



ATT./D. CARLOS SARDINERO

PROC..

NOTIFICADO: 20/3/2017

**JDO. CONTENCIOSO/ADMTVO.
N. 3 TOLEDO**

SENTENCIA: 00057/2017

Modelo: N11600 MARQUES DE MENDIGORRIA, 2
Equipo/usuario: PG
N.I.G: 45168 45 3 2014 0000807
Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000237 /2014 SECCIÓN-E /

Sobre: PROCESOS CONTENCIOSOS-ADMINISTRATIVOS
De D/D*: A/
Abogado: CARLOS SARDINERO GARCIA, CARLOS SARDINERO GARCIA , CARLOS SARDINERO GARCIA
Procurador :
Contra
TOLEDO Abogado:
Procurador

SENTENCIA N°47/2017

En Toledo a 28 de febrero 2017.

Vistos por .. Magistrado nombrado en comisión de servicio sin relevación de funciones por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial para reforzar este Juzgado de lo Contencioso Administrativo, el Recurso que se ha tramitado en este Juzgado con el número 237/2014 interpuesto por

representado por el procurador/a Sr./a. contra la resolución procedente del SESCAM de fecha 24 de Mayo de 2014 por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por los ahora recurrentes en relación con la asistencia sanitaria recibida por y que culminó con su fallecimiento el día 14 de Julio de 2009; habiendo sido parte el Sr. Letrado de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha así como la representada por la procuradora Sra. La cuantía del recurso ha sido fijada en 125.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO.

PRIMERO: Por el indicado recurrente se interpuso recurso contencioso administrativo contra el acto mencionado en el encabezamiento de esta resolución, acordándose por este



Juzgado su admisión y una vez formalizados los trámites legales preceptivos fue emplazado para que dedujera demanda, lo que llevó a efecto mediante escrito en el que, tras alegar los fundamentos de hecho y de derecho que consideró pertinentes, terminó solicitando que se estime la demanda y se declare la responsabilidad patrimonial de la administración y se fije una indemnización por importe de 125.000 euros.

SEGUNDO: La representación procesal de la parte demandada contestó a la demanda mediante escrito en el que, tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que consideró aplicables, terminó pidiendo la desestimación del presente recurso.

TERCERO: Tras haberse recibido el pleito a prueba, se dio traslado a las partes, por su orden, para conclusiones, se evacuó este trámite en sendos escritos en los que realizaron las manifestaciones que le convinieron a sus respectivos intereses.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO: Se interpone el presente recurso contencioso administrativo contra la resolución procedente del SESCAM de fecha 24 de Mayo de 2014 por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada por los ahora recurrentes en relación con la asistencia sanitaria recibida por y que culminó con su fallecimiento el día 14 de Julio de 2009.

La parte recurrente fundamenta su pretensión indemnizatoria en que ni se le informó al paciente ni a su familia de los efectos que podía tener la intubación y que, en segundo lugar, que la asistencia recibida no fue la adecuada puesto que no se realizó correctamente la intubación y que eso fue la causa de la anoxia que culminó con su fallecimiento.

Por parte de la representación procesal de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha se contestó a la demanda entendiendo que no se había acreditado la infracción de la lex artis.

Por parte de la se opuso también a la estimación de la demanda por entender, en

primer lugar,



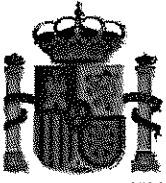
De este modo debe identificarse el criterio de la *lex artis* con el de "estado del saber" y solo considera daño antijurídico aquel que no supera dicho parámetro de normalidad, entendiéndose que la nueva redacción del artículo 141,1 de la Ley 30/92 (procedente de la Ley 4/99) ha tenido como único objeto consagrar legislativamente la línea jurisprudencial tradicional.

Según la sentencia de la misma Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 29 de Septiembre de 2010, remitiéndose a la de fecha 4 de noviembre de 2009, es evidente que constituye jurisprudencia de esta Sala, reiteradamente declarada, la de que en materia sanitaria no cabe ampararse en el principio objetivo de la responsabilidad que se proclama en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/92 para intentar convertir a la Administración en una especie de aseguradora universal de todo daño sufrido por el paciente, cualquiera que sea la correcta actuación de la Administración sanitaria.

Y añade esta misma sentencia que: "Por el contrario, hemos declarado reiteradamente, y así se recoge por el Tribunal de instancia, que sólo, y dada la limitación de medios a disposición de la Administración, cuando la misma no haya hecho un uso adecuado de los mismos o incurra en infracción de la denominada *lex artis*, ello puede ser motivo determinante de reconocimiento de responsabilidad ya que, en modo alguno, puede pretenderse de la Administración que el resultado obtenido de la prestación sanitaria dé siempre un final positivo, ya que ello está mediatizado por múltiples circunstancias y, pese al empleo de los medios adecuados a disposición de la técnica sanitaria, el resultado puede ser lesivo para el enfermo".

Procede recordar, en la misma línea, que el inciso segundo del artículo 141.1 de la Ley 30/1992, según la redacción dada por la Ley 4/1999, dispone que "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", lo que incide en la exigencia de que, para determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria es necesario acreditar la infracción de la *lex artis*.

TERCERO: En cuanto a la cuestión de la supuesta falta de



ADMINISTRACION
DE JUSTICIA

que concurría falta de legitimación de los recurrentes para reclamar por el daño derivado de la deficiente información y, en cuanto al fondo, también entendió que no estaba acreditada la infracción de la lex artis.

SEGUNDO: Se hace necesario, cuando los Tribunales se grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño; es decir, que permita diferenciar aquellos supuestos en que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa (es decir, al tratamiento o a la falta del mismo) y aquellos otros casos en que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos.

El criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso administrativa para hacer girar sobre él la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la Lex Artis y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuando el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por lo tanto, el criterio de la Lex Artis es 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 (lex artis). Este criterio 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 de dicha Lex Artis. Así resulta de multitud de sentencias del Tribunal Supremo y podemos citar, a título de ejemplo la STS de fecha 19 de Abril de 2011 (Rec. 5391/2006).

deficiente información facilitada al paciente que posteriormente falleció, hay que decir que no puede entenderse que sea cierta dicha falta de legitimación. La jurisprudencia tiene establecido claramente que la falta de información (y el correlativo defecto en el consentimiento informado) supone un daño moral.

Obviamente, la reclamación por dicho daño moral puede plantearse tanto por el directamente perjudicado (en este caso fallecido) ó por sus herederos puesto que la indemnización por el daño moral es un interés perfectamente transmisible.

También es fácilmente rechazable el argumento expuesto, esta vez por la parte recurrente, y que hace referencia a la defectuosa información facilitada al paciente en cuanto entiende que no consintió ni el paciente ni sus familiares a la intubación que se le realizó. Sobre esta cuestión hay que señalar algunas cuestiones y que permiten el rechazo de este argumento por entender que si la información no fue escrita, al menos hubo información oral y que se facilitó clara y repetidamente a los padres del paciente que no estaba en condiciones de consentir:

- La situación en la que estaba el paciente era de relativa urgencia por lo que no es preciso la información, al menos con el mismo cumplimiento de los requisitos formales que exige la ley 41/2002.
- En el expediente consta el Informe elaborado por la (folio 109 del expediente) y en el que consta que se habló con los parientes del paciente y se les explicó las alternativas de tratamiento y cuales eran los procedimientos que se iban a llevar a cabo. Consta que esto se hizo, además, por el hecho de que el paciente no podía contestar a las cuestiones que se le planteaban.
- El Informe del es claro a la hora de justificar la necesidad de la sedación y la posterior intubación y como el estado del paciente no permitía informarle ni que firmara el correspondiente formulario y como la urgencia era tal que excusaba de tales medidas.
- El Medico de Urgencias, también expone como se informó a los padres del paciente de la necesidad de proceder a la intubación.



CUARTO: En cuanto al fondo de la cuestión planteada, resulta que de los Informes aportados puede llegar a concluirse que la intubación practicada al paciente no fue correcta y ello pues se le perforó el esófago.

Al folio 11 del expediente obra el Informe de la (del Servicio de Medicina intensiva del : y del que resulta que el tubo endotraqueal estaba mal colocado y estaba en el esófago. Es obvio que esta circunstancia tuvo que ocasionar un déficit en la respiración del paciente

Es cierto que el Informe de la y el de la Inspección Medica insisten en que no es posible determinar la relación causal entre dicha incorrecta intubación y el fallecimiento pero no puede desconocerse que la causa del fallecimiento fue una encefalopatía anóxica que está claramente relacionada con la deficiente respiración.

Ambos informes (el de la Inspección y el de la Aseguradora) carecen de suficiente contundencia en sus afirmaciones y ello puesto que no basta con decir que "no consta" ó que "desconocemos con certeza" ... es necesario aclarar si la malposición del tubo endotraqueal ha ocasionado algún resultado en la salud del paciente y cuando el fallecimiento se produjo con encefalopatía anóxica, hay que entender que la respuesta debe ser positiva.

Cuando no se ha determinado cual fue la patología que afectó al paciente y que justificó su fallecimiento y, a la vez, consta una deficiente asistencia en cuanto a que hubo una incorrecta intubación, debe entenderse acreditado el nexo causal entre una y otra circunstancia y ello debe justificar la estimación, al menos parcial, de la reclamación.

No es relevante, a los efectos de la responsabilidad patrimonial si el daño se produjo por la mala colocación inicial del tubo endotraqueal ó por el hecho de que el tubo se moviera con posterioridad. Lo que genera responsabilidad es el hecho de que la práctica medica no fuera la adecuada y se generase la anoxia que ocasionó el fallecimiento.

Lo que si es cierto es que el paciente acudió al hospital con una patología desconocida pero grave, pues graves eran sus síntomas por lo que tal circunstancia también deber ser tomada en consideración a la hora de la determinación de dicho nexo casual y que pudo tener que ver con el resultado final. Puede entenderse, por lo tanto,

que la mala colocación del tubo



supuso una pérdida de oportunidades en relación a la posible curación de la patología del paciente y esto precipitó ó coadyuvó a ese resultado final.

Según la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2011 (Rec. 6280/2009: La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera.

En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente. Esto es lo que ocurre en este caso en que ha habido un tratamiento claramente incorrecto (la intubación) pero eso no puede hacer que se desconozca la enfermedad de base del paciente y que aun con una correcta asistencia, no se pudiera haber evitado el fallecimiento.

QUINTO: En cuanto a la fijación del importe indemnizatorio, debe partirse de la Jurisprudencia establecida por el Tribunal Supremo y que se recoge, entre otras muchas, en la STS de fecha 27 de Noviembre de 2012 (RC 4981/2011) "Para la adecuada resolución de este motivo conviene comenzar recordando la reiterada jurisprudencia de esta Sala según la cual la determinación del "quantum" indemnizatorio procedente en los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración es un juicio de valor que está reservado a los Tribunales de instancia y ha de ser respetado en casación, en



tanto no se demuestre el error, su irracionalidad o la infracción de las normas que regulen la valoración de los medios probatorios (por todas, sentencias de 11 de junio de 2.012 y 3 de mayo de 2.011, dictadas en los recursos de casación 1.211/2.010 y 505/2.007, respectivamente). O, dicho en los términos de la sentencia de 5 de junio de 2.012 (recurso de casación 4.279/2.011), que a su vez cita la de 28 de marzo de 2.012 (recurso de casación 5.267/2.010), la cuantía de la indemnización fijada por el Tribunal de instancia no es revisable en casación salvo que se aprecie una valoración de los daños causados que se revele como contraria a las reglas de la sana crítica o falta de lógica.

En la sentencia de esta Sala y Sección de 20 de febrero de

2.012 (recurso de casación 527/2.010), con cita de otras anteriores (también de la Sección 6ª), insistíamos en que la cuantía indemnizatoria por daño moral no es revisable en sede casacional, pues constituye una cuestión de hecho. Hasta el punto de que, como dicen las sentencias de 12 de noviembre de 2.007 (recurso de casación 7.418/2.004) y 22 de octubre de 2.001 (recurso de casación 5.096/1.997), aunque el Tribunal de Casación tenga un criterio distinto al de instancia respecto de la cuantía de la reparación de un concreto perjuicio moral, no le está permitido corregir la evaluación que hubiese efectuado el Tribunal sentenciador si éste ha respetado ese único requisito controlable en casación, que es la razonabilidad y la ponderación de la indemnización fijada en atención a los hechos declarados probados por la propia Sala de instancia. Ello es consecuencia de la ya apuntada naturaleza extraordinaria de este recurso de casación, que tiene como finalidad someter al conocimiento del Tribunal competente el examen de la interpretación y aplicación de las normas y de la jurisprudencia realizadas por el Tribunal de instancia, tanto en relación con el proceso cuanto con la cuestión debatida en el mismo por motivos tasados, y no la resolución del caso concreto".

La parte recurrente en el escrito de demanda fija una primera indemnización por importe de 191.138,93 euros (folio 20 de la demanda); pero, posteriormente, reduce y redondea la indemnización que solicita a 125.000 euros sin justificar la razón y el detalle que le hacen llegar a esta cantidad y sin hacer distribución alguna entre

padres y hermano del fallecido.

Sobre esta base, y dada la falta de determinación de criterios cuantitativos planteados por la parte recurrente, se considera que la indemnización procedente, en cantidad actualizada al día de dictarse la presente sentencia es la de



80.000 euros sin distribución entre los tres recurrentes ni diferenciación de conceptos.

SEXTO: Por aplicación de lo establecido en el artículo 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la redacción vigente al momento de la interposición del presente recurso contencioso administrativo, no resulta procedente hacer expresa condena en costas a ninguna de las partes que han intervenido en este procedimiento y ello en atención a los resultados de la valoración de la prueba que han obligado a un detallado examen de los hechos y sus circunstancias.

Vistos los preceptos citados por las partes y los demás de general y pertinente aplicación al caso de autos.

F A L L A M O S

Que estimando en parte el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el/la procurador/a en la representación que ostenta de

contra la resolución descrita en el primero de los fundamentos de esta Sentencia, procede anular la resolución objeto de recurso reconociendo a los recurrentes el derecho a ser indemnizados en la cantidad de 80.000 euros, por todos los conceptos y sin distribución entre los recurrentes y en cantidad actualizada a la fecha de la sentencia. Todo ello sin haber lugar a expresa imposición de costas a ninguna de las partes.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de apelación en el plazo de **QUINCE DÍAS**, a contar desde el siguiente a su notificación, ante este órgano judicial.

Conforme a lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la LOPJ, para la interposición del recurso de apelación deberá constituirse un depósito de **50 euros** en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este órgano judicial, abierta en la entidad bancaria Santander, Cuenta nº 4957000085023714, debiendo indicar en el campo concepto, la indicación recurso seguida del Código "-- Contencioso- Apelación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio con la indicación "recurso" seguida del código "-- contencioso-apelación". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá

especificar un ingreso por cada concepto, incluso



si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase, indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales y los Organismos Autónomos dependientes, debiéndose acreditar, en su caso, la concesión de la justicia gratuita.

Añade el apartado 8 de la D.A. 15ª que en todos los supuestos de estimación total o parcial del recurso, el fallo dispondrá la devolución de la totalidad del depósito, una vez firme la resolución.

Así por esta sentencia, lo pronuncio mando y firmo.

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Iltmo Sr. Magistrado de la misma, en el día de la fecha, estando celebrando Audiencia Pública.