

R.C.A N° 1958/2003

SENTENCIA N° 668

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION NOVENA

Ilmos Sres.:

Presidente:

Don Ramón Veron Olarte:

Magistrados:

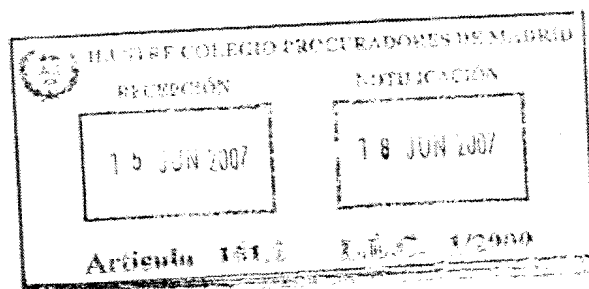
D^a. Angeles Huet Sande

D. Juan Miguel Massigoge Benegiu.

D. José Luis Quesada Varea.

D^a. Margarita Pazos Pita

D. Juan Ignacio González Escribano



En la Villa de Madrid a veintiocho de mayo del año dos mil siete.

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 1958/2003, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales de los Tribunales, D^a. Paloma Solera Lama, en nombre y representación de D.

D^a. :

I, D^a. M^a.

D^a.

D^a.

, D^a.

, D^a. M^a.

y D^a.

contra la desestimación presunta por el

Instituto de la Salud de la reclamación por responsabilidad patrimonial, y ulterior resolución expresa, ha sido parte la Administración demandada, representada por sus Servicios Jurídicos, y como parte Codemandada

representada por el Procurador Sr.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Previos los oportunos trámites, la Procuradora de los Tribunales Dña. Paloma Solera Lama, en nombre y representación de la parte recurrente, formalizó la demanda contra el [redacted] sobre responsabilidad patrimonial por mal funcionamiento de la Administración Sanitaria, mediante escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de Derecho que estimó pertinentes, solicitó se dictara sentencia por la que se declare la responsabilidad de la demandada por los daños provocados y, consecuentemente, se condene a la demandada a indemnizar a los demandantes en la suma de ciento cincuenta mil euros (150.000€), más intereses, por los daños y perjuicios sufridos, con expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- La Letrada de la Comunidad de Madrid, en nombre y representación del INSTITUTO [redacted] DE LA SALUD, evacuando el traslado conferido, contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras exponer asimismo los hechos y fundamentos de Derecho que consideró oportunos, solicitó la desestimación del recurso con absolución a la demandada de la condena solicitada.

TERCERO.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la propuesta por las partes y admitida por la Sala, con el resultado que obra en autos.

El Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de la entidad [redacted], presentó escrito solicitando plazo para la contestación a la demanda, dictándose auto de 13 de diciembre de 2004 por el que se acuerda retrotraer las actuaciones a la fase procesal de contestación a la demanda por la codemandada la entidad aseguradora.

CUARTO.- Con fecha de 10 de enero de 2005, se remite ampliación de expediente administrativo consistente en Dictamen del Consejo de Estado y Resolución de la Conserjería de [redacted] y [redacted] del que se dio traslado a las partes para que presentaran alegaciones complementarias.

QUINTO.- No considerándose necesaria la celebración de vista pública, se concedió a las partes el término para concluir por escrito, lo que consta realizado. Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el día 24 de mayo de 2007, en que tuvo lugar.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través de este recurso, D. _____, Dña. _____, Dña. _____, Dña. _____, Dña. _____, Dña. _____, y Dña. _____, impugna la desestimación por silencio administrativo, ampliándose a la ulterior resolución expresa de la reclamación patrimonial deducida contra el Instituto _____ o de la Salud por la asistencia sanitaria prestada al padre y esposo de los reclamantes D. _____, suplicando la condena de la administración demandada en la suma de 150.000 €, por los daños ocasionados por los padecimientos físicos y psíquicos ocasionados al paciente durante el postoperatorio, deterioro de la calidad de vida, posterior fallecimiento y los daños y perjuicios causados a su familia por la pérdida de un esposo y padre y por la pérdida de oportunidad de remontar la enfermedad.

SEGUNDO.- Los hechos en que se fundamenta la acción consisten sustancialmente en los siguientes:

- 1.- D. _____, era beneficiario de la Seguridad Social, afiliado al régimen de la Seguridad Social con el n° 2856429035.
- 2.- en octubre de 2000, el _____ comenzó a sufrir molestias que tras consultar a su médico de cabecera, quien, sin practicar siquiera tacto rectal, le diagnosticó una hemorroide interna. En los meses siguientes las molestias aumentaron con rectorragia y dolor perianal, por lo que ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital _____ de Madrid donde tras efectuar un tacto rectal, se le diagnosticó hemorroide interna minimamente sangrante,

sin repercusión hemodinámica", constando en el informe de fecha 8 de enero de 2001 " no patología quirúrgica urgente en momento actual".

3.- con fecha de 16 de febrero de 2001, al paciente se le practicó una Colonoscopia que reveló la existencia de varios pólipos y una neoplasia (cáncer de recto), confirmándose la existencia de Adenocarcinoma Colorectal grado 2 C por hallar metástasis en 2 de 12 de los ganglios linfáticos aislados.

4.- El 14 de marzo de 2001 se realiza TAC, con fecha de 21 de abril de 2000, el ingresó en el Servicio de Cirugía y Aparato Digestivo siendo intervenido el 24 de abril de 2001, en el que se procedió a la amputación abdominoperineal, colostomía Terminal y Apendicectomía y dado de alta el 16 de mayo de 2001.

5.- En los meses de junio a noviembre de 2001, pasados más de dos meses desde la intervención (24-04-01) y cinco desde el diagnóstico 16-02-01), se procedió a aplicar radioterapia en la zona intervenida y varias sesiones de quimioterapia , iniciándose el tratamiento el 30 de julio de 2001.

6.- Tras el alta hospitalaria, sin que se realizara comprobación postquirúrgica alguna, tuvo que ingresar en numerosas ocasiones en el servicio de urgencia, diagnosticándose en todos ellos subconclusión intestinal. (ingresos al menos de 22 de noviembre, 24 y 28 de diciembre de 2001; 20 de enero, 23 de febrero, 4, 9, 13 y 14 de marzo de 2002, donde ingresa hasta su fallecimiento el 9 de mayo de 2002). El 6 de marzo se realizó un TAC abdominal que puso en evidencia una m"masa pre-sacra en la que no se puede descartar recidiva local, necrosis o infección". El 1 de abril se realizó nueva colonoscopia (casi un mes después de los resultados del TAC), diagnosticando al paciente de una recidiva tumoral.

7.- El 13 de marzo de 2002 (último de los ingresos de urgencias), el Sr. Barón quedó ingresado, informando el día 15 el que iba a ser intervenido sin que se informara ni al paciente ni a los familiares del tipo de intervención a realizar, pronóstico, riesgos y alternativas al tratamiento.

8.- La intervención fue realizada por el Dr. [REDACTED] el 24 de abril de 2002, tras lo cual, se informó a la familia que se había detectado una Peritonitis y una Carcinomatosis que no había nada que hacer puesto que la herida quirúrgica no se podía cerrar. Tras es diagnóstico, el paciente fue remitido a la Planta, donde continuó hasta su fallecimiento el 9 de mayo de 2002.

La demanda señala como actos reprochables a la Administración los siguientes:

- 1.-Diagnóstico tardío por infravaloración del cuadro clínico. No realizar colonoscopia hasta el 16 de febrero de 2001, cuando el paciente tenía síntomas compatibles con la patología que resultó tener desde octubre de 2000.
- 2.-Posponer la primera intervención quirúrgica para el día 24 de abril de 2001, pasados más de dos meses desde el diagnóstico tardío y después de seis meses de los primeros síntomas.
- 3.-No comenzar el tratamiento por quimioterapia hasta el mes de julio de 2001, seis meses después del diagnóstico.
- 4.- Conceder el alta médica en diciembre de 2001, de forma precipitada, después de la quimioterapia, sin realizar prueba diagnóstica fiable para asegurar la buena evolución.
- 5.- Error de diagnóstico a partir del alta médica y no investigar su cuadro clínico para descartar una recidiva de cáncer o una posible mala curación a pasar de sus antecedentes y la evolución que mostró con numerosísimos ingresos hospitalarios a través de urgencias. El paciente sufrió un claro empeoramiento entre el mes de diciembre de 2001 y el mes de marzo de 2002, sin que los servicios Sanitarios del [REDACTED] vieran en cuenta sus antecedentes y grave cuadro sintomatológico.

6.- La falta de información correcta y adecuada, por cuanto no se proporcionó al paciente o a su familia ninguna información, ni verbal ni escrita, de los graves riesgos que comportaba la intervención a que fue sometido, a fin de que pudiera libremente valorar si asumía el riesgo o esperaba el curso natural de los acontecimientos, con conocimiento de la causa de situación.

La reclamación de la parte demandante se basa en el funcionamiento anormal de la administración sanitaria reclamando indemnización por los padecimientos físicos y psíquicos ocasionados al paciente durante el postoperatorio, deterioro de la calidad de vida, posterior fallecimiento y los daños y perjuicios causados a su familia por la pérdida de un esposo y padre y por la pérdida de oportunidad de remontar la enfermedad.

TERCERO.- Frente a la entidad aseguradora demandada, en su contestación a la demanda, se oponen a las pretensiones de los demandantes, alegando que la actuación médica ha sido correcta y de acuerdo con la lex artis, tanto en el tipo de técnica utilizada en las dos intervenciones quirúrgicas dado el tipo de patología como el tratamiento de quimioterapia y radioterapia por espacio de seis meses. Que tras terminar el tratamiento es dado de alta, y, si bien desde el mes de diciembre de 2001 hasta marzo de 2002 el paciente requirió diversos ingresos por urgencia, todos ellos eran compatibles con cuadros de subconclusión intestinal, señalando que en muchas ocasiones lo único que se puede hacer es una derivación externa o interna como en este caso y realizar la intervención quirúrgica cuando la subconclusión intestinal no se resuelve mediante tratamiento o cuando el estado del enfermo obligue a ello. Concluye así que la atención médica fue correcta y adecuada a la patología y cuya evolución fue desfavorable, lo cual, no es infrecuente en esta fase de enfermedad cuando por su agresividad llega de forma rápida a estas fases avanzadas. Finalmente, respecto de la ausencia de consentimiento informado respecto de la segunda intervención quirúrgica de 15 de abril de 2002, alega que la misma se decidió por razones de urgencia y que en el informe de alta consta que se comentaron los hallazgos con la familia del paciente.

CUARTO.- Puesto de manifiesto el acto administrativo impugnado, así como las pretensiones y posiciones de las partes, impera a renglón seguido determinar cuales son los requisitos necesarios para entender que concurre responsabilidad patrimonial de la administración.

El art. 106.2 de la Constitución Española de 1978 garantiza el derecho de los particulares, en los términos establecidos por la Ley, 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 citado precepto constitucional ha dado un paso más en el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado, iniciado mediante los arts. 120, 121 y concordantes de la Ley de Expropiación Forzosa, de 16 de diciembre de 1954, y confirmado en los arts. 40 y concordantes, del Texto Refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, de 26 de julio de 1957; pues bien, mientras esta última normativa jurídica, se refiere al derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa, el citado art. 106.2 además de constitucionalizar, en tales casos, la responsabilidad de la Administración, generaliza la misma para todos los supuestos – salvo el de fuerza mayor-, en que la lesión sea sufrida por el particular, en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que aquélla sea consecuencia de dicho funcionamiento de los servicios públicos, sin aludir al carácter normal o anormal del mismo. Mas dicho precepto constitucional garantiza tal derecho, en “los términos establecidos en la Ley” que en este supuesto no son otros que los dispuestos en el art. 139 y siguientes de la Ley 20/1992, de 16 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, donde se recogen los requisitos que necesariamente han de concurrir para que proceda la indemnización reclamada por dicha vía cuales son:

- a) Existencia de una lesión o daño en cualquiera de los bienes o derechos del particular afectado.
- b) Imputación a la Administración de los actos necesariamente productores de la lesión o daño.
- c) Relación de causalidad entre el hecho imputable a la Administración y la lesión, daño o perjuicio producido.

- d) Que el daño alegado por los particulares sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- e) Que la acción de la responsabilidad indemnizatoria sea ejercitada dentro del plazo de un año, contado a partir del hecho que motivo la indemnización. La responsabilidad patrimonial de la Administración deriva, conforme a la citada normativa jurídica, en principio, de la lesión producida a los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, entendida aquella como un perjuicio antijurídico que estas no tienen el deber de soportar, por no existir causa alguna que lo justifique.

Además de estos requisitos, es de tener en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (así, en Sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, fundamento jurídico cuarto y 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero, 1 de abril de 1995, 15 de diciembre de 1997, 28 de enero y 13 de febrero de 1999), que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, por lo cual no sólo no es menester demostrar, para exigir aquella responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos. A su vez, como ha declarado la sentencia TS de 26 de septiembre de 1998, es directa por cuanto ha de mediar una relación de tal naturaleza, inmediata y exclusiva de causa a efecto entre el actuar de la Administración y el daño producido, relación de causalidad o nexo causal que vincule el daño producido a la actividad administrativa de funcionamiento, sea éste normal o anormal. Así se deduce del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, pues

sólo excluye la obligación de la Administración de indemnizar a los particulares por las lesiones que sufran en sus bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en los casos de fuerza mayor. Por lo tanto, quien reclame a la Administración la indemnización de unos daños sólo tiene que acreditar su realidad y la relación de causalidad que existe entre ellos y la actuación o la omisión de aquélla.

Como recuerdan las sentencias TS de 6 y 13 de octubre de 1998, 9 de marzo y 11 de mayo de 1999, resumiendo la doctrina jurisprudencial sobre el nexo causal

“Aun cuando la jurisprudencia ha venido refiriéndose con carácter general a un carácter directo, inmediato y exclusivo para particularizar el nexo causal entre la actividad administrativa y el daño o lesión que debe concurrir para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas, no queda excluido que la expresada relación causal -especialmente en los supuestos de responsabilidad por funcionamiento anormal de los servicios públicos- pueda aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, circunstancia que puede dar lugar o no a una moderación de la responsabilidad (sentencias de 8 de enero de 1967, 27 de mayo de 1984, 11 de abril de 1986, 22 de julio de 1988, 25 de enero de 1997 y 26 de abril de 1997, entre otras). Entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen, en materia de responsabilidad patrimonial de la administración, aquéllas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél (sentencia de 25 de enero de 1997), por lo que no son admisibles, en consecuencia, concepciones restrictivas que irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas (sentencia de 5 de junio de 1997), pues el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, y se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por si mismo para producir el resultado final como presupuesto o “conditio sine qua non” esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero, aunque es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso (sentencia de 5 de diciembre de 1995)”.

La objetivación de la responsabilidad patrimonial de la Administración obliga a deducir que la conducta del personal asistencial no ha de ser enjuiciada aquí bajo el

prisma psicológico o normativo de la culpabilidad sino más bien desde la estricta objetividad mecánica de un comportamiento que se inserta, junto con otros eventos, en la causalidad material, a nivel de experiencia, en la producción de un resultado (STS 14 de junio de 1991, confirmando sentencia de la Audiencia Territorial de Madrid de 4 de noviembre de 1985, y 13 de julio de 2000).

Es cierto que al implicar la asistencia sanitaria la existencia de una obligación de medios, no de resultados (sentencias TS de 9 de diciembre de 1998 y 11 de mayo de 1999), en ocasiones la jurisprudencia (sentencia sala 3ª TS de 10 de febrero de 1998) ha hecho depender la obligación de indemnizar de la vulneración o no de la "lex artis" pero ni ello es la tendencia general, ni cabría excluir la responsabilidad en caso de que no se demostrase la concurrencia de fuerza mayor o conducta dolosa o negligente de la víctima. En todo caso, a fin de que la actuación médica o sanitaria pueda reputarse como correcta es imprescindible que en el contraste con las normas que han de regir las correspondientes prácticas pueda apreciarse una total adecuación a los usos que sean constantes y generalmente admitidos en el respectivo ámbito por haber actuado de acuerdo con los conocimientos y técnicas adecuados al caso.

QUINTO.- Expuestos los requisitos legal y jurisprudencialmente exigidos para la concurrencia de la responsabilidad patrimonial de la administración en el ámbito sanitario, procede, descendiendo al caso concreto determinar su concurrencia teniendo en cuenta los hechos acreditados con arreglo a la prueba practicada. De la misma, resulta acreditado:

1.- Que D. _____, varón de 70 años, acudió a su médico de cabecera en octubre de 2000, como consecuencia de pérdidas sanguíneas con la expulsión de las heces, diagnosticándole una hemorroide interna.

2.- el 8 de enero de 2001, acude al Servicio de Urgencias del hospital "_____"
por una rectoragil con dolor anal asociado. Se le realiza un tacto anal que pone de relieve una hemorroide interna, catalogándose el cuadro como "no urgente en el momento actual", le ponen tratamiento y le recomiendan control por su médico, remitiendo al paciente para su control por el médico de cabecera para que continúe su estudio en Digestivo.

- 3.- El 16 de febrero se le realiza colonoscopia que da un diagnóstico anatomopatológico de la Adenocarcioma Clorrectal.
- 4.- El 7 de marzo de 2001 acude a urgencias del hospital " " por presentar disnea y expectoración hemoptoica, le diagnostican bronquitis aguda. Dos días después vuelve a urgencias por no notar mejoría, continuando el mismo diagnóstico.
- 5.- Ingresa en el servicio de medicina interna el 10 de marzo de 2001, realizándose el día 14 un TAC.
- 6.- El 21 de abril ingresa para la amputación abdominoperineal, teniendo lugar la intervención el 14 de abril.
- 7.- Tras el alta hospitalaria se remite al servicio de Oncología. El 22 de mayo la Dra. " le informó del tratamiento oncológico, que comienza el 30 de julio hasta el 12 de septiembre (tratamiento de quimioterapia y radioterapia).
- 8.- Tiene varios ingresos por urgencias desde diciembre de 2001 hasta febrero de 2002 por problemas compatibles con suboclusión intestinal.
- 9.- El 13 de marzo acude a urgencias por vómitos, y desde urgencias ingresa en planta donde continúan los estudios.
- 10.- El 25 de marzo de 2002 se realiza RX abdomen observándose distensión de intestino delgado, con presencia de aumento de niveles hidroaéreos.
- 11.- El 1 de abril de 2002 se le practica colonoscopia, tomándose nueva muestra de la biopsia y diagnosticando al paciente de una recidiva tumoral el 5 de abril.
- 12.- Su último ingreso hospitalario el 13 de abril, persistió el empeoramiento del paciente, siendo intervenido de urgencia el día 14, mediante anestesia general; se practica apertura de la cavidad abdominal observándose múltiples adherencias peritoneales; gran dilatación del intestino delgado con múltiples implantes tumorales peritoneales intestinales. Dicha intervención no fue sometida al consentimiento informado del paciente ni de la familia.
- 13.-La evolución no es satisfactoria y fallece el 9 de mayo de 2002.

SEXTO.- En el caso que nos ocupa, la reclamación de la parte demandante se fundamenta, por una parte, en la vulneración de la "lex artis" en la prestación sanitaria, y por otra, en la ausencia del consentimiento informado del paciente sobre

las consecuencias de la intervención a que fue sometido en fecha de 14 de abril de 2002, por lo que impera analizar sendas cuestiones separadamente.

A) En primer lugar, respecto de la vulneración de la "lex artis", y, analizando los requisitos antedichos, la acreditación de la realidad y efectividad del daño sufrido por el padre de los recurrentes, esto es, padecimientos físicos y psíquicos del paciente durante el período de tratamiento, deterioro de su calidad de vida y posterior fallecimiento, como los daños y perjuicios causados a su familia por la pérdida del esposo y padre, así como el nexo de causalidad entre éstos y el funcionamiento de la Administración sanitaria demandada, no genera dudas. Efectivamente, si nos remontamos al inicio del proceso, en octubre de 2000, cuando el fallecido acudió aquejado de síntomas consistentes en pérdidas sanguíneas con la expulsión de heces a su médico de cabecera, se le diagnosticó erróneamente sin practicar tacto rectar una hemorroide interna, lo que provocó un retraso en el diagnóstico adecuado del estrangulamiento intestinal. Así las cosas, el paciente requirió nuevamente y de manera urgente, debido al aumento de las molestias con rectorragia y dolor perianal, atención médica, ingresando en el servicio de urgencias del hospital " " , donde tras efectuar un tacto rectal, se le diagnosticó "hemorroido enterna mínimamente sangrante, sin repercusión hemodinámica" (informe de urgencias de 8 de enero de 2001), " no patología urgente en momento actual", manteniéndose de manera incomprensible el diagnóstico erróneo.

Es posteriormente cuando, tras a práctica de una colonoscopia el 16 de febrero de 2001, cuando se revela la existencia de varios pólipos y una neoplasia (cáncer de colon), confirmando la existencia de un Adenocarcinoma Colorectal (cuatro meses después de la primera visita médica aquejado de dolencias). Dos meses después, el 21 de abril de 2001, ingresa en el Servicio de Cirugía y Aparato Digestivo "A" y es intervenido el día 24 procediendo a la amputación abdominoperineal, colostomía Terminal y Apendicectomía.

No es sino transcurridos casi tres meses desde la intervención, dilación injustificable por parte de los servicios médicos, concretamente el 30 de julio de 2001, cuando comienza el tratamiento de radioterapia y quimioterapia, que culmina en noviembre. Una vez que el paciente fue dado de alta, y sin que se le practicara comprobación post-quirúrgica alguna del estado de su colon, tuvo numerosos

ingresos en los Servicios de Urgencias en los meses de diciembre de 2001 hasta marzo de 2002, todos compatibles con cuadros de suboclusión intestinal, sin que por parte de los servicios médicos se adoptaran, como exige un comportamiento diligente en la atención al paciente, medidas efectivas para tratar la sintomatología, limitándose a darle de alta. No fue sino hasta el 6 de marzo de 2002, cuando se le practica un TAC que puso en evidencia una " masa pre-sacra en la que no podemos descartar recidiva local, necrosis o infección". Casi un mes después se realiza colonoscopia, concretamente el 1 de abril de 2002. Hubo que esperar al ingreso también por los servicios de Urgencia en fecha de 14 de marzo de 2002, ante el deterioro progresivo del paciente, para que se le sometiera a pruebas diagnósticas, analíticas y marcadores tumorales, RX, colonoscopia y TAC abdominal. Ante la situación clínica del paciente, con suboclusiones intestinales de repetición y mal estado general, se decide intervención quirúrgica de urgencia el día 15 de abril, sin proceder al preceptivo informe consentido del paciente ni de su familia.

En estas coordenadas, del relato anterior se revelan lo suficientemente lapidarias como para concluir la existencia de nexo causal entre la actuación médica (error inicial en el diagnóstico y consiguiente retraso en su determinación, dilación en la intervención así como en el sometimiento del paciente al tratamiento con radioterapia y quimioterapia - casi seis meses después del diagnóstico, y 9 meses después desde la primera visita médica del paciente aquejándose de dolores-, ausencia de comprobaciones sobre el estado del colon tras el alta médica tras los tratamientos de quimioterapia y radioterapia, falta de medidas efectivas para tratar los numerosos ingresos de urgencia tras el alta médica- y el fatal resultado del que trae causa la petición de responsabilidad patrimonial. Y esas precisas conclusiones apoyadas en los datos objetivos relatados precedentemente, en modo alguno quedan desvirtuadas por los comentarios que aparecen en los informes aportados por la administración demandada. Por una parte, el informe presentado por la entidad aseguradora, emitido por los médicos intervinientes en el proceso sanitario resta de toda imparcialidad al respecto. Por otra parte, el informe de la inspección sanitaria, que se limita a reflejar los datos objetivos del desarrollo del tratamiento, sin hacer hincapié en el erróneo diagnóstico inicial de la enfermedad, ni las dilaciones indebidas en la adopción por el servicio médico de los medios necesarios para hacer frente a la enfermedad padecida por el paciente, tampoco resulta concluyente para valorar el iter de los hechos. Mayor credibilidad ofrece, sin embargo, el informe pericial aportado por la parte demandante, así como por las aclaraciones efectuadas

por el perito en el período probatorio, toda vez que, pese a ser un informe de parte, se basa en los datos objetivos reflejados en el expediente administrativo, sobre la base de estudios sobre medicina interna, y en el que pone de manifiesto claramente los iniciales errores en el diagnóstico del paciente así como las indebidas dilaciones para afrontar el mismo. Si bien es cierto que, no ha resultado acreditado que con un adecuado y atento tratamiento se hubiera podido evitar la muerte del , en atención a la naturaleza de su enfermedad, no lo es menos que, sí se prueba que con una diligente actuación de los servicios médicos se hubiera podido evitar al menos en mayor medida el deterioro de la calidad de vida del mismo así como una expectativa de la misma. Las aclaraciones del perito son contundentes al efecto, especialmente, en la pregunta octava donde aclara que "considera que la tardanza en realizar el TAC y no realizar controles tras la cirugía ha influido negativamente para que el tumor se reprodujera y provocara carcinomatosis por la que falleció, pues esos tumores en el grado tan avanzado en el que estaba hay que controlarlos de cerca para evitar la metástasis o la recidiva".

Por tanto, en función del relato de datos objetivos, esta conclusión de compensación por daños es la coherente.

En conexión con lo anterior, en lo que atañe a la responsabilidad de la Administración demandada, se considera que efectivamente debe ser asumida por aquélla, pues media el nexo de causalidad entre el daño ocasionado al particular y el funcionamiento de los servicios públicos, esto es, el diagnóstico inadecuado y tardío de la estrangulación intestinal (con las consecuencias sucesivas ya reseñadas de deficiente tratamiento), la tardanza en el sometimiento al tratamiento de quimioterapia y radioterapia, la ausencia de comprobación del estado del colon tras el alta hospitalaria después del referido tratamiento, la dilación injustificada en el sometimiento a una biopsia y a un TAC, tras los numerosos ingresos en urgencias tras el alta hospitalaria, hasta llegar a la necesidad de practicar una intervención de urgencia y el fatal desenlace final del fallecimiento del . Y, verificada esa relación de causalidad, la asunción de responsabilidad por la Administración demandada y consiguiente obligación resarcitoria, se desprende tanto del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, como de la incorrecta -por tardía e inadecuada- utilización de la "lex artis" médica.

En lo que concierne al primer extremo, ha de tenerse en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (así en sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre

R.C.A N° 1958/2003

de 1994, 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, fundamento jurídico cuarto y 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero y 1 de abril de 1995) que la responsabilidad de la Administración, contemplada por el artículo 106.2 de la Constitución y disposiciones legales de desarrollo, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal. Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos. Debe, pues, entenderse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo -en el supuesto de autos, fatal, conducente a la muerte- y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable.

En esta línea, si bien es cierto que la Administración sanitaria no está obligada a obtener un resultado favorable total y sin lesión en los tratamientos e intervenciones quirúrgicas que practique, lo que no admite justificación es que se produzcan consecuencias que una correcta "lex artis" médica debían haber evitado. Al afirmar que la responsabilidad es objetiva se entiende que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del Derecho Civil. Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 1991, se trata de una responsabilidad que surge "al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente". A mayor abundamiento, según se ha declarado en la STS de 3 de octubre de 2000 (recurso de casación núm. 3905/1996) "el resultado, en la cirugía satisfactoria, opera como auténtica representación final de la actividad que desarrolla el profesional, de tal suerte que su consecución es el principal criterio

normativo de la intervención. Por el contrario, cuando se actúa ante un proceso patológico, que por sí mismo supone un encadenamiento de causas y efectos que hay que abordar para restablecer la salud o conseguir la mejoría del enfermo, la interferencia de aquel en la salud convierte en necesaria la asistencia y eleva a razón primera de la misma los medios que se emplean para conseguir el mejor resultado posible. El criterio normativo aplicable se centra entonces en la diligencia y adecuación en la instrumentación de aquéllos, teniendo en consideración las circunstancias".

En lo que atañe a la "lex artis", su tardía e incorrecta aplicación se desprende de manera notoria de los hechos objetivos relatados. En este escenario, el examen del papel que juega la "lex artis" en el caso concreto permite determinar que el daño producido es antijurídico y que el sujeto pasivo (en este caso, el padre de los recurrentes) no tenía porqué soportarlo en el modo en que se produjo, lo cual puede sintetizarse en que se han utilizado los medios y el estado de conocimiento al alcance, pero de forma tardía e inadecuada. En este sentido, parece razonable la exigencia de acierto del personal sanitario en el empleo de los medios puestos a su disposición para el diagnóstico y la curación, de manera que una vez acreditado un inadecuado tratamiento, esto es, un déficit asistencial, que prolongue la curación o acelere el proceso patológico en el paciente, cabe afirmar que nos hallamos ante un anormal funcionamiento de los servicios sanitarios que la paciente no tenía el deber de soportar.

Es claro, queda demostrado el fallecimiento del padre y esposo de los recurrentes, así como la relación de causa-efecto entre dicha lesión y el funcionamiento de la Administración sanitaria, en la medida en que la actora ha soportado un daño que el estado de la ciencia médica permitía paliar de manera más pronta y eficaz. Por tanto, acreditada como ha sido la responsabilidad de la Administración sanitaria, resulta pertinente su obligación resarcitoria.

B) En segundo lugar, la reclamación de la demandante parte de la ausencia de consentimiento informado del paciente sobre las consecuencias de la intervención a que fue sometido en el hospital " el 14 de abril de 2002, el cual, resulta acreditado con la prueba practicada, reconocido incluso por la parte demandada, lo que denota a mayor abundamiento el incumplimiento por la

administración sanitaria demandada de la "lex artis", reafirmando con ello el carácter antijurídico del daño sufrido por el

Lo expuesto demuestra que, la ausencia del consentimiento informado corrobora el contenido de la actuación antijurídica de la actuación médica, contraria a las exigencias de la "lex artis", haciendo al paciente soportar un daño que no tenía la obligación de soportar, derivando consecuentemente la responsabilidad patrimonial de la administración.

SÉPTIMO.- Reconocido como ha sido el nexo causal entre el daño producido y la actividad de la Administración demandada, procede a renglón seguido determinar el quantum indemnizatorio. En efecto, una vez fijada en los anteriores fundamentos la concurrencia de los requisitos exigidos para que nazca responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario concretar la obligación reparadora que surge como consecuencia de ella. A este respecto, la extensión de la obligación de indemnizar responde, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 106.2 de la Constitución Española y 139.1 de la Ley 30/1992, al principio de la reparación "integral". De ahí que la reparación afecte a todos los daños alegados y probados por los perjudicados, esto es, no sólo a los posibles intereses económicos o directamente valuables, como el daño emergente o el lucro cesante artículo 1106 del Código Civil-, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, sino comprendiendo también perjuicios de otra índole, como, por ejemplo, las secuelas o el daño moral o, con carácter más general, el denominado pretium doloris (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de julio de 1984; 7 de octubre ó 1 de diciembre de 1989), concepto éste que reviste una categoría propia e independiente de las demás, y comprende tanto el daño moral como los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por los perjudicados (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988).

A la hora de efectuar la valoración, la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987; 15 de abril de 1988 6 5 de abril y 1 de diciembre de 1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990, derive de una "apreciación racional aunque no matemática" pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se "carece de parámetros o módulos objetivos", debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en

ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la Sentencia de 23 de febrero de 1988, "las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas" en una suma dineraria. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 19 de julio de 1997 habla de la existencia de un innegable "componente subjetivo en la determinación de los daños morales".

En todo caso, cabe convenir que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, como ocurre con el correspondiente a las indemnizaciones derivadas de los accidentes de vehículos de motor, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial, de forma que si el interesado acredita que con la suma establecida mediante su utilización, la reparación es insuficiente, la Administración primero y los Tribunales después pueden corregir esa concreción hasta que se produzca una efectiva reparación integral del perjuicio y, al contrario, si resulta excesiva, reducirla a sus justos términos. Así las cosas, se procede a fijar la indemnización tomando como criterio orientativo el referido baremo para determinar de la forma más ajustada a Derecho la indemnización que por responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado debe corresponder a las demandantes, así como los siguientes criterios: a) En primer lugar, al principio general inspirador de la materia y constantemente proclamado por el Tribunal Supremo y por la misma doctrina legal administrativa, de reparación "integral" de los perjuicios sufridos. b) En segundo lugar, a los efectivos perjuicios sufridos por las interesadas, determinados en la forma expuesta anteriormente (antecedentes médicos de la fallecida y su avanzada edad). c) En tercer lugar, el reconocimiento con apoyo en los mismos hechos que de otras sumas y al amparo de otras vías de resarcimiento ha podido tener lugar. d) Finalmente, que en ningún modo puede lograrse un enriquecimiento injusto del particular.

En este contexto, ha de tomarse en consideración especialmente el citado *pretium doloris*, para computar como indemnizables, por una parte, los sufrimientos físicos y psíquicos padecidos por el fallecido y, por otra parte, el daño moral infligido a los familiares del fallecido que han recurrido en este proceso contencioso-administrativo. En proyección a lo expuesto procede estimar que la indemnización correspondiente a los daños y perjuicios sufridos asciende a la suma de 126.000 €.

OCTAVO.- En razón de cuanto antecede, no cabe sino concluir la incorrección e inadecuación a Derecho de la Resolución administrativa recurrida según lo argumentado y, consecuentemente, la procedente estimación del presente recurso contencioso- administrativo, que comporta la anulación de las Resolución impugnada y el reconocimiento como situación jurídica individualizada del derecho de las recurrentes a ser indemnizadas por el fallecimiento de su padre y esposo en cuantía de 126.000 €.

NOVENO.- En lo que atañe a las costas procesales, de conformidad con el artículo 139.1 de la Ley 29/1998 reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, "en primera o única instancia el órgano jurisdiccional, al dictar sentencia o al resolver por auto los recursos o incidentes que ante el mismo se promovieren, impondrá las costas, razonándolo debidamente, a la parte que sostuviere su acción o interpusiere los recursos con mala fe o temeridad". No apreciándose en el presente caso mala fe o temeridad, no se hace expresa condena en costas procesales.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

Procede estimar parcialmente el presente recurso contencioso-administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales, Dña. Paloma Solera Lama, en nombre y representación de D.

contra la desestimación presunta por el Instituto Madrileño de la Salud de la reclamación por responsabilidad patrimonial, y ulterior resolución expresa, resolución que anulamos por no ser ajustada a Derecho y, en consecuencia, condenamos a dicho demandada a que indemnice los recurrentes en la cantidad de 126.000 €, sin expreso pronunciamiento sobre las costas procesales.

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

PUBLICACION: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ilmo. Sr. D. Juan Miguel Massigoge Benegiu, Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso, estando celebrando audiencia pública esta Sala, de lo que, como Secretario de la misma doy fe.