(...)podría corresponder a patología tumoral”

-El 2 de Noviembre de 2004 se realiza TAC solicitado el 23 de Septiembre de 2004.

-El 26 de Enero de 2005 se realiza resonancia magnética.

-A la vista de las pruebas diagnosticas de imagen realizadas el 22 de Febrero de 2005 se remite a cirugía con carácter urgente-preferente.

-La paciente es intervenida el 8 de Abril de 2005 realizándose colecistectomía, llevando muestra a anatomía patológica.

-El 14 de Abril de 2005 se emite informe con resultado “adenocarcinoma moderadamente diferenciado de vesícula biliar que infiltra hasta el tejido conectivo perimuscular, P T2 Nx Mx.

-El 14 de Junio de 2005 se realiza nuevo TAC para estadiaje para nueva intervención. Previa solicitud de segunda opinión la intervención se realiza el día 18 de Julio de 2005, con resultado diagnóstico de adenocarcinoma PT3 Nx Mx, falleciendo tras tratamiento de quimioterapia el día 7 de Abril de 2007.

A la vista de estos antecedentes, sostiene la recurrente que la asistencia sanitaria prestada fue deficiente con claro retraso en el diagnóstico de la enfermedad con evidente pérdida de oportunidad en su tratamiento, produciendo daño que solicita sea indemnizado en cuantía de 300.000 euros.

Se opone la Administración demandada sosteniendo la corrección de la asistencia prestada, y falta de relación de la intervención con los daños por los que se reclama

Se opone la aseguradora QBE en términos sustancialmente coincidentes.

TERCERO.- La acción jurídica de exigencia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas se corresponde con el ejercicio del

derecho conferido a los ciudadanos por el artículo 106.2 de la Constitución para verse resarcidos de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor.

En el momento de dictado de la resolución administrativa que ahora se sujeta a control jurisdiccional, el régimen de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aparece regulado en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial.

Una nutrida jurisprudencia definido los requisitos de éxito de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración en torno a las siguientes proposiciones:

a) La acreditación de la realidad del resultado dañoso -*”en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”*-

b) La antijuridicidad de la lesión producida por no concurrir en la persona afectada el deber jurídico de soportar el perjuicio patrimonial producido.

c) La imputabilidad a la Administración demandada de la actividad, entendiéndose la referencia al “funcionamiento de los servicios públicos” como comprensiva de toda clase de actividad pública, tanto en sentido jurídico como material e incluida la actuación por omisión o pasividad; y entendiéndose la fórmula de articulación causal como la apreciación de que el despliegue de poder público haya sido determinante en la producción del efecto lesivo; debiéndose de precisar que para la apreciación de esta imputabilidad resulta indiferente el carácter lícito o ilícito de la actuación administrativa que provoca el daño, o la culpa subjetiva de la autoridad o Agente que lo causa.

d) La salvedad exonerante en los supuestos de fuerza mayor.

e) La sujeción del ejercicio del derecho al requisito temporal de que la reclamación se cause antes del transcurso del año desde el hecho motivador de la responsabilidad -*”en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”*-.

A lo expuesto cabe añadir, que para supuestos como el presente, una consolidada Jurisprudencia del Tribunal Supremo viene estableciendo que en las reclamaciones derivadas de actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión que conduciría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable, sino que es necesario 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 salud o la sanidad del paciente. Así solo pues apreciando una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, en caso contrario, tales daños no tienen la consideración de antijurídicos y deben ser soportados por el perjudicado.

CUARTO.- Conforme a lo expuesto en el fundamento segundo la reclamación se funda sobre la existencia de retraso en diagnóstico de cáncer que la recurrente estima con apoyo en la pericial aportada, que supuso una evidente pérdida de oportunidad.

La controversia de autos se produce en un doble plano, en relación a la existencia de retraso en el diagnóstico, y en su relevancia causal.

La primera cuestión en torno a la existencia de retraso en el diagnóstico no presenta duda, pues ya se afirma, o al menos sugiere en el informe de la inspección médica” se podría haber sido más rápido, si,” se afirma por el perito de la recurrente, y no se cuestiona por el perito de la parte contraria “la demora en este caso parece excesiva”.

Acreditada la existencia de retraso en el diagnóstico la controversia se limita a su relevancia causal que las demandadas niegan, pues estiman la evolución de la enfermedad no permitía ya distinto resultado.

A la vista de la prueba practicada, y en relación a la relevancia causal del retraso en el diagnóstico, estimamos también acreditada su existencia. En efecto, en primer lugar, acreditada la existencia de retraso relevante en el diagnóstico de enfermedad, pesaba a la demandada la prueba de la irrelevancia causal de dicho retraso, lo que en modo alguno ha hecho, limitándose a una especulación probabilística que en cualquier caso conduciría a la apreciación de una pérdida de oportunidad, pero es que en el presente caso, entendemos además acreditada de forma directa la relevancia del retraso en el resultado, pues diagnosticado con demora tumor T2, se interviene nuevamente con retraso para resultado tumor T3, con mucho peor pronóstico, no resultando acreditado que en aquel primer momento el tumor fuera ya de nivel T3, pues de haber sido así, como vino a reconocer sustancialmente el perito de la demandada, se habría visto así en las pruebas practicadas antes del 8 de Abril de 2005.

Solicita la actora en reparación del daño indemnización por importe de 300.000 euros. Acreditada la existencia de retraso en el diagnóstico, y con ello la pérdida de oportunidad para evitar o retrasar en forma sustancial el fallecimiento, estimamos procedente en aplicación analógica del Baremo ley 30/95 reconocer indemnización ya actualizada a fecha de sentencia, en los siguientes términos:

- Para el cónyuge viudo D . 125 000 euros.
- Para Don 22.000 euros.
- Para D
- 11.000 euros por cada recurrente.

QUINTO.- Dadas las circunstancias examinadas y las conclusiones a que se ha llegado, no aprecia este Tribunal la concurrencia de los requisitos necesarios para la imposición de las costas a ninguna de las partes, a tenor de lo preceptuado en el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción.

Por todo lo anterior, en el nombre de S.M. el Rey y por la autoridad que nos confiere el Pueblo Español.

F A L L A M O S

Que DEBEMOS ESTIMAR el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora Dña. Paloma Solera Lama , en representación de Dña.

, contra la desestimación presunta de reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de prestación de asistencia sanitaria dirigida al Servicio Madrileño de Salud, RESOLUCION QUE ANULAMOS, por no ser conforme a derecho, CONDENANDO A LA ADMINISTRACION DEMANDADA A INDEMNIZAR A LAS RECURRENTES en los importes ya actualizados a fecha de sentencia siguientes:

- Para el cónyuge viudo D 125.000 euros.
- Para) 22.000 euros.
- Para
- 11.000 euros por cada recurrente.

No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas 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 el Ilmo. Sr. Magistrado D. Joaquín Herrero Muñoz-Cobo, 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