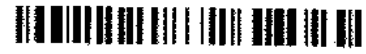


**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**  
Sala de lo Contencioso-Administrativo  
**Sección Novena**  
C/ General Castaños, 1 - 28004  
33009750  
NIG: 28.079.33.3-2009/0135927



(01) 30096876236

**Procedimiento Ordinario 1190/2009**

**Demandante:** D./Dña.  
PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA  
**Demandado:**

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

**SENTENCIA Nº 950**

**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>. Ángeles Huet de Sande

D. Juan Miguel Massigoge Benegiu

D<sup>a</sup>. Berta Santillán Pedrosa

D. Joaquín Herrero Muñoz-Cobo

En la Villa de Madrid a veintiséis de septiembre de dos mil trece.

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el presente recurso contencioso-administrativo número 1190/2009 interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sra. Solera Lama en nombre y representación de doña [redacted] contra la resolución presunta desestimatoria por silencio administrativo de la reclamación de Responsabilidad Patrimonial de la Administración formulada en fecha 8 septiembre 2008. Ha sido parte la Administración demandada representada por sus Servicios Jurídicos y como parte

codemandada la entidad  
Tribunales Sr. Abajo Abril

epresentada por el Procurador de los

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

**SEGUNDO.-** La Administración demandada contestada la demanda mediante escrito en el que se suplica se dicte sentencia en la que se confirme la resolución recurrida por encontrarse ajustada a derecho y la parte codemandada contesta la demanda manifestándose en idéntico sentido en cuanto al fondo de la cuestión planteada.

**TERCERO.-** Habiéndose recibido el presente proceso a prueba y formulados los escritos de conclusiones quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

**CUARTO.-** En este estado se señala para votación el día 26 septiembre 2013 teniendo lugar así.

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

Siendo ponente el Magistrado Ilustrísimo Sr. Don JUAN MIGUEL MASSIGOGE BENEGIU

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** El presente recurso contencioso -administrativo tiene por objeto determinar la conformidad o no con el ordenamiento jurídico de la resolución presunta desestimatoria por silencio administrativo de la reclamación del Responsabilidad Patrimonial de la Administración formulada por la actora en fecha 8 septiembre 2008.

La resolución del presente recurso exige precisar los siguientes hechos según se exponen en el informe pericial de la parte codemandada que se considera procedente transcribir en esencia por su carácter más resumido de los hechos dada la complejidad de los mismos.

2003

D. [redacted] es diagnosticado de carcinoma de recto en estadio III, recibiendo tratamiento preoperatorio con quimioterapia y radioterapia. Se interviene en el Hospital [redacted] el 15 de octubre, practicándose amputación abdominoperineal y colostomía terminal.

Enero de 2004

Es valorado por el servicio de oncología médica. En base a la buena respuesta al tratamiento preoperatorio, que obtuvo la respuesta patológica completa del tumor (esto es, su desaparición incluso a nivel microscópico), así como a la persistencia de supuración de la herida quirúrgica tres meses después de la intervención, se considera que no precisa ningún tratamiento adicional, por lo que se remite al servicio de cirugía para su seguimiento, advirtiendo que acudiera de nuevo a oncología en caso de recaída.

Marzo de 2004 a octubre de 2005

Sigue revisiones periódicas en el servicio de cirugía, aproximadamente con frecuencia semestral y realización de exámenes físicos, analíticas y escáneres. La única anomalía reseñable durante el periodo es una alteración de los tejidos pélvicos que es valorada como fibrosis postquirúrgica y sometida a vigilancia. En octubre de 2005 se planifica cirugía para corregir una hernia abdominal. Este procedimiento quedó interrumpido por los acontecimientos posteriores.

Noviembre de 2005

En abril previo había consultado con el especialista de otorrinolaringología (ORL) del centro de salud [redacted] a causa de obstrucción nasal. La persistencia del síntoma, junto con la aparición de secreciones purulentas, indicó la realización de un TAC. Ésta revela la existencia de una masa en el seno maxilar izquierdo que fue valorada adicionalmente con una resonancia y con la realización de una biopsia.

Enero 2006

La biopsia es informada como una probable neoplasia por lo que se interviene el 24 de enero. El diagnóstico definitivo es un papiloma escamoso sin signos de malignidad, asociado a varios pólipos inflamatorios. Inicia un programa de revisiones semestrales.

Abril de 2006

Se interviene de una eventración abdominal.

Octubre y noviembre de 2006

Ingresa a causa de sendos episodios de obstrucción intestinal por bridas, favorecidos por una hernia, que se resuelven espontáneamente.

Enero de 2007

Se interviene de la hernia abdominal. Los estudios del preoperatorio incluyen una TAC que descarta la existencia de lesiones malignas. Se describe el mismo engrosamiento de los tejidos presacros ya conocidos y atribuidos a secuelas de la cirugía, así como atelectasias en la base del pulmón izquierdo.

Mayo a julio de 2007

Acude a urgencias por un episodio de hemorragia nasal. La endoscopia observa la existencia de un pólipo, por lo que se solicita una TAC. Esta (4 de julio) identifica una ocupación del seno maxilar izquierdo, por lo que se incluye en lista de espera quirúrgica.

Septiembre de 2007

Se interviene quirúrgicamente con realización de biopsia intraoperatoria. La biopsia diagnostica un carcinoma epidermoide bien diferenciado. Una resonancia posterior informa que la resección ha sido parcial y que el tumor invade las estructuras óseas vecinas (estadio IVA), por lo que el paciente es derivado al Hospital de referencia, para su tratamiento oncológico.

En el preoperatorio, se describe un nódulo pulmonar izquierdo de 5 mm, de alta densidad y sugestivo de granuloma, ya conocido y estable respecto a la imagen de julio previo.

Diciembre de 2007 a febrero de 2008

Recibe tratamiento de quimioterapia intraarterial y radioterapia en el Hospital y en la clínica, con mejoría del tumor del seno maxilar.

En la TAC de rutina realizada tras el cuarto ciclo, para evaluar el grado de mejoría obtenido con el tratamiento se observa la existencia de metástasis en los pulmones y en el hígado, presumiblemente derivados del tumor rectal.

Fallece el 15 de febrero por progresión de las metástasis en órganos vitales

**SEGUNDO.-** La parte actora alega en esencia en apoyo de su pretensión la concurrencia de los requisitos determinantes de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración a tenor de lo dispuesto en el artículo 106 C E y 139 y siguientes de la Ley 30/1992 de 26 Noviembre citando la jurisprudencia que entiende aplicable.

Pone de manifiesto en primer lugar que existió un defectuoso proceso asistencial con ocasión del proceso tumoral sufrido en el colon con falta de adopción de cautelas y de estudio de las imágenes evidenciadas en las distintas pruebas por imagen con falta de tratamiento, retraso en el diagnóstico e infravaloración del cuadro clínico lo que determinó el fatal desenlace del padecimiento sufrido.

Pone de manifiesto en segundo lugar que se produjo un defectuoso proceso asistencial con retraso en el tratamiento en relación con el proceso tumoral nasal que sufrió el paciente.

Considera por lo tanto que se ha producido una evidente infracción de la lex Artis en la actuación de los servicios médicos concurriendo los requisitos determinantes de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración solicitando con estimación de la demanda una indemnización en tal concepto por importe de €300,000.

La Administración demandada contesta la demanda considerando que el tratamiento dispensado fue el adecuado sin infracción de la Lex Artis, y en todo caso excesiva la indemnización solicitada.

La parte codemandada En cuanto al fondo se opone a las alegaciones de la actora considerando que no se ha producido infracción alguna de las Lex Artis y poniendo de manifiesto en todo caso que la indemnización solicitada resulta claramente excesiva.

**TERCERO.-** 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.

**CUARTO.-** Examinando a la vista de la doctrina expuesta el conjunto probatorio obrante en el expediente y aportado a los presentes autos cabe poner de manifiesto lo siguiente:

1º) El informe de la inspección médica pone de manifiesto en el apartado JUICIO CRÍTICO y CONCLUSIÓN lo siguiente:

“JUICIO CRÍTICO

1. El seguimiento mediante TAC abdominal desde la extirpación del carcinoma de recto fue absolutamente correcto.

2. El proceso de diagnóstico y tto de un carcinoma epidermoide bien diferenciado, estadio IV A, de seno maxilar izquierdo en el Sº ORL del H. . . . . , cuyo proceso finalizó en el traslado al Sº Cgía. Máxilof. Del H. . . . . no es relevante para el núcleo esencial de esta reclamación patrimonial por no afectara al pronóstico vital ni al desarrollo de los hechos ulteriores que llevaron al fallecimiento del paciente, y este instructor se remite al informe elaborado ad hoc por el responsable de ORL de 22-12-08 (folios 288 al 290), por cuanto no aprecio nada contrario a lex artis.

3. No es posible determinar, en realidad es muy probable que no sea si, si dichas metástasis efectivamente procedían de aquel tumor. En todo caso, su súbita aparición las hicieron impredecibles, y sus consecuencias pronosticas, intratables.

### CONCLUSIÓN:

Por todo lo escrito y considerado, concluyo que salvo superior criterio, no existen dudas razonables en cuanto al proceso asistencial que se ha seguido aquí.”

2º) El informe pericial aportado por la parte codemandada establece en el apartado CONCLUSIONES:

1. Los dos tumores de seno maxilar que D. . . . . o padeció, benigno y maligno, fueron correctamente diagnosticados, tratados y seguidos. Estaban relacionados entre sí, pero no con la causa de la muerte.

2. El tratamiento y seguimiento del cáncer de recto fue el habitual y correcto. Un seguimiento más estrecho no hubiera evitado la aparición de metástasis ni tampoco diagnosticarlas con oportunidad de curación o tratamiento paliativo que prolongara significativamente el tiempo de vida.

3. La evolución de las metástasis fue impredecible y rápidamente progresiva. Apenas cuatro meses antes de la aparición de las metástasis pulmonares y hepáticas (que ocasionaron la muerte en pocas semanas, se realizó un TAC que excluía la existencia de tales lesiones.

4. la atelectasia pulmonar es un hecho independiente de todas las otras circunstancias, común en un fumador, sin relación alguna con la diseminación pulmonar del tumor de recto ni con la evolución fatal.

5. El nódulo pulmonar de 5 mm fue evaluado de la única manera que era posible y no tenía indicación ni posibilidad de diagnóstico más profundo. Aun en el caso de haberse tratado de una metástasis se trataría simplemente de la primera en aparecer de muchas en curso, por lo que su extirpación habría resultado inútil.

En suma, el manejo diagnóstico y terapéutico del caso sujeto a pericia se ajusto a la Lex Artis ad Hoc.

3º) El informe del perito judicial designado a instancias de la actora de 11 marzo 2013 fórmula las conclusiones siguientes:

#### E-CONCLUSIONES

Primera.- Que las pruebas radiológicas efectuadas muestran una serie de alteraciones que no se llegaron a valorar de forma adecuada. Nos referimos, en concreto a la masa presaca y al nódulo pulmonar.

Segunda.- Que las metástasis pulmonares y hepáticas se podía haber diagnosticado si se hubiese realizado un Tac toracoabdominopélvico y un PET-TAC.

Tercera.- Que no se emplearon todos los medios para el diagnóstico de las metástasis.

Cuarta.- Que la actuación médica no fue lo suficientemente precoz y activa.

Quinta.- Que el pronóstico de este paciente en su estadio era bueno en caso de que se hubiera realizado un buen seguimiento.

Pone de manifiesto en esencia, tras examinar las exploraciones radiográficas aportadas al expediente que desde la primera revisión al año de la cirugía por proceso neoplásico se informó de imágenes de fibrosis en región presaca que si bien pudieran corresponder a tejido cicatricial no cabía descartar la recidiva tumoral y debió haberse depurado esa imagen con otros medios diagnósticos como el PET-TAC que hubiese podido llevar al diagnóstico de metástasis locorregional y a la intervención quirúrgica.

Asimismo las metástasis pulmonares podrían haberse detectado con un TAC torácico que cuando se realizó el 12 febrero 2008 fue muy tardío podrían haberse diagnosticado las metástasis antes del año 2007 puesto que en la radiografía de tórax se describe un nódulo en la base pulmonar izquierda.

En el acto de ratificación los peritos se muestran conformes en que el PET-TAC hubiese estado indicado ante la sospecha de metástasis si bien el perito de la codemandada entiende que no existía tal sospecha por un nódulo pulmonar solitario lo que se niega por el perito judicial coincidiendo los peritos en que el cáncer de recto del que fue intervenido el paciente tuvo un diagnóstico de estadio III con riesgo de metástasis importante que se puede descifrar en uno de cada tres pacientes que fallecen en los primeros cinco años.

**QUINTO.-** A la vista de lo expuesto la Sección entiende que el cáncer de recto del que fue intervenido el paciente en el año 2003 conllevaba dada su naturaleza un alto riesgo de ulterior producción de metástasis y así cabe entender que aconteció en el caso examinado poniendo de manifiesto el informe de la Sección Oncológica Radioterapica de



18 febrero 2008 obrante al folio 1170 del expediente que "el día 11 febrero 2008 se detectan metástasis pulmonares y hepáticas posiblemente de su neo de recto de lo que fallece el 15 noviembre 2008" constando en el certificado de defunción como causa de la muerte "parada cardio respiratoria por metástasis pulmonares y hepáticas de Ca de recto".

Por otra parte ha de entenderse que no se practicaron al paciente las pruebas adecuadas para determinar la producción de dichas metástasis entre otras TAC torácico y PET-TAC por cuanto cabe apreciar que efectivamente existían datos suficientes para albergar sospechas al respecto; así en TAC abdominal pélvico de 16 diciembre 2004 se detecta masa de densidad en partes blandas en la relación presacra aumentada respecto al TAC de 28 mayo 2004 que se mantiene en TAC de 29 de septiembre de 2005; en TAC de 26 septiembre 2006 se observa aumento ligero respecto al anterior; en enero de 2007 también se mantiene la situación y se detectan atelectasias en la base del pulmón izquierdo; en los meses de julio y septiembre de 2007 se describe nódulo pulmonar izquierdo de 5 mm de alta densidad sugestivo de granuloma ya conocido y estable respecto a la imagen de julio previo y ya el 12 febrero 2008 se detectan y diagnostican las metástasis pulmonares y hepáticas que conducen al fatal desenlace.

En definitiva ha de entenderse que existieron sospechas al menos desde finales del año 2004 y muy especialmente en enero de 2007 de la posibilidad de la existencia de metástasis que podrían haberse detectado mediante el Tac torácico y la prueba de PET-TAC que no se llevó a cabo posiblemente debido a la concurrencia de las otras patologías e intervenciones quirúrgicas sufridas por el paciente durante el periodo contemplado y que pudieron centrar la atención de los servicios médicos más específicamente en las mismas.

Por otra parte sin poderse asegurar que el paciente hubiese podido sobrevivir al proceso de metástasis es lo cierto, como afirma el perito judicial, que se produjo una pérdida de oportunidad de mejorar tanto la calidad de vida como la supervivencia.

Debe por todo ello entenderse que se ha producido en el caso examinado una infracción de la Lex Artis consistente en la omisión de las pruebas adecuadas para la detección de las metástasis que sufría el paciente debiendo haberse valorado adecuadamente las sospechas de su existencia lo que determina, como ya se ha expuesto, la concurrencia de la Responsabilidad Patrimonial de la Administración.

Finalmente esta resolución no entra en el examen de la existencia de un defectuoso proceso asistencial en relación con el proceso tumoral nasal padecido y alegado en segundo lugar por la parte actora al no haberse practicado prueba alguna al respecto ni haberse examinado en los informes periciales tal circunstancia.

**SEXTO.-** En lo que se refiere a la cuantía indemnizatoria esta Sección no desconoce la jurisprudencia citada por las partes en relación con dicha cuestión especialmente cuando de un caso de pérdida de oportunidad se trata pero entiende que de

la misma se desprende que en todo caso habrá de estarse a las concretas circunstancias concurrentes en el paciente; en el caso presente el paciente falleció a los 70 años de edad, encontrándose jubilado, viviendo su esposa y cuatro hijos mayores de 25 años sin acreditar se convivencia por lo que en atención a tales circunstancias concretas y aplicando como criterio orientativo el baremo establecido en el Real Decreto Legislativo 8/2004 por entenderse que introduce un criterio objetivo que no debe ser obviado en el cálculo considera prudente acordar una indemnización total y actualizada por importe de €125,000.

**SÉPTIMO.-** No se aprecian constancias para efectuar una expresa condena en costas a tenor de lo dispuesto en el artículo 139 LJ.

## **FALLAMOS**

Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** el presente recurso contencioso - administrativo interpuesto por la Procuradora de los Tribunales Sra. Solera Lama en nombre y representación de doña [REDACTED] contra la desestimación presunta por silencio administrativo de la Reclamación de Responsabilidad Patrimonial de la Administración formulada en fecha 8 septiembre 2008 debemos declarar y declaramos la disconformidad de la misma con el ordenamiento jurídico y el derecho de la actora al abono de una indemnización total y actualizada por importe de €125,000. Sin costas.

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. Juan Miguel Massigoge Benegiu, 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.