



**T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.1
ALBACETE**

SENTENCIA: 00122/2011

Recurso de Apelación nº 117/2010

Juzgado Contencioso-administrativo nº 2 de Toledo

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
DE CASTILLA-LA MANCHA.
SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO**

Sección Primera.

Magistrados, Ilmos. Sres.:

D. José Borrego López, Presidente.

D. Mariano Montero Martínez.

D. Manuel-José Domingo Zaballos.

S E N T E N C I A N º 1 2 2

En Albacete, a nueve de mayo de 2011.

Vistos por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha los presentes autos en vía de apelación, seguidos bajo el número 117 de 2010, siendo parte apelante D..., representados por la Procurador Sra. Almansa Nueda y partes apeladas el SERVICIO DE SALUD, representado por sus Servicios Jurídicos y COMPAÑÍA DE SEGUROS Y REASEGUROS, representada por la Procurador Sra..., contra sentencia dictada por el Juzgado de lo contencioso-administrativo número 2 de Toledo, en materia de responsabilidad patrimonial. Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Mariano Montero Martínez.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. En fecha dieciséis de noviembre de 2009 se dictó sentencia por el Juzgado de lo contencioso-administrativo antedicho, desestimatoria del recurso contencioso-administrativo entablado por la actora contra la denegación tácita, por parte del Servicio de Salud, de la reclamación que en procura de responsabilidad patrimonial formularon los recurrentes contra dicha Administración en fecha cinco de mayo de 2005, por la asistencia sanitaria prestada a D^a..., especialmente en el Centro Atención Primaria ..., Toledo.

Segundo. Formalizado recurso de apelación por la representación procesal de la actora, terminó suplicando una sentencia que revocase la de instancia y estimase, en consecuencia, el recurso contencioso-administrativo entablado; fue contestado por la Administración demandada, que solicitó una sentencia confirmatoria de la dictada por el Juzgado a quo. En iguales términos se manifestó la Aseguradora codemandada.

Tercero. Sin que se acordase el recibimiento del recurso a prueba, por estimarlo innecesario la Sala, se señaló día y hora para votación y fallo, el cinco de mayo de 2011, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero. El título de imputación para atribuir la responsabilidad patrimonial a la Administración Pública Sanitaria se pretende cifrar en la inadecuada asistencia prestada por el Médico de atención primaria de..., cuando el día dos de noviembre de 2004 acudió la Sra... con un determinado cuadro de dolencias, sobre el que pivota, precisamente, una de las claves de solución del presente pleito.

Segundo. No se pueden ignorar algunas circunstancias anómalas, por infrecuentes, que provocan una penumbra probatoria relevante, con la incidencia que ello tiene en el propio relato de hechos, así como la relación de causalidad entre la atención sanitaria prestada y el fatal desenlace acaecido el día ocho de noviembre inmediato siguiente. Una de esas circunstancias es que esa visita del día dos de noviembre no quedara

documentada inicialmente; a ello anuda la parte actora, aquí apelante, una consecuencia de responsabilidad de la Administración, por haber incumplido lo dispuesto en el art. 2 de la Ley 41/2002, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuando en su apartado sexto obliga a los profesionales sanitarios a la adecuada documentación clínica, en relación con el art. 15, que en orden al contenido de la historia clínica de cada paciente, establece que la misma incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente, y que todo paciente o usuario tiene derecho a que quede constancia, por escrito o en el soporte técnico más adecuado, de la información obtenida en todos sus procesos asistenciales, realizados por el servicio de salud tanto en el ámbito de atención primaria como de atención especializada. Ello se dispone, en semejantes términos, en la regulación autonómica, concretamente en el art. 4.h) de la Ley de Ordenación Sanitaria. Es, ya, un incumplimiento legal, por parte de los servicios públicos de salud de la Comunidad Autónoma, que tendrá las consecuencias que más adelante veremos.

Tercero. Ciertamente, el informe pericial judicial, practicado con las debidas garantías de imparcialidad inicial, concluye en la negligencia del facultativo que atendió a la Sra.... Ocurre que el perito llega a su dictamen por considerar probados determinados síntomas, fundamentalmente la disnea y el dolor torácico, que no figuran mencionados en la documentación de esa asistencia, que como hemos dicho no consta, sino por el testimonio de dos personas que, lógica y desgraciadamente a posteriori, relatan los mismos como padecidos por la Sra...cuando, al menos en un par de ocasiones, la visitaron. Pueden ser personas de su círculo de amistades que, por tal razón y por lo subjetivo del dolor, la medición de su intensidad y ya no digamos su comprobación por terceros ajenos al propio paciente, no pueden ser testigos decisivos si se quiere para la tesis de la parte actora, porque es difícil que puedan asentar una base sólida para acreditar los precitados síntomas. Es verdad que al perito le costó contestar con solvencia a las preguntas que se le formularon

acerca de la fuente de conocimiento de esos síntomas, porque no figuraban en documento clínico alguno, y probablemente se basó en los testimonios que mencionábamos, así como en su vinculación con la autopsia, porque se antoja muy difícil que se los inventara. Aun aceptando que conociera los síntomas antedichos, únicos que, razonable y aunque indiciariamente, hubieran aconsejado variar el tratamiento dispensado y haber ordenado la realización de pruebas diagnósticas distintas de la prescripción que se realizó –antibiótico Augmentine^R, por un lado; y antitérmico o analgésico, según en este caso se entienda el medicamento comercializado como Nolotil^R, porque para ambas funciones aparece mencionado en el pleito, por otro-, lo cierto es que su razón de ciencia provendría de dos testigos de dudosa credibilidad, dicho sea con todo el respeto que les debemos, pero en función de las circunstancias que en sus personas y por la difícil apreciación de la entidad de los síntomas antes hemos descrito. Pero eso no puede llevarnos a descalificar de forma esencial esa pericia, sino a concluir en lo que más adelante examinaremos.

Cuarto. Por otro lado, es claro que frente a la tesis de la parte apelante se sitúan tanto el informe elaborado a posteriori por el propio facultativo que atendió a la Sra...como el informe de la Inspección Médica, así como el que a instancia de la Aseguradora codemandada y coapelada ... se presentó en el pleito. Cierto que el primero aparece teñido de evidente interés personal, y el tercero no deja de responder al interés de una de las partes del proceso. No puede obviarse su realidad, y podrían ser tomados en consideración, siquiera indiciariamente, para valorar conjuntamente la prueba al final. Respecto al informe de la Inspección Médica, asiste la razón a la parte actora cuando se queja del momento en el que se aportó, una vez terminado el período ordinario de prueba, ya en sede judicial. La Administración a esto contesta que, por mor de la obligación legal de resolver todo asunto sometido a su consideración, art. 42 de la Ley de Procedimiento Administrativo Común, se trató de un trámite más del expediente de responsabilidad patrimonial abierto por el Servicio de Salud. Siendo ello cierto, no lo es menos que sitúa, y de forma

anómala por lo extemporáneo, a la parte actora en inferioridad procesal, al no poder en la práctica contradecir sus conclusiones. Aunque ese informe de la Inspección Médica corrobore, en suma, el material que hasta ese momento constaba en el historial clínico de la paciente, y sostenga la conclusión de la parte demandada y, por conexión, de la Aseguradora codemandada, no podemos ignorar la irregularidad de su constancia en el procedimiento.

Quinto. Con todo, y retomando el argumento con el que casi comenzábamos la fundamentación jurídica de esta sentencia, el papel que juega en este concreto caso la omisión de documentación clínica en la primera asistencia dispensada creemos que es sustancial. Ya lo dijo esta Sala, Sección Segunda, como se encarga de recordarnos la parte demandante, en los autos de recurso de apelación 150 de 2007, cuando en la sentencia que le puso fin, de diez de noviembre de 2008, se otorgó notable valor al hecho de que indebidamente faltara una documentación clínica inicial, en forma similar al caso actual. Allí se reflexiona, y hacemos nuestra su conclusión, acerca de la aplicabilidad al caso del principio según el cual nadie puede aprovecharse de la propia torpeza.

Las partes codemandadas apenas se refieren a esta circunstancia, o al menos intentan rebajar su trascendencia, pero lo cierto es que, al no poder saberse con fehaciencia los síntomas que presentaba realmente la paciente cuando el dos de noviembre de 2004 acudió a consulta (y no se sabe porque se incumplió una obligación legal por parte, no de una persona concreta, de un facultativo con nombre y apellidos, sino de quien en ese momento encarnaba el Servicio Público de Salud), la carga de la prueba ha de trasladarse a la Administración, ya que al actor le es imposible probar más de lo que conseguido acreditar. Y, en realidad, lo que constituye el título de imputación para condenar a las codemandadas por responsabilidad patrimonial, no es la existencia de una mala práctica médica, que estrictamente no se ha probado, sino la pérdida de una oportunidad de tratamiento, al tener que relacionar los posibles síntomas no reflejados en la documentación clínica de esa primera visita, con la dolencia finalmente objetivada, que llevó a la muerte a la paciente.

Sexto. Sentada, pues, la existencia que declaramos de responsabilidad patrimonial de la Administración y por el concepto citado, y la obligación de responder igualmente la Aseguradora codemandada, hay que determinar en qué cuantía puede cifrarse la indemnización adecuada a la entidad de los hechos. Sobradamente conocida es la tendencia del Tribunal Supremo a aconsejar, en los casos en los que se declara la responsabilidad patrimonial sanitaria por pérdida de la oportunidad, y puesto que de indemnizar una mera expectativa se trata, una reducción –motivada, claro es- de la posible partida compensatoria, porque al cabo no se está indemnizando por una real y efectiva irregularidad en el diagnóstico o en el tratamiento, sino por el daño originado por no haber permitido actuar de otra manera.

Pues bien, tomando como referencia los ciento quince mil euros que las partes vienen a convenir supondría, según el baremo habitualmente utilizado para la indemnización de los accidentes de circulación, y que orientativamente utiliza esta Sala para supuestos como el actual, que en este caso además entendemos ajustado porque ya incluye daños morales, a diferencia de lo que venía pidiendo la parte recurrente-apelante, la posible indemnización, rebajaríamos hasta la mitad en condiciones normales, pero en este caso entendemos debe cifrarse la suma a indemnizar en cuarenta mil euros, teniendo en cuenta, en cierto modo, la anomalía que pudo suponer el que en los seis días transcurridos entre la primera y la segunda asistencia no se efectuase tampoco consulta alguna a los servicios asistenciales, por la endeblez del resto de posibles pruebas a favor de la actora y por el historial clínico que sí consta de la paciente (parece obvio decir que nada de ello se achaca como culpa de la misma, sino como mera constancia de antecedentes de dolencias diversas). A esa suma se añadirán los intereses legales desde la fecha de la reclamación en vía administrativa hasta la del completo pago.

Séptimo. Razones, las expuestas, que nos mueven a estimar parcialmente la apelación entablada. Con arreglo al art. 139 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, no se realiza un especial pronunciamiento en cuanto al abono de las costas procesales.

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

F A L L A M O S: Que **ESTIMAMOS PARCIALMENTE el recurso de apelación entablado** contra sentencia del Juzgado de lo contencioso-administrativo nº 2 de Toledo que venimos citando, **la cual revocamos, declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, y la obligación de la misma a indemnizar a los hoy apelantes, solidariamente con la Aseguradora ..., en la cantidad de CUARENTA MIL EUROS**, además del interés legal de esa cantidad desde la reclamación en vía administrativa, nueve de mayo de 2005, hasta la fecha de su completo abono; sin pronunciamiento en cuanto al abono de las costas procesales de esta alzada.

Así, contra esta Sentencia, contra la que no cabe interponer recurso ordinario alguno, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: En la misma fecha fue leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr/a. Magistrado que la dictó, celebrando Audiencia Pública. Doy fe.

DILIGENCIA: Seguidamente se procede a cumplimentar la notificación de la anterior resolución. Doy fe.