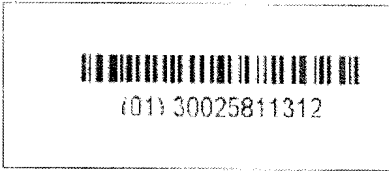




Tribunal Superior de Justicia de Madrid
 Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Novena
 C/ General Castaños, 1 - 28004
 336075H
 NIG: 28.079.33.3-2008/0110005



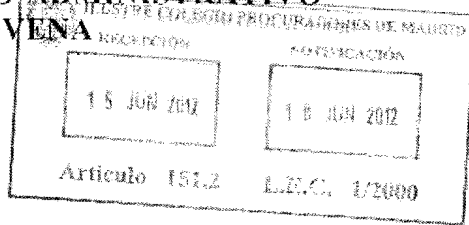
Procedimiento Ordinario 905/2008

Demandante: D./Dña.
 PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA
Demandado: Instituto Madrileño de la Salud
 LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

P. 1000 0000

SENTENCIA Nº 402

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



Ilmos. Sres.
Presidente:
 D. Ramón Verón Olarte
Magistrados:
 D^a. Ángeles Huet de Sande
 D. Juan Miguel Massigoge Benegüi
 D^a. Berta Santillán Pedrosa
 D. Joaquín Herrero Muñoz-Cobo

En la Villa de Madrid a siete de junio de dos mil doce.

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 905/08, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Solera Lama, en nombre y representación de doña _____, contra la desestimación presunta por silencio de su reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración presentada ante el Servicio Madrileño de Salud con fecha 30 de octubre de 2007; habiendo sido parte la Administración demandada, representada por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. Ha intervenido como codemandada "_____" (España", procesalmente representada por el Procurador de los Tribunales don J _____





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 aseguradora codemandada, "C", 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 éste estado se señala para votación y fallo el día 7 de junio de 2012, 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 doña [redacted] contra la desestimación presunta por silencio de su reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración, presentada ante el Servicio [redacted] Salud con fecha 30 de octubre de 2007, por la asistencia sanitaria recibida en el Hospital [redacted] a raíz de la miríngoplastia en el oído derecho que le fue practicada el 11 de enero de 2007.



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 actora, doña [redacted] de 47 años de edad, padecía una otorrea recurrente coincidente con catarros de vías altas e hipoacusia en el oído derecho debida a una perforación timpánica central amplia e inactiva. Se propone la corrección mediante miringoplastia, realizándose esta intervención bajo anestesia general el día 11 de enero de 2007, sin que se reseñen incidentes en el curso de la misma.

b).- En el postoperatorio inmediato observa una inflamación intensa del pabellón auricular derecho sin causa aparente y se anota en la hoja de evolución lo siguiente por parte del otorrino: "... se parecía una flictena en hélix ¿posiblemente por el calor de la luz del micro? (folio 103 del expediente). Se pone tratamiento. Al día siguiente por la tarde la paciente refiere molestias en la zona operada (folio 99 del expediente). Se trata con analgésicos y es curada y revisada por los facultativos de ORL los días siguientes.

c).- El día 13 de enero de 2007, el personal de enfermería señala que "parece que se ha quemado la oreja en qx (quirófano o cirugía)", (folio 99 del expediente). El día 18 de enero es vista en interconsulta por el Servicio de Dermatología, uno de cuyos facultativos señala que la enferma presenta una "lesión en pabellón auricular derecho que se atribuye a quemadura en quirófano (por luz del microscopio) con erosiones de coloración violácea" (folio 97 del expediente). Se anota que la paciente "se ve la quemadura peor" (folio 104 del expediente). El día 19 de enero la paciente causa alta "al observarse una mejoría en el aspecto del pabellón" (folio 82 del expediente).

d).- El día 2 de diciembre de 2007, la paciente es revisada en consultas externas de ORL y se anota en la hoja de evolución (folio 101 del expediente) que "se ha necrosado gran parte del hélix; tuvo una necrosis seca. Le están viendo los [cirujanos] plásticos que la han programado para desbridarla". Es revisada, de nuevo, el 21 de febrero, mientras "están haciéndole curas en Cirugía Plástica".

e).- El día 6 de febrero de 2007, la paciente es intervenida por Cirugía Plástica de un desbridamiento de la citada necrosis. El día 11 de febrero, pese a la mejoría de la cicatriz, la paciente presentaba "ausencia de hélix y de concha, con cicatriz retroauricular" (folio 37 del expediente).

f).- Hay sucesivas revisiones los días 21 de marzo, 25 de julio y 7 de marzo de 2008. Se anota que los cirujanos plásticos "le han ofrecido [a la paciente] una reconstrucción con cartilago costal", ofrecimiento que se produjo el día 12 de febrero de 2008, habiendo comunicado la paciente que prefiere esperar.

g).- Constan en el expediente y en autos fotografías de las secuelas estéticas.

TERCERO: Se alega la demanda que la lesión que padece la actora en el pabellón auricular derecho se debe a las quemaduras provocadas por una defectuosa utilización del bisturí eléctrico en el curso de la intervención que le fue realizada día 11 de enero de 2007. Entiende, por ello, que dicha lesión es consecuencia de la actuación del servicio público de salud y que es antijurídica, dándose, así, todos los requisitos de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración que ejercita en la demanda por lo que solicita una indemnización, con arreglo al baremo de la legislación del seguro del automóvil, por un importe total de 160.000 €, más intereses desde la fecha de la reclamación administrativa.

La Administración demandada reproduce el informe emitido por la Inspección Médica que obra en el expediente, en el que se reconoce que la lesión se produjo en el quirófano el día de la intervención realizada el día 11 de enero de 2007, y alega que, en caso de estimarse estas alegaciones efectuadas por la Inspección Médica y considerar que la parte actora tiene derecho a una indemnización, considera excesiva la cantidad reclamada. Concluye solicitando la desestimación de la demanda.

La aseguradora codemandada,

por su parte, considera que no se encuentra completamente acreditado que la lesión padecida por la actora se deba a una quemadura eléctrica con el bisturí utilizado durante la intervención de 11 de enero de 2007, ni, tampoco, que dicha lesión se haya debido a una mala praxis médica. También discute la indemnización que se reclama en la demanda por no ser acorde con el baremo de la legislación de seguros del automóvil. Y concluye solicitando, igualmente, la desestimación de la demanda.

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 L.RJyPAC.

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.

Así pues, para que pueda declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración, no sólo es necesario que se declare la relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el daño padecido por quien la reclama, sino que es también necesario, que este daño sea antijurídico o, lo que es lo mismo, que no se tenga la obligación de soportarlo. Y este elemento de la acción ejercitada nos remite a la noción

de la "lex artis", pues sólo si se acreditase que la atención sanitaria recibida se realizó con infracción de la "lex artis" -sin entrar en si tal uso de la técnica médica o sanitaria fue o no negligente, pues, como quedó dicho, la responsabilidad que analizamos es de carácter objetivo-, podríamos considerar el daño padecido por la parte actora como antijurídico.

Es a este requisito al que se refiere el art. 141.1 LRJyPAC al disponer que *"Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos"*.

Como se argumenta en la STS de 22 de diciembre de 2001, *«ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente»*.

En esta misma sentencia se analiza la repercusión del correcto empleo de la técnica en la consideración del daño como antijurídico, argumentándose que si la actuación médica *«fue realizada correctamente de acuerdo con el estado del saber en la actualidad y ... la incidencia postoperatoria fue resuelta correctamente, ... estaríamos ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, recogida en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no ha venido sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto, según el cual "no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos". Aun aceptando, pues, que algunas de las secuelas que sufre la recurrente tuvieran su causa en la intervención quirúrgica a la que fue sometida y no en su previo padecimiento, lo cierto es que la técnica quirúrgica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, de manera que sus resultados no habrían podido evitarse según el estado de los conocimientos de dicha técnica quirúrgica, y, en consecuencia, el daño producido, de acuerdo con el citado artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que la paciente tiene el deber de soportar»*.

QUINTO: La tesis central que vertebra la demanda –que la lesión que padece la actora en el pabellón auricular derecho se debe a las quemaduras provocadas por una defectuosa utilización del bisturí eléctrico en el curso de la intervención que le fue realizada día 11 de enero de 2007- debe considerarse debidamente acreditada en autos.

Y así, la propia Inspección Médica en su informe obrante al expediente concluye que *"cabe señalar que la lesión que devino en necrosis y daño estético no sólo le pareció una quemadura de origen quirúrgico a los cirujanos plásticos, sino también al personal de enfermería (folio 99) y a una facultativa dermatóloga (folio 99)",* concluyendo que el daño *"se produjo en el quirófano el día de la intervención [de 11 de enero de 2007]."*

Por otra parte, el informe pericial aportado por la aseguradora codemandada – ratificado en presencia de la Sala- no cuestiona que exista relación causal entre la citada intervención quirúrgica y la necrosis del pabellón auricular derecho sufrida por la actora y se limita a efectuar una valoración del daño sufrido por ésta.

Y en fin, convence a la Sala cuanto se argumenta en el informe pericial aportado por la parte actora –también ratificado a presencia de la Sala- en el que se considera que la quemadura sufrida por la actora en el pabellón auditivo derecho se debió a una actuación disconforme con "la lex artis", argumentación que no ha sido cuestionada en el informe pericial médico aportado por la codemandada que, insistimos, se limita a efectuar una valoración del daño padecido por la demandante.

Expondremos, a continuación, las conclusiones que se contienen en el informe pericial aportado por la demandante:

"Primera: Estas lesiones jamás deben tener lugar en una operación como la realizada. De hecho, en el Consentimiento Informado no consta esta posibilidad. Es lógico, pues no es una posibilidad si se actúa correctamente y si se emplea el material quirúrgico con las debidas cautelas..."

*...
Tercera: A excepción del cirujano, todos los demás profesionales que asistieron a la paciente atribuyen la grave lesión producida en pabellón auricular a una quemadura intraoperatoria..."*

Cuarta: En opinión de este Perito, la única causa posible que puede motivar estas lesiones, dado el material utilizado en la cirugía, el tipo de lesiones producidas, el momento en el que surgen, su gravedad y su evolución, es la Cirugía. Las lesiones son compatibles con una quemadura quirúrgica.

El efecto térmico de la electrocoagulación y el prolongado calor del microscopio, más la atracción y posterior compresión por vendaje fueron las causas de la intensa inflamación que no se trató correcta y tempranamente por lo que, pese al tratamiento dermatológico, evolucionó a la necrosis del tercio medio del pabellón auricular.

Quinta: De la documentación estudiada no existe ninguna otra causa que pueda justificar las mismas a excepción de una quemadura en el acto quirúrgico.

Sexta: La lesión evoluciona a una amplia necrosis del pabellón auricular que, una vez desbridada eliminando los tejidos necróticos, precisa compleja reconstrucción.

La reconstrucción subtotal de la parte media del pabellón auricular es de gran complejidad técnica requiriendo cirugías sucesivas pese a las cuales persisten secuelas estéticas en una zona visible de la anatomía y con la referencia de otro órgano par y simetría que lo hace más evidente.

Séptimo: Las lesiones ocasionadas son incompatibles con una actuación médica correcta y cuidadosa. De hecho, estas lesiones que hoy son secuelas no figuran en los consentimientos informados para Timpanoplastia como el suscrito por la paciente. En consecuencia, podemos concluir que la paciente no asumió estos riesgos antes de la cirugía."

Así pues, debemos concluir que las lesiones que la actora padece en el pabellón auditivo derecho son causalmente imputables a la actuación del servicio público de salud, pues se produjeron en el curso de la intervención realizada el día 11 de enero de 2007, (miringoplastia o timpanoplastia), durante la cual el bisturí eléctrico le ocasionó una quemadura en dicha zona, debido a una inadecuada utilización del mismo, incompatible con la "lex artis". Por tanto, el daño producido a la actora en dicho pabellón auditivo derecho, la pérdida parcial del mismo, según consta en las fotografías aportadas, tiene relación causal con la actuación de la Administración, es evaluable económicamente y debe calificarse de daño antijurídico al no ser un riesgo inevitable ni imprevisible en el estado de conocimientos de la ciencia médico quirúrgica al tiempo de los hechos litigiosos, razones por las cuales la acción debe prosperar, al cumplirse todos sus requisitos legales.

SEXTO: Y resta por determinar cuál sea el daño que se considera acreditado y la indemnización que deba concederse para su reparación.

Dado que en la demanda la parte actora, que solicita una indemnización por importe total de 160.000 euros, se acoge al sistema indemnizatorio establecido en la legislación de seguros del automóvil, sistema que es también el utilizado por la aseguradora codemandada en el informe pericial que aporta, acogeremos también dicho sistema, de forma orientadora, para la determinación de la indemnización que corresponde a la actora en el presente caso.

Ahora bien, de los conceptos indemnizatorios por los que se reclama en la demanda, no todos están suficientemente acreditados en autos ni todos ellos son autónomamente indemnizables conforme al sistema utilizado, estos es, conforme al baremo de la legislación de seguros del automóvil.

Y así, debemos tener por acreditada la pérdida parcial, que no total, del pabellón auditivo derecho. Y dado que la pérdida no ha sido total, no es posible acoger la puntuación máxima contenida en el citado baremo (4 puntos) –que es la que se acoge por la parte actora-, considerando más adecuada la fijación de 3 puntos por este concepto.



Madrid

En cuanto al concepto "dolor y molestias sensitivas" (en la demanda se solicitaban 4 puntos por este concepto), debemos coincidir con el informe pericial aportado por la codemandada en que no consta en la documentación clínica aportada que existan alteraciones por dolor u otra alteración funcional, razón por la cual este concepto dañoso no puede considerarse acreditado ni puede ser, por ello, objeto de indemnización.

También se solicita en la demanda 5 puntos por "material (analogía a osteosíntesis)" y otros 5 puntos por "necesidad de injerto en reintervención", sin embargo, debemos también convenir con el informe pericial aportado por la aseguradora codemandada en que no consta acreditado en autos que dicho material o injerto hayan sido implantados, por lo que tampoco pueden considerarse estos conceptos como daño acreditado.

En cuanto a las secuelas psíquicas, por las que también se reclama en la demanda, en concepto de "síndrome depresivo postraumático", un total de 8 puntos, no existe prueba alguna en autos de las mismas ya que no consta aportado ningún informe psicológico o psiquiátrico. Lo único que consta es que la actora recibe tratamiento antidepresivo a partir del fallecimiento de su madre, a mediados de 2007, pero no consta en autos ningún informe médico que relacione este tratamiento antidepresivo con las secuelas físicas provocadas en la intervención quirúrgica de 11 de enero de 2007. Por tanto, tampoco este daño puede considerarse acreditado.

El perjuicio estético, ciertamente existente, es valorado en la demanda en 12 puntos, puntuación que es la máxima que se otorga en el baremo al perjuicio estético moderado, y que consideramos ajustada.

Asimismo, consideramos acreditados 8 días de hospitalización (11 a 19 de enero de 2007) y 93 días de baja laboral (desde el 19 de enero hasta el 22 de abril de 2007).

En cambio, no podemos considerar como un daño independiente el daño moral, por el que se solicita en la demanda 101.138 euros, ya que en el sistema de baremación de la legislación de seguros del automóvil, que es el sistema seguido por la parte actora, el daño moral está incluido en las indemnizaciones por las lesiones.

Recapitulando, corresponde indemnizar, según el baremo vigente a 2012:

- por la pérdida parcial del pabellón auditivo (3 puntos) y por el perjuicio estético moderado (12 puntos), en total, dado que el valor del punto es, para este caso, de 971,61 euros, 14.574,15 euros;
- por 8 días de hospitalización, a 69,61 euros/día, en total, 556,88 euros;
- por 93 días improductivos, a 56,60 euros/día, en total, 5.263,80 euros;
- 10% de factor corrector por estar la paciente en edad laboral.




En total, 22.434,31 euros, cantidad que se fija como deuda de valor y, por tanto, actualizada al momento presente.

Así pues, la estimación del recurso ha de ser parcial.

SÉPTIMO: 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 nº 905/08, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Solera Lama, en nombre y representación de doña [redacted] la desestimación presunta por silencio de su reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración presentada ante el Servicio [redacted] salud con fecha 30 de octubre de 2007, DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS dicha resolución por no ser ajustada al ordenamiento jurídico y, en su lugar, debemos reconocer y reconocemos el derecho de la parte actora a que se le abone una indemnización de 22.434,31 euros, cantidad que no devengará más intereses que los previstos en el art. 106 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.





Administración
de Justicia

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



Madrid