

R.C.A. N° 36/2005

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

SENTENCIA N° 153

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

Ilmos Sres.:

Presidente:

Don Ramón Veron Olarte.

Magistrados:

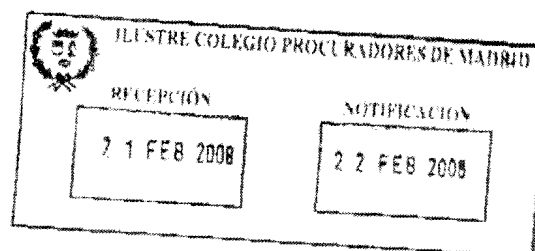
Dª. Angeles Huet de Sande

D. Juan Miguel Massigoge Benegiu.

Dª. Berta Santillán Pedrosa.

D. José Luis Quesada Varea

Dña Margarita Pazos Pita



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 n° 36/05, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Solera Lama, en nombre y representación de don

contra la desestimación presunta por silencio de su reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración presentada ante la Administración con fecha 28 de enero de 2004; habiendo sido parte la Administración demandada, representada por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. Ha intervenido como codemandada

Procurador de los Tribunales don , procesalmente representada por el o.



R.C.A. Nº 36/2005

ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO: Por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid y por la representación procesal de la codemandada, '...', se contesta a la demanda, mediante escritos en los que, respectivamente, se suplica se dicte sentencia en la que se confirme la resolución recurrida por encontrarse ajustada a Derecho.

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

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

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: El presente recurso contencioso administrativo se interpone por don

contra la desestimación presunta por silencio de su



R.C.A. Nº 36/2005

reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración presentada ante la , con fecha 28 de enero de 2004, por la atención sanitaria recibida por su, respectivamente, madre y esposa, doña , hasta su fallecimiento, el día 7 de noviembre de 2003, y en concreto, por el retraso habido en el diagnóstico del cáncer gástrico del que falleció.

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

a).- La madre y esposa de los recurrentes, doña , desde el 27 de agosto de 2001, fue seguida en consulta del Servicio de Enfermedades del Sistema Inmune del Hospital con el diagnóstico de uveitis-vasculitis retiniana bilateral, instaurándosele tratamiento con el que mejoró la visión y la audición y, ligeramente, el estudio de fondo de ojo.

Tras diversas revisiones, en diciembre de 2001, presenta empeoramiento ocular por lo que se corrige el tratamiento, mejorando la sintomatología ocular.

La paciente seguía controles conjuntos en el Hospital / en el ambulatorio de atención primaria.

b).- La evolución inicial es favorable, pero, entre junio de 2002 y enero de 2003, contando con sesenta años de edad, coincidiendo con una reactivación de la uveitis, presenta alteraciones analíticas consistentes, básicamente, en una anemia normocítica.

c).- En diciembre de 2002, es valorada en consulta en el Hospital, refiriendo la presencia de aftas orales recurrentes y clínica sugestiva de apnea del sueño, así como dudosa pérdida de fuerza con mejoría de la hipoacusia. En los análisis la hemoglobina es de 11,5 g/dL. Se asocia azatioprina al tratamiento.

Asimismo, en la historia clínica de atención primaria que nos ha sido remitida, a petición de la parte actora, en la fase de prueba de este recurso, consta que, el día 3 de diciembre de 2002, la paciente *"refiere molestias epigástricas de 15 días de evolución"*.



R.C.A. Nº 36/2005

d).- En nueva valoración en el Hospital, el día 13 de enero de 2003, la hemoglobina es de 11,1 g/dL. La paciente refiere encontrarse fatal de la cabeza y los oídos con cefalea que se alivia con paracetamol. Desde el punto de vista ocular refiere empeoramiento que mejoró tras aumentar la dosis de esteroides y tratamiento tópico cuando fue valorada por oftalmología. Se suspende la ciclosporina de forma progresiva y se aumenta la dosis de azatioprina.

e).- En febrero de 2003, es valorada nuevamente en el Hospital, siendo la situación estable.

En la historia clínica de atención primaria consta que, con fecha 14 de febrero de 2003, la paciente *"comenta que viene con dolor torácico de 4 días de evolución: Me duele al respirar, al sentarme, cuando me toco"*.

f).- En marzo de 2003, es vista nuevamente en consulta en el Hospital, señalándose su estabilidad, habiendo presentado un episodio de visión borrosa que cedió con tratamiento esteroideo tópico. La RMN cerebral realizada en diciembre de 2002, es informada como normal. En los análisis presenta una hemoglobina de 9,7 g/dL. En esta revisión en el Hospital la paciente refiere sangrado vaginal y astenia en las últimas semanas. Se solicita interconsulta a Ginecología y se plantea revisión con nuevos análisis. Se disminuye la dosis de azatioprina ante el aumento de las alteraciones en el perfil hepático. El resultado de la interconsulta a ginecología es normal.

En el servicio de atención primaria, al que la paciente también acude regularmente, en la analítica en marzo de 2003, detectan también la continuación de la anemia normocítica hipocrómica con ligera elevación de las transaminasas por lo que se solicitó una ecografía abdominal.

Asimismo, en la historia clínica de atención primaria consta que el día 7 de marzo de 2003, se instaura una dieta hiposódica y que la paciente refiere marcha inestable y que tiene miedo a salir sola.

g).- En abril de 2003, es vista nuevamente en consulta del Hospital. Se encuentra estable. Conserva apetito y peso. Se realiza exploración física completa en la que sólo destaca la presencia de mínimos edemas maleolares. Presenta hierro bajo. Se realizaron marcadores tumorales mostrándose elevados el CA 15.3 (312,6, normal <30) y el CA 19.9 (36, normal <35). Se solicita estudio de sangre oculta en heces, ecografía



R.C.A. Nº 36/2005

abdominal, se inicia tratamiento con hierro y ácido fólico y se planea revisión en un mes, o antes, con el resultado de una mamografía que se le ha realizado ya y con nuevos análisis.

h).- En nueva consulta en el Hospital en mayo de 2003, en análisis presenta una hemoglobina de 11 g/dL. La sangre oculta en heces se describe como negativa. En la ecografía abdominal el resultado fue de esteatosis hepática. En la radiografía de tórax que también se le realizó reflejó aumento de partes blandas de la axila derecha y pinzamiento del seno costodiafragmático izquierdo. La paciente continúa con visión borrosa ocasional, hipoacusia y sensación de inestabilidad. No se palpan adenopatías ni masas axilares. Se señala que la etiología de la anemia probablemente sea multifactorial (ferropenia, fólico límite y enfermedad crónica) y la alteración de las enzimas hepáticas se relaciona con la esteatosis hepática y el tratamiento de azatioprina. Se disminuye la dosis de esteroides, se queda pendiente de valorar la mamografía con los radiólogos y realizar seguimiento analítico de la cifra de CA 15.3. El resultado de la mamografía es normal.

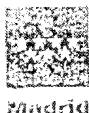
En nuevos análisis de 6 de junio de 2003, presenta mejoría de la función renal, CA 15.3 de 53,6 y CA 19.9 de 35.

"Se decide mantener una actitud expectante", según se expone en el informe de alta obrante al folio 35 del expediente.

i).- El día 1 de julio de 2003, es valorada en consulta en el Hospital, refiriendo astenia importante y disminución del apetito sin disminución de peso. Se vuelve a señalar la presencia de sintomatología compatible con apnea del sueño. Se recomienda mantener tratamiento igual y repetir análisis.

j).- El día 1 de agosto de 2003, se anotan los análisis con hemoglobina de 11,9 g/dL. Se realizan nuevos análisis en los que la hemoglobina es de 11,7, el CA 15.3 se ha normalizado y presenta un CA 19.9 de 48.

k).- En valoración en el Hospital de 15 de septiembre de 2003, refiere molestias epigástricas inespecíficas que desaparecen con antiácidos. Se disminuye dosis de prednisona y se programa seguimiento en consulta para octubre.



R.C.A. N° 36/2005

En el informe emitido por la médico de atención primaria, que obra en el expediente y que ha sido aportado también con la demanda, se afirma que en septiembre de 2003, *"al persistir sintomatología asociada a dolor epigástrico, que no mejoró con medidas dietéticas y antiulcerosos (se cambia omeprazol por pantoprazol), se solicitó un EGD"*.

1).- El día 1 de octubre de 2003, acude al Servicio de Urgencias por no mejorar el cuadro clínico, con un cuadro de dolor epigástrico de dos semanas de evolución. El abdomen es doloroso a la palpación epigástrica, palpándose una zona indurada en dicha localización. Se realizan análisis en los que no existen hallazgos relevantes. La ecografía abdominal muestra ecogenicidad hepática discretamente aumentada en relación con la hepatopatía y/o esteatosis. La paciente mejora tras la administración de ranitidina oral y nolotil intramuscular. Es dada de alta con el diagnóstico de epigastralgia en probable relación con gastritis, recomendándose seguimiento por su médico de cabecera.

El día 6 de octubre de 2003, consulta nuevamente, confirmando el cuadro de dolor epigástrico y que se acompaña de náuseas y vómitos. Refiere estreñimiento de una semana de evolución. Se repiten análisis y radiografía de abdomen sin hallazgos significativos. Queda asintomática tras nolotil y primperán.

El día 7 de octubre acude al Servicio de Enfermedades del Sistema Inmune, adelantando la cita, por cuadro de tres semanas de evolución de dolor en piso abdominal superior y aumento del perímetro abdominal, acompañado de vómitos alimenticios. A la exploración física presenta un abdomen distendido con peristaltismo disminuido y difusamente doloroso sobre todo en epigastrio con circulación colateral evidente. En ese momento la paciente estaba en tratamiento con ranitidina en lugar de omeprazol que había tomado con anterioridad. Se encontraba pendiente de análisis realizados y de un estudio gastroduodenal solicitado por su médico de cabecera, por lo que no se reitera la petición.

El día 13 de octubre de 2003, acude, de nuevo, sin cita, y ante la sintomatología (dolor epigástrico, aumento del perímetro abdominal, vómitos, no puede apenas ingerir alimentos), se decide su ingreso. Se solicita TC abdominal y gastroscopia. El TC de 20 de octubre de 2003, es compatible con neoplasia gástrica. El 22 de octubre de 2003, se realiza gastroscopia que confirma la presencia de una neoplasia antral que se biopsia, siendo su resultado de tejido necrótico no existiendo datos de malignidad.



R.C.A. N° 36/2005

El día 30 de octubre de 2003, se realiza paracentesis diagnóstica guiada por ecografía para estudio anatomopatológico que se informa el 4 de noviembre de 2003, como adenocarcinoma. Se informó a la paciente y a la familia del pronóstico, decidiéndose, de acuerdo con ellos, tratamiento paliativo que evoluciona de forma desfavorable.

m).- La paciente fallece el día 7 de noviembre de 2003, a los sesenta años de edad.

TERCERO: Se alega en la demanda que se ha producido una demora de diez meses en diagnosticar un cáncer gástrico, pues, a pesar de los síntomas que presentaba la paciente desde principios de 2003 (fundamentalmente, dolor epigástrico, marcadores tumorales elevados, anemia, etc.), no se le hicieron hasta octubre de 2003, las pruebas diagnósticas adecuadas y que, de haberse realizado a principios de 2003, hubieran permitido diagnosticar con antelación dicho cáncer, de forma que, cuando en octubre de 2003, se diagnostica el cáncer ya estaba en fase terminal y sólo cabía un tratamiento paliativo. Entienden los recurrentes que este retraso diagnóstico de la Administración sanitaria es contrario a la "lex artis" y ha determinado el fallecimiento de su madre y esposa ya que un diagnóstico anterior, a principios de 2003, hubiera ofrecido mayores posibilidades de supervivencia y una mejor calidad de vida de ésta. Por ello, consideran que se dan todos los presupuestos de la acción de responsabilidad patrimonial que ejercitan y solicitan una indemnización por importe total de 160.000 euros.

La representación procesal de la Administración demandada y la de la aseguradora codemandada,

consideran que la atención sanitaria recibida por doña [redacted], ha sido la adecuada, no pudiendo llegarse a un diagnóstico cierto con anterioridad debido a la absoluta falta de síntomas que indicaran la presencia de una neoplasia gástrica ya que la paciente no presentó sintomatología digestiva hasta septiembre de 2003, apenas un mes antes del alcanzarse el diagnóstico de neoplasia, en octubre de 2003. Por tanto, no fue posible llegar a un diagnóstico antes del momento en que se hizo porque los síntomas de la paciente indicaban una enfermedad completamente distinta, sin que existiera indicio alguno de la existencia de una neoplasia gástrica. Por ello, entienden que no existe relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el fallecimiento de la paciente. Y en fin, consideran excesivas las cantidades que se reclaman. Por todo ello,

R.C.A. Nº 36/2005

solicitan la desestimación de la demanda por entender que no se dan los requisitos de la acción de responsabilidad patrimonial que se ejercita.

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

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

En el presente caso, la tesis esencial que sustenta la demanda sostiene que ha existido un retraso en diagnosticar el cáncer gástrico de doña ..., pues, a pesar de que existían ya síntomas que pudieran hacerlo sospechar desde principios de 2003 (fundamentalmente, dolor epigástrico, marcadores tumorales elevados, anemia, etc.), no se le hicieron las pruebas diagnósticas adecuadas en dicho momento, sino que tales pruebas no se realizaron hasta octubre de 2003, momento en que se diagnosticó el cáncer de estómago cuando ya estaba en fase terminal y sólo cabía un tratamiento paliativo.

Para valorar si esta tesis que vertebra la demanda tiene apoyo en el material probatorio obrante en autos, es preciso que expongamos brevemente cuanto, en esencia, se sostiene en los dictámenes periciales obrantes en autos.

En el informe pericial aportado por la parte actora, elaborado por una doctora especialista en oncología radioterápica, ratificado a presencia de la Sala, se manifiesta que:

«... Ante una persistencia de una anemia que se mantiene en el tiempo, se debería haber tenido en cuenta:



R.C.A. N° 36/2005

- *Síntomas clínicos de que se acompañaba: cefalea, disnea de esfuerzo, irritabilidad y asociarlas a un tipo determinado de anemia.*

- *Estudiarla con más detenimiento, utilizando todas las armas a nuestro alcance:*

a) *Todos los parámetros analíticos posibles para llegar a un diagnóstico de filiación.*

b) *Utilización de pruebas como biopsia de médula ósea que nos aclara con alta especificidad y sensibilidad la causa de la anemia.*

c) *Cursar interconsulta a hematología.*

d) *No encasillar la causa de la anemia a la enfermedad crónica de la paciente.*

- *Atender correctamente el aumento de los enzimas hepáticos estudiándolos con más pruebas objetivas y si es preciso derivar el estudio mediante interconsulta al Servicio del aparato digestivo.*

- *La elevación de los marcadores tumorales orientan hacia un muy posible proceso neoplásico. Por tanto aunque no aparecieron los síntomas digestivos hasta muy tarde, una anemia ferropénica como la existente junto con una elevación de los marcadores tumorales es obligatorio descartar diversos procesos neoplásicos entre los que se encuentra la neoplasia gástrica. ...*

Si se hubiera interpretado correctamente el signo analítico de la anemia, filiando correctamente su origen y no justificándolo por la enfermedad crónica de la paciente y solicitando exploraciones complementarias, se habría llegado al diagnóstico correcto, permitiendo ofrecer al paciente un tratamiento con mejor porcentaje de supervivencia, atendiendo a tiempo y calidad de la misma. ...»

Esta opinión no es compartida por los peritos que elaboran el informe aportado por la aseguradora codemandada, especialistas en medicina interna, obrante al expediente, en el que se explica que:

«...En cuanto a la anemia, la cifra de hemoglobina se mantiene estable y el estudio ferrocínético es compatible con una anemia de mecanismo mixto. ... En ese momento la paciente no refiere ninguna sintomatología digestiva ...



R.C.A. Nº 36/2005

Administración
de Justicia

De forma correcta y como parte del estudio inicial de una anemia ferropénica se solicita una determinación de sangre oculta en heces ...

La decisión de solicitar estudio digestivo de imagen y/o endoscópico se pospone hasta conocer el resultado del test de sangre oculta en heces y el resultado de la ecografía abdominal solicitada, no pudiendo considerarse esta decisión como errónea, especialmente en ausencia de sintomatología digestiva.

Es probable que una vez recopilados todos los datos de las exploraciones solicitadas a finales de junio-primeros de julio de 2003 y ante la persistencia de la anemia y los reactantes de fase aguda en ausencia de datos de reactivación de su enfermedad ocular hubiera sido recomendable el iniciar estudios del tubo digestivo para intentar filiar la causa de la ferropenia, pero en todo caso este hecho no hubiera cambiado la evolución, pues inicialmente y ante la ausencia de sintomatología digestiva (recordemos que en contra de lo que señalan los reclamantes la paciente no refirió sintomatología digestiva hasta mediados de septiembre de 2003, apenas un mes antes del diagnóstico) se hubiera iniciado el estudio por el colon, por lo que el adelanto en el diagnóstico de existir habría sido mínimo y por tanto sin influencia en el pronóstico.

Respecto a los marcadores tumorales su utilidad sólo está reconocida en el seguimiento de tumores ya diagnosticados, no siendo demostrativos para establecer un diagnóstico. ... En cuanto al ascenso del CA 15.3 que se asocia habitualmente a los cánceres de mama, se quedó pendiente de la mamografía que se le había realizado a la enferma. El CA 19.9 mostró cifras prácticamente normales y pese a la presencia de patología biliar previa se realizaron determinaciones seriadas del mismo (que mostraron niveles prácticamente normales hasta el final de la evolución) y una ecografía abdominal que no objetivó patología destacable. Tampoco en la radiografía de tórax realizada como parte del estudio útil en casos de buscar neoplasias ocultas demostró la presencia de datos relevantes. ...»

Posteriormente, estos peritos de la aseguradora codemandada efectúan una ampliación de su informe, a la vista del informe pericial aportado por la parte actora, en el que insisten en que:

«...Las características iniciales de la anemia orientaban a una anemia de trastorno crónico ...



Madrid

R.C.A. Nº 36/2005

Se continuó el seguimiento de la paciente, no "encasillando" la causa de la anemia como manifiesta la perito en su informe. Prueba de esto es que se siguió a la enferma de forma continuada y ante la aparición de datos que sugerían un mecanismo mixto se derivó a la paciente al especialista de ginecología al referir la paciente pérdidas hemáticas a este nivel, siendo ésta una decisión acertada.

La elevación de marcadores tumorales no tiene utilidad en el diagnóstico de una neoplasia, aunque si puede tenerlo en el seguimiento posterior de las mismas para el control de la respuesta al tratamiento y/o aparición de recidivas. En todo caso, en el caso que nos ocupa, el marcador tumoral que se encontraba claramente elevado en esta enferma es el CA 15.3 que es un marcador de un tumor mamario. ...»

Concluyen dichos peritos en su informe lo siguiente:

« ... fue diagnosticada de panuveítis sin encontrarse una causa subyacente de la misma pese a al realización de un completo estudio por parte de los Servicios de Medicina Interna y de Enfermedades del Sistema Inmune del Hospital

Recibió tratamiento adecuado ... Dicho tratamiento consiguió estabilizar la situación oftalmológica de la enferma.

El seguimiento de la paciente fue continuado, realizándose las oportunas modificaciones de tratamiento en función de la respuesta clínica y analítica y de los efectos adversos de los fármacos utilizados.

Pese a que las alteraciones analíticas que presentaba la paciente encontraban su explicación en la patología de la enferma, ante su persistencia pese al "aparente control" de la sintomatología ocular se decidió con buen criterio reevaluar a la paciente mediante un completo estudio encaminado a buscar otras causas que permitiesen explicar fundamentalmente la anemia y la persistencia de los reactantes de fase aguda.

Como fruto de ese estudio se comprobó la presencia de una anemia de etiología mixta (distinta a la que presentaba anteriormente y que cumplía las características de anemia crónica) cursándose diversas solicitudes para intentar filiar su etiología.

R.C.A. Nº 36/2005

La paciente no presentó sintomatología digestiva hasta mediados de septiembre de 2003 apenas un mes antes de alcanzarse el diagnóstico.

En base a la documentación analizada no existía criterio para iniciar un estudio del tubo digestivo con anterioridad a julio de 2003. Incluso aunque se hubiese iniciado en ese mismo momento, dada la ausencia de sintomatología digestiva, se debería haber comenzado por el colon, por lo que el supuesto adelanto en el diagnóstico hubiera sido inferior a los tres meses.

Este supuesto adelanto en el diagnóstico no supondría en nuestro criterio un cambio sustancial en cuanto al pronóstico y evolución de la paciente en base al tumor finalmente diagnosticado que suele ser de larga evolución y asentar sobre lesiones precancerosas.

...
Una vez realizado el diagnóstico se actuó de forma adecuada informando a la paciente y a la familia del pronóstico y las alternativas terapéuticas, decidiéndose de común acuerdo con ellos un tratamiento paliativo siendo ésta una actitud acertada.»

QUINTO: Como puede apreciarse de los extractos de ambos informes periciales que acabamos de transcribir, el informe pericial aportado por la parte actora, en esencia, sostiene que la persistencia de la anemia, los síntomas que la acompañaban (cefalea, disnea de esfuerzo, inestabilidad), unido a la elevación de los marcadores tumorales, debieron orientar, toda esta conjunción de factores, hacia un muy posible proceso neoplásico, siendo obligatorio, en el criterio de esta perito, por estas razones, descartar los diversos procesos neoplásicos posibles, entre los que se encuentra la neoplasia gástrica.

En cambio, el informe pericial aportado por la aseguradora codemandada sostiene, en esencia, que la ausencia de sintomatología digestiva referida por la enferma hasta septiembre de 2003, fue la que determinó que no se hicieran con anterioridad las pruebas encaminadas a descartar un problema digestivo como causante de la anemia que hubieran permitido diagnosticar antes el carcinoma finalmente diagnosticado a la paciente. Además, considera dicho informe que el dato atinente a los marcadores tumorales no fue determinante porque, por una parte, "Respecto a los marcadores tumorales su utilidad sólo está reconocida en el seguimiento de tumores ya diagnosticados, no siendo demostrativos para establecer un diagnóstico" y, por otro, porque el marcador tumoral

R.C.A. N° 36/2005

realmente elevado desde el principio era el CA 15.3, que se refiere al cáncer de mama y que fue descartado con la correspondiente mamografía. Por ello, los peritos que han elaborado este informe a petición de la codemandada, consideran que, si bien desde *"finales de junio-primeros de julio de 2003 y ante la persistencia de la anemia y los reactantes de fase aguda en ausencia de datos de reactivación de su enfermedad ocular hubiera sido recomendable el iniciar estudios del tubo digestivo para intentar filiar la causa de la ferropenia"*, sin embargo, *"en todo caso, este hecho no hubiera cambiado la evolución, pues inicialmente y ante la ausencia de sintomatología digestiva (recordemos que en contra de lo que señalan los reclamantes la paciente no refirió sintomatología digestiva hasta mediados de septiembre de 2003, apenas un mes antes del diagnóstico) se hubiera iniciado el estudio por el colon, por lo que el adelanto en el diagnóstico de existir habría sido mínimo y por tanto sin influencia en el pronóstico"*.

De lo expuesto en ambos informes se desprende que dos datos resultan esenciales, por una parte, cuándo comenzó la sintomatología digestiva en la paciente y, por otra, el significado que debiera haberse dado a los marcadores tumorales.

SEXTO: En cuanto a los marcadores tumorales, como hemos dejado expuesto en el Fundamento Jurídico Segundo, apartado f), en abril de 2003, persistiendo la anemia, se realizaron marcadores tumorales, mostrándose elevados el CA 15.3 (312,6, normal <30) y el CA 19.9 (36, normal <35). [En nuevos análisis de 6 de junio de 2003, presenta CA 15.3 de 53,6 y CA 19.9 de 35 (Fundamento Jurídico Segundo, apartado h). Y en agosto de 2003, se realizan nuevos análisis en los que presenta un CA 19.9 de 48 (Fundamento Jurídico Segundo, apartado j)].

Sostiene el informe pericial aportado por la aseguradora codemandada que el más elevado era el CA 15.3 y que este marcador tumoral, si bien no permite un diagnóstico, *"se asocia habitualmente a los cánceres de mama"*, que en este caso fue descartado, siendo la elevación del otro marcador CA 19.9 mínima. En el acto de ratificación judicial de su informe, el citado perito insiste en que *"el CA 15.3 es un marcador útil en el seguimiento del cáncer de mama y el otro marcador el CA 19.9 es un marcador sospechoso de tumor pancreático, aunque puede ser de otras neoplasias de origen digestivo, se encontraba mimicamente elevado"*.

R.C.A. N° 36/2005

La perito designada por la parte actora coincide en su informe con los peritos de la aseguradora codemandada en que tales marcadores tumorales son sólo *"indicativos y no diagnósticos"*, pero entiende, a diferencia de éstos, que, en conjunción con los demás factores, sí eran relevantes en este caso e insiste, en el acto de ratificación judicial de su informe, en la importancia en este caso de los citados marcadores tumorales, junto con la restante sintomatología que describe en su informe, para descartar posibles neoplasias, no sólo mamarias. Y así, explica que *"el CA 15.3 se utiliza en el seguimiento de la neoplasia de mama, pero se eleva en muchos tumores más"*.

En el presente caso, nos inclinamos por asumir cuanto, a este respecto, se manifiesta por la perito designada por la parte actora por ser especialista en oncología (los peritos designados por la aseguradora codemandada son especialistas en medicina interna) y porque, realmente, cuanto por la perito de la parte actora se afirma no entra en contradicción con lo afirmado en el informe pericial aportado por la aseguradora codemandada ya que, una cosa es que el marcador tumoral CA 15.3 sea un marcador útil en el seguimiento del cáncer de mama con el que habitualmente se asocia -como se afirma en el informe pericial aportado por la codemandada-, y otra, que no pueda ser indicativo también de otras neoplasias, como afirma la perito designada por la parte actora.

Sin embargo, el extremo que nos resulta más revelador es el atinente al inicio de la sintomatología digestiva por la paciente. En efecto, de lo expuesto en el propio informe pericial aportado por la aseguradora codemandada se desprende que el dato relativo a cuándo la paciente comenzó a referir sintomatología digestiva resulta esencial para determinar cuándo debieron iniciarse las pruebas diagnósticas relativas al aparato digestivo y que hubieran permitido diagnosticar el carcinoma gástrico. Y este momento se sitúa por la parte demandada y codemandada en septiembre de 2003.

Pues bien, como hemos dejado expuesto en la descripción fáctica contenida en el Fundamento Jurídico Segundo, la paciente seguía controles conjuntos en el Hospital en el ambulatorio de atención primaria (apartado a, de dicho Fundamento Jurídico), y si bien es cierto que ambos informes periciales coinciden en afirmar que en la historia clínica del Hospital sólo consta que la paciente refiriera sintomatología digestiva en septiembre de 2003, sin embargo, tal y como hemos dejado expuesto en el Fundamento Jurídico Segundo apartado c), en la historia clínica de atención primaria que nos ha sido remitida, a

R.C.A. N° 36/2005

petición de la parte actora, en la fase de prueba de este recurso, consta que el día 3 de diciembre de 2002, la paciente *"refiere molestias epigástricas de 15 días de evolución"*.

Asimismo, en el informe emitido por la médico de atención primaria que obra en el expediente y que ha sido aportado también con la demanda, se afirma que, en septiembre de 2003, *"al persistir sintomatología asociada a dolor epigástrico, que no mejoró con medidas dietéticas y antiulcerosos (se cambia omeprazol por pantoprazol), se solicitó un EGD"* (Fundamento Jurídico Segundo, apartado j). Como destaca la parte actora, la utilización en este informe emitido por la doctora de atención primaria del término *"persistir"* implica que la paciente venía manteniendo sintomatología asociada a dolor epigástrico desde antes de septiembre de 2003, y no que tal sintomatología comenzara en septiembre de 2003. Además, dado que en este informe de atención primaria se manifiesta que dicha sintomatología de dolor epigástrico no había mejorado en septiembre de 2003, a pesar de las medidas dietéticas y antiulcerosos, debemos deducir también, razonablemente, que dicha sintomatología de dolor epigástrico se venía produciendo con una cierta anterioridad, anterioridad que debía ser suficiente para haber dado tiempo a que se le aplicaran, para mejorar tal sintomatología, medidas dietéticas y antiulcerosos y para constatar que dichas medidas, en septiembre de 2003, no habían mejorado la citada sintomatología anterior de dolor epigástrico.

Por tanto, debemos concluir, a la vista de cuanto consta en la historia clínica de atención primaria, que la paciente ya tenía sintomatología de dolor epigástrico desde diciembre de 2002, y que esta sintomatología persistió a lo largo de 2003, siendo abordada en atención primaria con medidas dietéticas y antiulcerosos sin que se obtuviera mejoría a septiembre de 2003. Que esta sintomatología digestiva no aparezca reflejada en la historia clínica del Hospital no quiere decir que no existiera, pues con claridad aparece reflejada en la historia clínica de atención primaria de forma expresa e indubitada.

Y este dato se nos revela como esencial -siguiendo las propias explicaciones contenidas en el informe pericial aportado por la aseguradora codemandada- para concluir que las pruebas diagnósticas relativas al aparato digestivo debieron empezar a realizarse desde principios de 2003, pues ya la paciente, desde diciembre de 2002, había referido sintomatología de dolor epigástrico, y no en el mes de octubre de 2003, que es cuando se realizaron (tras tres ingresos sucesivos anteriores en el mismo mes de octubre sin que se realizaran tales pruebas, como se explica en el

R.C.A. Nº 36/2005

Fundamento Jurídico Segundo, apartado 1). Por ello, si se hubieran realizado en ese momento anterior, principios de 2003, esto es, diez meses antes, tales pruebas diagnósticas sobre el aparato digestivo, a la vista de la sintomatología digestiva que ya en ese momento padecía doña se hubiera podido diagnosticar en ese momento anterior el cáncer gástrico que le aquejaba y se hubiera podido "ofrecer al paciente un tratamiento con mejor porcentaje de supervivencia, atendiendo a tiempo y calidad de la misma", como concluye la perito designada por la parte actora.

La conclusión alcanzada resulta coincidente, además, con el escueto informe de la Inspección Médica obrante al expediente (que sólo contiene conclusiones) en el que se afirma que «*Se produjo una demora de 10 meses en diagnosticar un cáncer gástrico ... No parece que en caso de que se hubiese realizado un diagnóstico certero de inmediato ... el resultado fuese a ser distinto del acontecido, si bien es probable que el mismo se hubiese demorado en el tiempo y probablemente la calidad de vida de la paciente hubiese mejorado. ...*»

Por lo expuesto, debemos concluir que se dan en este caso todos los presupuestos de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración que se ejercita en la demanda.

SÉPTIMO: Y resta por precisar la indemnización que corresponde a la parte actora, esposo e hijos de la fallecida, por el fallecimiento de su, respectivamente, esposa y madre, doña le 60 años de edad.

La parte actora solicita en su demanda una indemnización por un importe total de 160.000 euros, más intereses, que en conclusiones desglosa, con arreglo al baremo establecido en la legislación del seguro del automóvil, de la siguiente forma: al esposo, 96.614 euros y a cada uno de los hijos, mayores de 25 años, 8.051,18 euros, en total, 120.768 euros, y el resto hasta 160.000 euros, por los daños ocasionados a la propia paciente.

Si bien dicho baremo no es de obligado seguimiento por la Sala, siguiendo el mismo como criterio objetivo orientador, y al haber sido propuesto por la propia parte actora, debemos acceder, exclusivamente, a los conceptos dañosos incluidos en dicho baremo (los relativos al esposo y a los hijos de la fallecida) que no incluye los daños sufridos por el propio paciente fallecido.

R.C.A. N° 36/2005

Por tanto, acogiéndonos, de forma orientadora, a las cantidades fijadas por los conceptos citados en el baremo actualizado a la fecha de esta sentencia, corresponde fijar, por los conceptos que hemos mencionado, una indemnización por un importe total de 130.000 euros, cantidad que, por lo expuesto, se considera ya actualizada a la fecha de esta sentencia y que, por ello, no devengará más interés legal que el previsto en el art. 106.2 LJ.

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

FALLAMOS

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el presente recurso contencioso administrativo n° 36/05, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Solera Lama, en nombre y representación de don

_____ ntra la desestimación presunta por silencio de su reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración presentada ante con fecha 28 de enero de 2004, DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS dicha resolución por no ser ajustada al ordenamiento jurídico y, en su lugar, debemos reconocer el derecho de los demandantes a ser indemnizados por la Administración demandada en la cantidad total de 130.000 euros, cantidad que se considera ya actualizada a la fecha de esta sentencia y que, por tanto, no devengará más interés legal que el previsto en el art. 106.2 LJ.

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

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

PALOMA SOLERA LAMA
PROCURADORA DE LOS TRIBUNALES
Avila, 12. Pdo. 1.º. Dcha.
Tel/Fax: 915715077
28020 MADRID.

R.C.A. Nº 36/2005

Administración
de Justicia

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



Madrid