

R.C.A. Nº 226/2005

PALOMA SOLERA LAMA
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
Avila, 12. Bajo Ed. Doha.
Tel/Fax: 915715077
28020 MADRID.

SENTENCIA Nº 156

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

Ilmos Sres.:

Presidente:

Don Ramón Veron Olarte:

Magistrados:

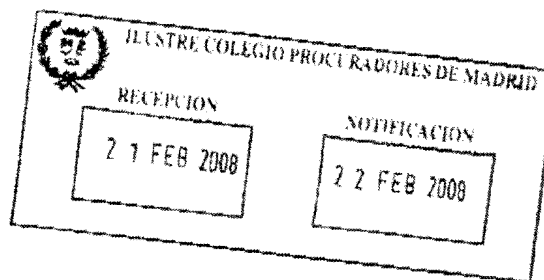
D^a. Ángeles Huet Sande

D. Juan Miguel Massigoge Benegiu.

D^a. Berta Santillán Pedrosa.

D. José Luís Quesada Varea.

D^a. Margarita Pazos Plta



En la Villa de Madrid a doce de febrero de dos mil ocho.

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 226/05, interpuesto por la Procuradora D.^a Paloma Solera Lama, en nombre y representación de D. [redacted] contra la desestimación presunta de la reclamación que, en concepto de responsabilidad patrimonial, formuló el recurrente ante el [redacted] en solicitud de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria recibida. Ha sido parte



Madrid

la Administración demandada, representada por su Servicio Jurídico, y como codemandada la entidad " " , representada por el Procurador D. .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso, y tras los oportunos trámites, se emplazó a la parte demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó dentro de plazo, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia por la que se acuerde indemnizar al recurrente en la cantidad de 40.000 euros, más intereses, por los daños y perjuicios sufridos.

SEGUNDO.- El Letrado de " " I contesta a la demanda, mediante escrito en el que suplica se dicte sentencia desestimando el recurso contencioso-administrativo, y, conferido el oportuno traslado a la entidad codemandada " " , por la misma se presentó escrito de contestación a la demanda, en el que igualmente insta la desestimación del recurso interpuesto.

TERCERO.- Habiéndose acordado el recibimiento del recurso a prueba, se practicaron las propuestas por las partes y admitidas por la Sala, con el resultado que obra en autos, y presentados por las partes los oportunos escritos de conclusiones, seguidamente se declaró concluso el procedimiento, quedando los autos pendientes de señalamiento para votación y fallo.

CUARTO.- En este estado se señala para votación y fallo el día 7 de febrero de 2008, teniendo lugar así.



Madrid



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

Siendo Ponente la Magistrada Ilma. Sra. Doña MARGARITA PAZOS PITA.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso-administrativo se interpone contra la desestimación presunta de la reclamación que, en concepto de responsabilidad patrimonial, formuló el recurrente ante el

en solicitud de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria recibida por el mismo en el Hospital

SEGUNDO.- Para la adecuada resolución del presente recurso resultan de interés los siguientes hechos que resultan del expediente administrativo y de las actuaciones seguidas ante esta Sala:

1.- El día 19 de junio de 2003 D. I de 34 años de edad y de profesión carnicero, como consecuencia de la realización de un esfuerzo, sintió un fuerte dolor en el hombro derecho que le hizo acudir sobre las 11:26 horas al Servicio de Urgencias del Hospital donde tras examinarlo y practicarle una radiografía simple, le diagnosticaron una tendinitis bicipital, prescribiendo reposo, analgésicos, antiinflamatorios y que acudiese a su especialista de zona en 7-10 días.



Ante la persistencia del dolor, la inflamación y leve deformidad, el paciente decidió consultar ese mismo día con un fisioterapeuta privado que, tras explorarlo, planteó la posibilidad de que existiese una rotura del tendón del biceps, recomendándole acudir de nuevo al Hospital para confirmar el diagnóstico mediante pruebas de imagen complementarias y posible tratamiento quirúrgico.

D. acudió de nuevo al Servicio de Urgencias del Hospital sobre las 16:00 horas del mismo día 19 de junio de 2003, si bien los facultativos de dicho Servicio, sin practicar ninguna exploración adicional, se reafirmaron en el diagnóstico ya emitido de tendinitis bicipital, prescribiendo brazo en cabestrillo, antiinflamatorios, miorelajantes y revisión por su traumatólogo de zona en 7 días.

2.- Ante la disparidad de criterios, D.

acudió al Servicio de Urgencias del Hospital -centro que por su domicilio le correspondía como hospital de referencia- donde fue atendido sobre las 19:43 horas del mismo día 19 de junio de 2003, y le fue diagnosticado, tras exploración y ecografía del hombro, una desinserción proximal de la cabeza larga del biceps, pautándose hombro en cabestrillo, analgésicos y cita preferente en consulta de la Unidad de Hombro y Codo; cita que se fijó para el 24 de junio del mismo año.

3.- El citado día 24 de junio el paciente acude a la cita en la Unidad de Hombro y Codo, donde se le practica una ecografía de la que se desprende que presenta una rotura completa de la porción larga del tendón bicipital en la unión músculo tendinosa con retracción fibrilar, derrame hemático en la corredera y edema y pequeño hematoma en vientre muscular. Además se aprecia una tendinopatía del supraespinoso.



El paciente es incluido en lista de espera quirúrgica con carácter urgente, realizándose estudio preoperatorio que incluye radiografías de torax, ECG, analíticas y firma del consentimiento informado del servicio de Anestesiología. Las pruebas y resultados son en su mayoría del día 1 de julio de 2003 y la hoja de preoperatorio y el consentimiento son del 23 de julio siguiente.

4.- Ante la demora en la cirugía, el paciente consigue contactar a finales de julio de 2003 con el facultativo que había indicado la intervención, quien, sin embargo, dictamina que no procede la misma.

No constan en la historia clínica los motivos por los que se establece que ya no procede la intervención tras realizar el preoperatorio.

5.- El día 23 de julio de 2003 el paciente presenta una ante queja ante la Unidad de Atención al Paciente del Hospital solicitando una segunda valoración. La queja no recibió respuesta, indicándose únicamente al paciente, el día 14 de enero de 2004, la comunicación de la misma al Jefe del Departamento de Traumatología a través de la Dirección Médica.

6.- El paciente fue intervenido en el Hospital por un especialista particular, el día 29 de julio de 2003, practicándosele una sutura directa. Causó alta el 3 de agosto de 2003, siguiendo un tratamiento médico con analgésicos, antiinflamatorios y protectores gástricos, permaneciendo cuatro semanas inmovilizado y siendo sometido posteriormente a un tratamiento rehabilitador que duró hasta el 17 de noviembre de 2003, fecha en la que fue dado de alta.

7.- Consta en el expediente administrativo el informe de la Inspección Médica, en el que se consignan las siguientes conclusiones:

1ª El diagnóstico establecido por dos veces en el Hospital fue erróneo, no habiéndose puesto en dicho centro todos los medios disponibles para descartar la patología real.

2ª. Las actuaciones del Dr. [redacted] unidad de Hombro y Codo del [redacted] y su informe están llenos de contradicciones y el curso que siguieron los acontecimientos se opone a su dictamen. Además dicho facultativo no dejó reseñado en la historia los motivos que le llevaron a cancelar la intervención.

3ª. El Sr. [redacted] planteó el 23/07/03 una reclamación (nº 106/03/T) ante la Unidad de Atención al Paciente del Hospital [redacted], sin que, a la fecha de hoy, se le haya dado debida respuesta. Únicamente se le indica el 14 de enero de 2004, que se comunicó la misma al Jefe del Departamento de Traumatología a través de la dirección médica, sin que el Servicio de Atención al Paciente volviera a recibir respuesta.

4ª. El reclamante tuvo que acudir a la medicina privada al no recibir en tiempo y forma la atención médica que requería y que debió ser dispensada por el servicio público de salud.

TERCERO.- En su demanda, la parte recurrente concreta, en esencia, como actos médicos reprochables al Hospital [redacted] los siguientes: a) exploración en exceso superficial y ausencia de pruebas diagnósticas específicas para descartar la existencia de una lesión muscular grave y urgente, como es la rotura de bíceps, que motivó un diagnóstico erróneo, b) retraso en el tratamiento quirúrgico, que debió realizarse de forma inmediata para evitar un agravamiento de la lesión y lograr una recuperación satisfactoria.

Y como actos médicos reprochables al Hospital [redacted] señala, también en síntesis, los siguientes: a) retraso injustificado en el tratamiento



R.C.A. Nº 226/2005

quirúrgico urgente que requería el paciente una vez determinada exactamente su patología muscular, pues, por el contrario –se dice-, a finales de julio de 2003, es decir, más de un mes después de que se produjera la rotura, el paciente seguía sin ser intervenido, y el mismo facultativo que le comunicó la necesidad de realizar la intervención quirúrgica de manera inminente decidió no operarle por estimar que había transcurrido mucho tiempo, y, b) a pesar de ser beneficiario de la acción protectora de la Seguridad Social, se vió obligado a acudir a la medicina privada en busca de una solución definitiva a su problema muscular.

Por todo ello considera el recurrente que concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

CUARTO.- Por su parte, la Administración demandada solicita la desestimación del recurso alegando, en síntesis, que el diagnóstico incompleto –que no erróneo- del Hospital es irrelevante al ser completado de manera inmediata cuatro horas después por otro centro del Servicio de Salud. A lo que se viene a añadir que no existe ningún dato que permita afirmar que ha existido mala praxis o defectuosa asistencia sanitaria, ya que la libre decisión del paciente de contrastar la opinión médica en otro centro privado y la opción final de ser tratado en el mismo no implica un daño antijurídico.

Y, en cualquier caso, se considera que la cantidad reclamada carece del más mínimo rigor y proporción pues, en todo caso, el único daño efectivo serían los gastos sanitarios en centro privado que ascienden a 1.065 euros.

Por su parte, la entidad codemandada insta igualmente la desestimación del recurso interpuesto, poniendo de relieve, por una parte, que no existe o, al menos, no se ha acreditado el nexo de causalidad entre el presunto error diagnóstico y las secuelas alegadas por el paciente, y, por otra parte, que no cabe la admisión del reintegro de gastos ya que el paciente



Madrid

abandonó voluntariamente la sanidad pública para someterse al mismo tratamiento en una clínica privada, encontrándonos ante una auténtica solicitud de reintegro de gastos, sin que se hayan cumplido las previsiones del Real Decreto de Prestaciones de 1995, ni concurren ninguno de los requisitos para que proceda el reintegro, esto es: no existía urgencia vital, no existía razón para que no acudiera de nuevo a la sanidad pública, el tratamiento pautado en la sanidad privada existe en la pública y el abandono de esta última fue decisión voluntaria del paciente.

Asimismo se invoca el exceso de las cantidades reclamadas.

QUINTO.- Para la adecuada resolución de la cuestión que se somete a la consideración de esta Sala, es necesario partir de los requisitos exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial. La Sentencia de la Sección Sexta de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 17 de octubre de 2000 (Rec. 9201/1995) ha enumerado los siguientes:

- Que el particular sufra una lesión en sus bienes o derechos que no tenga obligación de soportar.
- Que aquella sea real efectiva y susceptible de evaluación económica.
- Que el daño sea imputable a la Administración y se produzca como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendidos estos en el más amplio sentido de actuación, actividad administrativa o gestión pública, en una relación de causa a efecto entre aquel funcionamiento y la lesión, sin que sea debida a casos de fuerza mayor.

La parte recurrente ha planteado una reclamación de responsabilidad patrimonial derivada de la incorrecta asistencia sanitaria que considera que ha recibido; la responsabilidad patrimonial de la Administración tiene carácter objetivo pero, no obstante, no puede admitirse una consideración radical de la

responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario y ello pues tal cosa supondría que cuando el resultado pueda imputarse a la asistencia prestada, debería entenderse que existe responsabilidad de la administración.

Se hace necesario, cuando los Tribunales se enfrentan ante un problema de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa (es decir, al tratamiento ó a la falta del mismo) y aquellos otros casos en que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos.

Según tiene dicho el Tribunal Supremo (Sentencia de fecha 25 de abril de 2002 (Recurso 503/1998): "Prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por tanto no pueden tener la consideración de lesiones antijurídicas. El propio recurrente articula el motivo en base a una deficiente atención sanitaria, pero ya ha quedado establecido en el fundamento anterior que de la valoración de la Sala a quo efectúa de la prueba practicada y a la que este Tribunal ha de estar al no poder ser considerada ni arbitraria ni absurda, resulta que tal atención fue la correcta desde el punto de vista científico".

Así pues, la jurisprudencia utiliza para hacer girar sobre él la existencia ó no de responsabilidad patrimonial, el criterio de la Lex Artis y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuando el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia medica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por



lo tanto, el criterio de la Lex Artis es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (lex artis). Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha Lex Artis; de exigirse solo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la Lex Artis.

SEXTO.- Para valorar la corrección de la asistencia prestada al recurrente hay que tomar en consideración la prueba practicada en el procedimiento, debiendo destacarse ya en primer lugar que la misma permite tener por acreditado el error de diagnóstico en que se incurrió por dos veces en el Hospital sin que en este último se hubieran utilizado todos los medios disponibles para descartar la patología real del paciente y, en concreto, la realización de ecografía o resonancia magnética. Así se pronuncia con rotundidad el Inspector Médico D.

tanto en el informe obrante en el expediente administrativo, como en su ratificación a presencia judicial, y sin que puedan desvirtuar lo anterior las consideraciones expuestas en el informe pericial emitido a instancia de la entidad codemandada y que, en definitiva, apuntan a que el diagnóstico pasó desapercibido en la actuación del Servicio de Urgencias, manifestando incluso el Dr. D. en sede de ratificación de tal informe, que el diagnóstico erróneo emitido por dos veces por el Servicio de Urgencias del Hospital podría haberse solucionado con ecografía o resonancia.

Ahora bien, sentado lo anterior, a continuación se ha de tener en cuenta que, contrariamente a lo que se viene a indicar en la demanda, no



resulta acreditado que tal error de diagnóstico determinase agravamiento alguno de la lesión pues, al acudir el paciente, ante la inquietud por la disparidad de criterios, al Hospital , lo cierto es que en este último se practicaron las pruebas que condujeron al correcto diagnóstico de la lesión, y fue incluido en lista de espera quirúrgica con carácter urgente, realizándose el correspondiente estudio preoperatorio y procediéndose a la firma del consentimiento informado del servicio de Anestesiología. Las pruebas y resultados son en su mayoría del día 1 de julio de 2003 y la hoja de preoperatorio y el consentimiento son del 23 de julio siguiente.

Téngase en cuenta que el hecho de que tales pautas eran las correctas y adecuadas a la lesión que padecía el recurrente resulta igualmente acreditado por la prueba practicada en el procedimiento. En este sentido se pronuncia también con rotundidad D. , quien expone en su informe que "La rotura de la porción larga del bíceps, relativamente frecuente en mayores de 70 años, raramente se opera a esa edad, ya que -aunque se debilita de forma notable la fuerza de la flexión del codo- no se produce la pérdida de la acción. En cambio, por lo expuesto, en personas jóvenes y activas como el reclamante (34 años en el momento del accidente y carnicero de profesión (64) sí que está indicado el tratamiento quirúrgico reconstructivo, que debe realizarse lo antes posible". En lo anterior insiste y abunda en sede de ratificación del informe, señalando, entre otros extremos, que a la vista de la bibliografía consultada en la redacción del informe es aconsejable el tratamiento quirúrgico en el caso del paciente, debido a su juventud y profesión. Sin que tales extremos puedan entenderse desvirtuados por el dictamen pericial aportado a instancia de la codemandada, pues si bien en el mismo se expone que el tratamiento conservador no es una opción incorrecta, sin embargo, también se consigna que "aunque no hay un criterio uniforme, suele preferirse el tratamiento conservador para la gran mayoría de pacientes, reservándose la reparación quirúrgica para roturas en pacientes jóvenes y activos que se niegan a aceptar la deformidad o la ligera debilidad en la supinación", reconociendo en sede de aclaraciones el Perito Dr. que si se antepone la ganancia de la pérdida de funcionalidad a los riesgos





Inherentes a la intervención quirúrgica, sí que está indicado el tratamiento quirúrgico en una persona joven de 34 años, carnicero de profesión, que además quiere intervenir.

Y, sentado lo anterior, esto es la procedencia e indicación del tratamiento quirúrgico –como en un principio también se estableció, y con carácter de urgencia, en la sanidad pública-, se ha de tener en cuenta que resulta plenamente acreditado por el propio dictamen emitido a instancia de la entidad codemandada que un retraso de 3-4 semanas en la intervención quirúrgica favorece la retracción de músculo y tendón y dificulta la reparación.

Téngase presente, como ya se ha dicho, que tal indicación y procedencia del tratamiento quirúrgico quedó establecida por la propia Unidad de Codo y Hombro del Hospital si bien, con posterioridad, se cambió el criterio al respecto sin que, como pone de manifiesto el Dr. , se dejasen consignados en la historia clínica del paciente los motivos que llevaron a cancelar la intervención cuando, por el contrario, ya se había incluido al paciente en la correspondiente lista con carácter urgente y se había llevado a cabo el preoperatorio, e incluso la firma del consentimiento informado del Servicio de Anestesiología.

Y en este sentido expone el Dr. que de la documentación clínica examinada no se desprende ningún motivo que aconsejase la no intervención o su aplazamiento, señalando por otra parte que si bien el facultativo correspondiente indica en su informe que la intervención quirúrgica estaba contraindicada, sin embargo el paciente fue intervenido exitosamente en la sanidad privada a finales de julio de 2003, sin que conste que de tal intervención resultase un perjuicio para su salud que de alguna forma justificase la repetida contraindicación. Y sin que puede olvidarse que, frente a tal cambio de criterio, el paciente sí presentó una queja ante el Hospital, en la que, concretamente el día 23 de julio de 2003, solicita una segunda valoración, ya que –señala- el facultativo que le había convocado para operar de forma urgente la rotura, le había indicado que no iba a realizar la operación ya que si



se le hubiera operado el primer día el tendón no estaría encogido y la operación hubiera sido viable.

Sin embargo dicha queja en ningún momento fue atendida ni contestada, ni, por lo tanto, dispuso el paciente de una segunda valoración, por lo que, en consecuencia, no se puede sino concluir que dada la procedencia e indicación del tratamiento quirúrgico y la urgencia de la operación, en la medida en que la lesión se había producido el día 19 de junio, el recurso a la intervención en la sanidad privada el día 29 de julio de 2003 resulta plenamente justificada ante el acreditado deficiente funcionamiento del servicio sanitario, servicio que, pese a disponer del tratamiento adecuado, e incluso, habiéndolo así establecido y realizado las pruebas y trámites conducentes al efecto, sin embargo, a continuación, cancela tal intervención sin exponer ni constatar en la historia clínica los motivos determinantes de tal cambio de criterio, y sin que la queja del recurrente hubiese sido en modo alguno atendida. Lo que unido a la urgencia de la intervención en los términos que han quedado establecidos conlleva a concluir que, contrariamente a lo que se consigna por la entidad codemandada, concurren en el caso presente los requisitos determinantes de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Por lo tanto, en modo alguno puede entenderse que el paciente abandonase voluntaria o caprichosamente la sanidad pública, pues resultaba justificada una intervención quirúrgica urgente que no había sido practicada por la Administración sanitaria pese a su inicial indicación y pese haber realizado el paciente las necesarias gestiones al efecto, por lo que la Sala entiende que existe relación de causalidad entre la actuación administrativa y los gastos causados en la curación del reclamante.

Y en lo que a la valoración de los daños se refiere, es decir, los gastos derivados de la intervención quirúrgica y tratamiento rehabilitador, considera la Sección que se encuentran debidamente justificados con la documentación aportada por el recurrente en vía administrativa.

Por el contrario, la prueba practicada no acredita que el paciente haya sufrido, como consecuencia de la actuación administrativa, mayores secuelas o días de incapacidad que los propios que conlleva la lesión sufrida, si bien sí ha de tenerse en cuenta, a efectos indemnizatorios, el daño moral padecido- - en su demanda la parte recurrente invoca expresamente los padecimientos psíquicos-, pues no se puede obviar que el proceso asistencial expuesto justifica un estado de ansiedad y angustia - Sentencia TS de 3 de noviembre de 2004- que no puede sino dar lugar a la correspondiente indemnización por daño moral.

Y en el presente caso, atendidos los hechos expuestos y circunstancias concurrentes, así como los gastos que han quedado reflejados en los folios 34 a 39 del expediente administrativo, se estima prudente y adecuado conceder la suma total indemnizatoria, actualizada ya a la fecha de esta Sentencia, de 10.000 euros.

Procede, por lo tanto, la estimación parcial del recurso interpuesto.

SEPTIMO.- No se aprecian circunstancias para efectuar una expresa condena en costas a tenor de lo dispuesto en el art. 139 LJ.

FALLAMOS

Que ESTIMANDO EN PARTE el presente recurso contencioso-administrativo nº 226/05, interpuesto por la Procuradora D.ª Paloma Solera Lama, en nombre y representación de D. contra la desestimación presunta de la reclamación que, en concepto de responsabilidad patrimonial, formuló el recurrente ante la Salud en solicitud de una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria recibida, DEBEMOS



Madrid

R.C.A. Nº 226/2005

Administración
de Justicia

ANULAR y ANULAMOS la citada resolución, declarando el derecho del recurrente a ser indemnizado en la cantidad de 10.000 euros. Sin costas.

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

PALOMA SOLERA LAMA
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
Avila, 12, Bajo Ent. Dcha.
Tel/Fax: 915715077
28020 MADRID.

PUBLICACION: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Magistrado Ilima. Sra. Doña Margarita Pazos Pita, 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.



MADRID