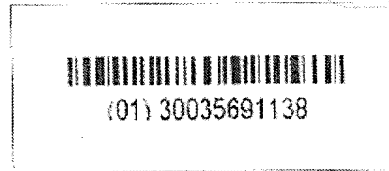




Tribunal Superior de Justicia de Madrid  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
Sección Novena  
C/ General Castaños, 1 - 28004  
33009730  
NIG: 28.079.33.3-2009/0124235



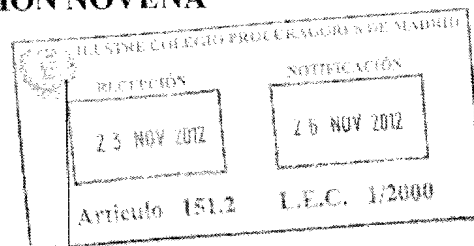
**Procedimiento Ordinario 430/2009**

**Demandante:** D./Dña.  
PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA  
**Demandado:** COMUNIDAD DE MADRID  
LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

**SENTENCIA Nº 788**

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

**Ilmos. Sres.**  
**Presidente:**  
D. Ramón Verón Olarte  
**Magistrados:**  
D<sup>a</sup>. Angeles Huet Sande  
D. Juan Miguel Massigoge Benegiti  
D<sup>a</sup>. Berta Santillán Pedrosa  
D. Joaquín Herrero Muñoz-Cobo



En la Villa de Madrid, a diecinueve de noviembre 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 430/2009, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Solera Lama, en nombre y representación de doña \_\_\_\_\_, contra la resolución presunta de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se deniega una reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria formulada el 8 abril 2008; habiendo sido parte la Administración demandada representada por los Servicios Jurídicos de la Comunidad.



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos en la ley, se emplazó a la demandante para que formalizara la demanda, lo que verificó dentro de plazo, mediante escrito en el que se suplica se dicte sentencia declarando no ajustada a derecho la resolución administrativa objeto de impugnación.

**SEGUNDO.-** El Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad contesta a la demanda, mediante escrito en el que 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 practicándose la admitida con el resultado obrante en autos, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido en el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

**CUARTO.-** En este estado se señala para votación el día 15 noviembre 2012, teniendo lugar así.

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

Siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. Don Ramón Verón Olarte.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** A través del presente recurso jurisdiccional, la Procuradora de los Tribunales Sra. Solera Lama, en nombre y representación de doña [redacted] impugna una la resolución presunta de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se deniega una reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria formulada el 8 abril 2008.

**SEGUNDO.-** La resolución del presente litigio requiere el previo análisis de los siguientes hechos:

a) El 22 junio 2005 se lleva a cabo una intervención quirúrgica en el Hospital a través de la cual interviene a la actora de un adenoma paratiroideo superior derecho.

b) Concluida la intervención quirúrgica la enferma comienza a tener fiebre, dolores en la zona cervical y como hinchazón de la cicatriz quirúrgica.

c) El uno de julio de 2005 doña recibe el alta hospitalaria, siendo remitida a su domicilio en el que continúa padeciendo dolor cervical e hinchazón ocultamiento de la cicatriz. Ello hace que se le someta a multitud de pruebas para comprobar el origen y la causa de tales síntomas hasta que se descubre la existencia de una gasa olvidada a la derecha del esternón que es descrita en el expediente como material metálico en zona recientemente intervenida.

d) Tras varias comprobaciones, el 29 mayo 2007 se procede a intervenir de nuevo a doña Lorenza para serle retirada la referida gasa.

e) De resultados del olvido de la gasa en el interior del cuerpo de la recurrente ha estado ingresada siete días, otros 30, contados a continuación de la segunda intervención, ha estado impedida y, por último durante 678 días ha estado, sin impedimento, imposibilitada para sus quehaceres habituales, contados estos últimos desde el 22 junio 2005 hasta el 28 mayo 2007, día anterior al intervención segunda. Asimismo, ha padecido una depresión causada por los temores a los problemas que podrían surgir se tuviera que intervenir de nuevo por su problema en la glándula tiroides. Por último, ha sufrido una segunda intervención quirúrgica que no hubiera sido precisa en caso de que se hubiera retirado la gasa en el mismo acto jurídico en que se utilizó

**TERCERO.-** La parte recurrente fundamenta su impugnación en la falta de observancia de la lex artis toda vez que no se llevaron a cabo los recuentos protocolarios del material empleado en la primera intervención quirúrgica lo que además de constituir una falta de cuidado, infringe frontalmente la regulación protocolaria de la actuación

La Administración demandada, por medio de su representación procesal, alega que el recurrente ha recibido el trato adecuado para sus dolencias; que nada más que se descubrió la existencia de la gasa se procedió a su retirada sin que conste la existencia de secuelas.

**CUARTO.-** Hallándonos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, conviene recordar cómo, dentro del principio general de responsabilidad de los poderes públicos recogido en el Título Preliminar de la Constitución, artículo 9.3 in fine, la responsabilidad del Poder Ejecutivo se concreta en el art. 106.2 de la Constitución al disponer que "Los particulares, en los términos

establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

La remisión legal viene ahora cubierta por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, aplicable en este supuesto, que en los dos primeros apartados de su artículo 139 establece que "los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

La jurisprudencia ha precisado que para apreciar la existencia de esta responsabilidad son precisos los siguientes requisitos a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupos de personas, b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal, c) ausencia de fuerza mayor y d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño por su propia conducta.

A lo expuesto cabe añadir, como viene significando esta Sala en reiteradas sentencias, la consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, según la cual, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que conduciría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, solo en el caso de que se produzca una infracción de dicha Lex artis responde la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberán ser soportados por el perjudicado. La existencia de este criterio de la Lex Artis se basa en el principio jurisprudencial de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación se concreta en prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo.

Estamos ante 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; criterio que 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 del repetido criterio; prescindir del mismo conllevaría una excesiva objetivación de la



responsabilidad que podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva.

**QUINTO.-** A la vista de la prueba practicada, ya se puede declarar que, a juicio de esta Sala, concurren los requisitos antes señalados para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así lo expresa, incluso, el Servicio de Inspección de la Administración demandada.

Por las razones que fueran, lo cierto es que la falta de retirada del material quirúrgico empleado es claramente indicativa de una evidente falta de cuidado por los facultativos que participaron en la intervención quirúrgica incumpliendo además las normas recogidas en el protocolo del centro en relación con el recuento del material empleado en las intervenciones quirúrgicas. Ello hace que concurren todos los requisitos que se acaban de examinar por lo que procede estimar el presente recurso jurisdiccional.

**SEXTO.-** Cuestión distinta es la relativa a la cuantía de la indemnización. Teniendo cuenta con carácter indicativo el baremo a que se refiere la administración demandada, y dado los daños y perjuicios que constan en el fundamento segundo de la presente resolución, este Tribunal, de manera ponderada, fija en cincuenta mil euros la indemnización que debe abonarse a doña \_\_\_\_\_ por los conceptos que allí aparecen y ya actualizados al día de la fecha.

**SÉPTIMO.-** Dadas las circunstancias examinadas y las conclusiones a que se ha llegado, no aprecia este Tribunal la concurrencia de los requisitos necesarios para la imposición de las costas a ninguna de las partes, a tenor de lo preceptuado en el artículo 131 de la Ley de la Jurisdicción.

## FALLAMOS

Que ESTIMANDO en parte el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Solera Lama, en nombre y representación de doña \_\_\_\_\_ contra la resolución presunta de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se deniega una reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria formulada el 8 abril 2008, DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS la mentada resolución por no ser ajustada a derecho, al tiempo que CONDENAMOS a las codemandadas al abono a la actora de la suma de cincuenta mil euros.





No ha lugar a hacer especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta instancia.

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

**PUBLICACIÓN:** Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ramón Verón Olarte, 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.

