

**IGNACIO MELCHOR & ELISA ZABIA
PROCURADORES DE LOS TRIBUNALES**

Santo Domingo de Silos, 8 1º D
28036 MADRID
ESPAÑA

Tlfs/Phone 91 5647666/Fax: 91 4113958 Móviles 629 01 78 32-629 82 80 12

E-Mail: despacho@melchorzabia.com

TRANSMISIÓN POR FAX

La información contenida en este fax es privada y confidencial, destinada únicamente para el destinatario. Si usted no lo es, no debe copiar, distribuir ni emprender acción alguna en relación con este fax. Si lo ha recibido por error, le rogamos lo notifique inmediatamente por teléfono a cobro revertido al indicado arriba y devuelva el original por correo a la dirección igualmente indicada. Los gastos de envío le serán reembolsados. Muchas gracias.

Fecha : 11 de Febrero de 2009
Hojas/ Pages : 18 (incluida la carátula)
Destinatario / To : JOSE ANTONIO RAMOS MESONERO
Tlf. Dest: : 91 7903697

TEXTO:

Estimado compañero:

Adjunto te acompaño copia de la *SENTENCIA* ~~providencia~~ notificada en el día de hoy en el asunto de referencia.

.....

.....

Atentamente.

JDO. TRIBUNAL : TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA SALA DE LO
CTCIOSO-ADMVO SECCION 9ª
Nº ASUNTO : 548/06
CLIENTE :
CONTRARIO :
PROCURADOR :
ASUNTO : PROCEDIMIENTO ORDINARIO
M/ REF : 253/06

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección : 009
MADRID
00202
GENERAL CASTAÑOS 1

253/06

Número de Identificación Único: 28079 3 0055884 /2006
Procedimiento:
PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000548 /2006

Sobre RESPONS. PATRIMONIAL DE LA ADMON.

De D/ña.

Representante: PROCURADOR D/Dña. IGNACIO MELCHOR ORUÑA

Contra D/ña.

Representante: LETRADO COMUNIDAD , PROCURADOR D/Dña.

PROVIDENCIA
ILMO. SR. PRESIDENTE:
D.

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
10 FEB 2009	11 FEB 2009
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000	

En MADRID, a catorce de Enero de dos mil nueve

Dada cuenta, se señala para votación y fallo del presente recurso el próximo día QUINCE DE ENERO DE DOS MIL NUEVE.

Estando compuesta la Sala por los Ilmos. Sres. Magistrados

se designa Ponente el/la
Ilmo./Ilma. Sr./Sra.

Contra la presente resolución cabe recurso de súplica, en el plazo de CINCO DIAS desde su notificación, ante esta misma Sección.

Lo acordó la Sala y firma el Ilmo. Sr. Presidente. Doy fe.



Madrid

R.C.A. Nº 548/06

SENTENCIA Nº 47

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

Ilmos. Sres.

Presidente:

D.

Magistrados:

D^a.

D. .

D. .

D^a.

 ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID.	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
10 FEB 2009	11 FEB 2009
Artículo 151.2 L.E.C. 1/2000	

En la Villa de Madrid, a veintiocho de enero de dos mil nueve.

VISTO por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el recurso contencioso-administrativo núm. 548/2006, promovido por el Procurador D. _____, en nombre y en representación de D. _____, contra la desestimación presunta de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios efectuada a la _____; ha sido parte en autos la _____ como Administración demandada, y como parte codemandada comparece la entidad _____ representada por el Procurador D. _____.

R.C.A. N° 548/06

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el recurso y seguidos los trámites prevenidos por la ley, se emplazó al demandante para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito, en el que suplica se dicte sentencia por la que, estimando el recurso, se revoquen los acuerdos recurridos.

SEGUNDO. Las defensas de las partes demandadas contestan a la demanda mediante escritos en los que suplican se dicte sentencia por la que se confirme la resolución recurrida.

TERCERO. Habiéndose recibido el proceso a prueba se emplazó con posterioridad a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones y verificados quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO. Para votación y fallo del presente proceso se señaló la audiencia el día 15 de enero de 2009.

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

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada Iltna. Sra. Dña.

R.C.A. N° 548/06

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. El presente recurso contencioso administrativo tiene como objeto determinar si la resolución recurrida es o no conforme con el ordenamiento jurídico, interponiéndose el recurso ante este orden jurisdiccional contra la desestimación presunta de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios efectuada en fecha 18 de enero de 2006 por D. _____ en relación con la asistencia medica prestada por los servicios sanitarios de Atención Primaria del Centro de Salud "Las Cortes" de Madrid.

SEGUNDO.- Con el fin de centrar adecuadamente la litis planteada deben destacarse los siguientes hechos:

- a) En fecha 8 de octubre de 2003, D. _____ de 40 años de edad, es valorado en la consulta de Atención Primaria del Centro de Salud (Las Cortes) por un cuadro catarral consistente en tos con expectoración mucosa y sin fiebre. Y se le diagnostica catarro con orofaringe levemente irritada y auscultación pulmonar normal sin murmullo vesicular. El día 25 de octubre de 2003 acude de nuevo a la consulta de Atención Primaria con síntomas parecidos y se le pauta tratamiento antibiótico (Klacid).
- b) En el mes de abril de 2004 el paciente vuelve a la consulta médica con síntomas de tos con expectoración y se le remite al especialista para estudio de posible alergia. Y se le diagnostica alergia a ácaros y es tratado con inmunoterapia específica y tratamiento sintomático.
- c) Ante la persistencia del cuadro, a pesar del tratamiento antialérgico, y con síntomas de irritación orofaríngea y tos, se le remite el día 7 de septiembre de 2004 al especialista de Otorrinolaringología y de nuevo se le pauta un antihistamínico y, por precaución, un antibiótico.
- d) El 23 de septiembre de 2004, la evolución clínica induce a la realización de un Mantoux y un estudio radiológico de tórax que determina la presencia de tuberculosis por lo que se le deriva al Servicio de urgencias de la Fundación Jiménez Díaz. E ingresa en Neumología iniciándose el tratamiento con Rifater.

R.C.A. N° 548/06

- e) El 28 de marzo de 2005 ingresa en el Servicio de Cirugía Torácica de la Fundación Jiménez Díaz realizándose decortización pleuropulmonar completa al encontrar intensa paquipleuritis en la superficie del pulmón izquierdo, drenándose unos 600 cc de líquido pleural de aspecto seroso.
- f) El 25 de julio de 2005 es revisado en la consulta de Neumología reconociéndose que se encuentra asintomático.
- g) Con fecha 18 de enero de 2006, D. _____ presenta escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial que se desestima presuntamente y que constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo.

TERCERO.- En la demanda presentada la parte recurrente Don _____ solicita que le indemnicen los daños y perjuicios causados por la deficiente asistencia sanitaria prestada y que cuantifica en 90.000 euros por los siguientes daños: intervención quirúrgica de decortización pleuropulmonar izquierda; daño estético; tratamiento medicamentoso prolongado; días con ingreso hospitalario y días de baja improductivos.

Afirma que ha existido un error de diagnóstico que le ha supuesto un retraso en el tratamiento y una mayor evolución de la enfermedad de tuberculosis que padecía. Expresa que, a pesar, de que acudió al Centro de Salud "Las Cortes" durante casi un año con síntomas parecidos tales como tos, con expectoración y sin fiebre - diagnosticándole catarro y posteriormente alergia nasal-, no se le realizó ninguna prueba diagnóstica diferencial hasta el día 23 de septiembre de 2004 -casi un año después de la fecha en que acude por primera vez a consulta médica- en que se le realiza ya una radiografía de tórax que evidencia que sufre un proceso de tuberculosis. La parte actora justifica su pretensión de responsabilidad patrimonial alegando que, dado que sus síntomas respiratorios eran repetitivos en el tiempo, los facultativos que le atendieron debieron investigar cual era la causa de la tos y de la expectoración mucosa con que acudía a consulta médica y, entre las diversas opciones médicas que cabían al respecto, se debió ordenar la realización de una simple radiografía de tórax en una fecha anterior a la que finalmente se le practica. Y que, si se hubiera realizado con anterioridad la referida radiografía de tórax se hubiera obtenido un diagnóstico anterior de la enfermedad que padecía y con ello un tratamiento también anterior que, quizás, hubiera evitado la intervención quirúrgica que finalmente soportó y quizás no hubiera sido tan agresivo e intenso el tratamiento médico y farmacológico que finalmente soportó.

R.C.A. N° 548/06

Por ello entiende que ha existido un error en el diagnostico inicial de su proceso respiratorio y que ha supuesto un retraso en el tratamiento de tal modo que, es razonable pensar que, sin una evolución de la enfermedad de un año de duración, no hubiese sido necesario realizar una intervención quirúrgica de decortización pleuropulmonar izquierda ni quizás un tratamiento farmacológico tan intenso y agresivo como el que tuvo que soportar una vez diagnosticada la tuberculosis con un año de retraso.

Por el contrario, tanto la defensa de la [redacted] como de la entidad aseguradora consideran que no hay nexo causal entre la actuación de la Administración y las secuelas que presenta el paciente y que fue atendido correctamente en las diversas consultas medicas a las que acudió hasta que finalmente se le diagnostica tuberculosis. Insisten en que el paciente no presentaba sintomatología que hiciera pensar que pudiera sufrir un proceso tuberculoso que hubiera podido justificar la necesidad de practicar la radiografía de tórax. Y refieren que la tuberculosis es una patología cuyo diagnostico se obtiene en una fase avanzada, ya que en un primer momento la sintomatología es inespecífica. Asimismo expresan que el daño alegado esta estrechamente relacionado con la patología tuberculosa y no con la atención medica dispensada.

CUARTO.- La cuestión objeto de debate consiste en determinar si en la actuación administrativa concurren los requisitos necesarios para que sea posible la indemnización de los daños y perjuicios causados como consecuencia del funcionamiento del servicio publico sanitario.

La responsabilidad patrimonial de la Administración viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: "Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, (LRJ-PAC) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, disposiciones que son plenamente aplicables al presente caso, dada la fecha de presentación de la reclamación.

R.C.A. N° 548/06

Pues bien, el artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1.- 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.

2.- 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 del Tribunal Supremo, haciendo referencia al régimen jurídico (sustancialmente igual al vigente) que sobre responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado establecían los artículos 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957 (LRJAE) y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración, constituyendo así un cuerpo de doctrina legal que figura sistematizada y resumida en las sentencias del Tribunal Supremo de fechas 10 de junio de 1986 y 10 de febrero de 1998.

Un examen sucinto de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, permite concretarlos del siguiente modo:

a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente.

b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo.

c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas.

d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensado de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

R.C.A. Nº 548/06

Por último, además de estos requisitos, es de tener en cuenta que la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha declarado reiteradamente (así en sentencias de 14 de mayo, 4 de junio, 2 de julio, 27 de septiembre, 7 de noviembre y 19 de noviembre de 1994, 11 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1619/92, fundamento jurídico cuarto y 25 de febrero de 1995, al resolver el recurso de casación 1538/1992, fundamento jurídico cuarto, así como en posteriores sentencias de 28 de febrero y 1 de abril de 1995) que la responsabilidad patrimonial de la Administración, contemplada por los artículos 106.2 de la Constitución, 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 y 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de aquella, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar para exigir aquella responsabilidad que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos.

Debe, pues, concluirse que para que el daño concreto producido por el funcionamiento del servicio a uno o varios particulares sea antijurídico basta con que el riesgo inherente a su utilización haya rebasado los límites impuestos por los estándares de seguridad exigibles conforme a la conciencia social. No existirá entonces deber alguno del perjudicado de soportar el menoscabo y, consiguientemente, la obligación de resarcir el daño o perjuicio causado por la actividad administrativa será a ella imputable.

Los anteriores principios permiten constatar el examen de la relación de causalidad inherente a todo caso de responsabilidad extracontractual, debiendo subrayarse:

a) Que entre las diversas concepciones con arreglo a las cuales la causalidad puede concebirse, se imponen aquellas que explican el daño por la concurrencia objetiva de factores cuya inexistencia, en hipótesis, hubiera evitado aquél.

b) No son admisibles, en consecuencia, otras perspectivas tendentes a asociar el nexo de causalidad con el factor eficiente, preponderante, socialmente adecuado o exclusivo para producir el resultado dañoso, puesto que -válidas como son en otros

R.C.A. Nº 548/06

terrenos- irían en éste en contra del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

c) La consideración de hechos que puedan determinar la ruptura del nexo de causalidad, a su vez, debe reservarse para aquéllos que comportan fuerza mayor -única circunstancia admitida por la ley con efecto excluyente-, a los cuales importa añadir la intencionalidad de la víctima en la producción o el padecimiento del daño, o la gravísima negligencia de ésta, siempre que estas circunstancias hayan sido determinantes de la existencia de la lesión y de la consiguiente obligación de soportarla.

d) Finalmente, el carácter objetivo de la responsabilidad impone que la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficiente para considerar roto el nexo de causalidad corresponda a la Administración, pues no sería objetiva aquélla responsabilidad que exigiese demostrar que la Administración que causó el daño procedió con negligencia, ni aquella cuyo reconocimiento estuviera condicionado a probar que quien padeció el perjuicio actuó con prudencia.

Es también necesario que la reclamación se presente dentro del año siguiente al hecho que motive la indemnización, conforme a lo que establecía el artículo 40.3, inciso final, de la LRJAE y dispone el artículo 142.5 de la actual LRJ-PAC.

La jurisprudencia a que se ha hecho referencia exige, para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial de la Administración, una relación directa, inmediata y exclusiva de causa o efecto entre la lesión patrimonial y el funcionamiento del servicio.

QUINTO.- A lo expuesto cabe añadir, 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 cual 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

R.C.A. N° 548/06

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 objetivización de la responsabilidad que podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva, sin necesidad de demostración de la infracción del criterio de normalidad.

SEXTO.- Pasamos a examinar si en el supuesto de autos ha existido una actuación médica deficiente o inadecuada en la asistencia prestada a D. como así mantiene la parte actora.

La cuestión esta en determinar si existe un nexo causal suficiente del que pueda derivarse la responsabilidad patrimonial pretendida, requisito este sobre cuya concurrencia existe discrepancia entre las partes.

La parte actora funda su petición de responsabilidad patrimonial en el hecho de que como no se le realizaron pruebas diagnosticas, en especial una radiografía de tórax, no se le diagnostico inicialmente de forma correcta la enfermedad que padecía- tuberculosis- lo cual ha supuesto una mayor evolución de la enfermedad con la consecuencia de que ha tenido que soportar posteriormente un tratamiento farmacológico mas agresivo e incluso la necesidad de que se le practicara una intervención quirúrgica.

Por su parte, la Administración y la entidad codemandada afirman que no existe nexo causal entre la actuación médica prestada y el fatal desenlace. Expresan que no puede mantenerse mala praxis por parte de los facultativos que le atendieron pues no tenia ninguna sintomatología que hiciera sospechar que pudiera sufrir tuberculosis y con ello la necesidad de realizar una radiografía de tórax.

Planteada la cuestión como se ha expuesto se trata de determinar si efectivamente hubo un error y un retraso en el diagnostico de la patología que sufría el actor, D.

R.C.A. N° 548/06

Para que este Tribunal pueda concluir que ha existido mala praxis medica debe tener en cuenta las pruebas periciales medicas obrantes en autos pues se esta ante una cuestión eminentemente técnica, por lo que esta Sala al carecer de conocimientos técnicos-médicos necesarios debe apoyarse en pruebas periciales. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana critica (artículo 632 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil) con el fin de zanjar el conflicto planteado.

En el presente caso nos encontramos como fundamento de las pretensiones de las partes sendos informes periciales aportados por ellas en periodo de prueba. Y dado el carácter técnico de la cuestión sometida a consideración de este Tribunal se trata de determinar cual de los dos informes, cuyas conclusiones son contrarias, contiene las razones que llevan a esta Sección a una mayor convicción sobre el acaecer de los hechos y las consecuencias técnicas de los mismos a fin de poder determinar si la asistencia prestada a D. puede calificarse como actuación medica contraria a la lex artis.

El informe pericial en que se basan las afirmaciones de la actora se ha emitido por el doctor D. . Y la entidad codemandada apoya sus pretensiones en el informe pericial que aporta con su escrito de contestación a la demanda y que se ha emitido por los doctores D.

Visto el planteamiento del presente recurso corresponde examinar si efectivamente se han omitido por la sanidad publica pruebas diagnosticas que han retrasado el diagnostico de la enfermedad que se padecía y por tanto el tratamiento a la misma. Los peritos propuestos por ambas partes admiten que los síntomas de tos con expectoración mucosa son síntomas inespecíficos y que la tuberculosis se suele diagnosticar casi siempre con retraso dado que sus síntomas iniciales son muy inespecíficos. No obstante, el perito de la parte recurrente mantiene que no puede hablarse ya de síntomas inespecíficos de una enfermedad cuando se acude durante casi un año a la consulta médica con síntomas idénticos que no mejoran sino que, incluso, empeoran. En estos casos afirma el actor, apoyándose en el informe pericial emitido a su solicitud, que los facultativos que le atendieron debieron ser mas diligentes e investigar la causa de la tos crónica que padecía- durante al menos nueve meses como así se recoge en el informe de alta emitido por la Fundación Jiménez Díaz- y realizar pruebas diagnosticas diferenciales y, entre ellas, una simple radiografia de tórax. El perito propuesto por el recurrente D. afirma en su informe que: "Un proceso de tos crónica de meses de evolución, al menos 9 meses,

R.C.A. N° 548/06

precisa de forma indudable de una RX de Tórax PA y Lateral, según cualquier tipo de Protocolo o Recomendación diagnóstico terapéutico para descartar procesos. Prueba diagnóstica elemental y fundamental que cualquier facultativo no debe de omitir". Y concluye que ello supone un "evidente retraso diagnóstico y terapéutico y contrario a la *lex artis ad hoc*". E insiste en esta línea cuando expresa que "el facultativo responsable de su centro de salud debería de haber prestado una atención más decidida y profesional al caso, no retrasando innecesariamente la realización de una prueba tan básica como común como es una simple RX de Tórax".

Sin embargo, en el informe pericial emitido a solicitud de la entidad codemandada se señala que "el diagnóstico se basa en la sospecha clínica, por lo que dado lo inespecífico habitualmente de la sintomatología inicial suele ser habitual el retraso en el mismo". Afirmación esta que también se admite por el perito de la parte actora cuando afirma en su informe que "si bien es cierto que la tos crónica con expectoración blanquecina, y la sensación disérmica con pérdida de peso son manifestaciones inespecíficas pero muy sugerentes de TBC pulmonar" sin embargo continua su exposición afirmando que dichos síntomas inespecíficos "no resta para que dichos síntomas no tengan sus protocolos diagnósticos a seguir según la situación y características del paciente".

Y en estos casos es exigible la realización de una radiografía de tórax una vez que se ha visto que la tos persiste en el tiempo. Prueba diagnóstica esta que aunque no es definitiva para el diagnóstico si es necesaria cuando se sospecha que pueda tenerse tuberculosis. Hecho este que incluso admite el perito de la entidad aseguradora cuando en su informe mantiene que "se suele sospechar por la presencia de una lesión radiológica (cavitada o localizada en lóbulos superiores) en un paciente al que se le practica una radiografía para el estudio de la sintomatología respiratoria".

La razón que aduce la codemandada para justificar porque en este caso no se le realiza una radiografía de tórax es porque no consta en el historial médico del actor que efectivamente acudiera a las consultas médicas alegando los síntomas de tos persistente, sin fiebre y con expectoración mucosa. Y de ello concluye que por eso no puede hablarse de infracción de la *lex artis* dado que no existían indicios que permitieran sospechar que se estuviera ante un proceso patológico que aconsejara agotar otras pruebas diagnósticas.

Sobre esta cuestión existe una gran contradicción entre las partes. Así, por un lado tenemos que la parte recurrente insiste en que acudió desde el mes de octubre de 2003 hasta el mes de septiembre de 2004 en numerosas ocasiones a la consulta médica de atención primaria de su centro de salud relatando los síntomas antes referidos. Y por

R.C.A. N° 548/06

otra parte nos encontramos con que tanto la _____ como la entidad aseguradora niegan dicha afirmación, hasta el punto de que en el informe pericial emitido a solicitud de la entidad codemandada se afirma que "no consta que el paciente relatará un cuadro clínico compatible con tos crónica hasta su asistencia en el Servicio de Urgencias de la Fundación Jiménez Díaz".

Esta Sala comparte el criterio de la entidad aseguradora y no tiene ninguna duda sobre el hecho de que la actuación médica que debe exigirse debe estar en relación con los síntomas que se relatan por el afectado a los distintos médicos que le atienden y que ello debe quedar reflejado en su historia clínica a fin de que pueda seguirse su evolución y obtener con ello conclusiones mas certeras sobre la patología que posiblemente pueda sufrirse. Pero en el caso examinado resulta que no se dispone de la historia médica completa del Sr. _____ y por tanto se desconoce cuantas veces acudió a la consulta médica y cuales eran los síntomas que refería. Y, al estar incompleta la historia medica del actor, es imposible que pueda aceptarse la tesis del perito de la entidad codemandada cuando afirma que no consta que el paciente relatará un cuadro clínico compatible con tos crónica. Y como la obligación de aportar la historia clínica es carga de quien la tiene en su poder- en este caso la

su ausencia no puede perjudicar la pretensión del actor quien con ese actuar administrativo se ve imposibilitado para demostrar la veracidad de sus afirmaciones consistentes en que acudió en numerosas ocasiones a la sanidad publica relatando siempre síntomas idénticos que no mejoraban, tales, como tos persistente, entre otros. Y a esta circunstancia se refiere incluso el informe pericial emitido a solicitud de la aseguradora cuando expone que: "No consta que el paciente relatará un cuadro clínico compatible con tos crónica hasta su asistencia en el Servicio de Urgencias de la Fundación Jiménez Díaz. No obstante, para confirmar este extremo se debería disponer de la historia clínica completa de las consultas de alergia y/o ORL, así como de la totalidad de la historia de atención primaria y un informe del medico de cabecera del paciente".

De lo expuesto esta Sala admite la tesis propuesta por el actor y concluye que ha existido un retraso en el diagnostico de la tuberculosis que padecía y ello porque no se realizaron todas las pruebas diagnosticas que exigían los síntomas que relataba cuando acudía a las diversas consultas medicas, afirmación esta que no puede contratarse su veracidad dado el incumplimiento de la obligación de la Administración de guarda y custodia y, por tanto, de remisión al Tribunal de la historia medica completa del paciente. Y esa omisión en la práctica de nuevas pruebas medicas debe calificarse como de mala praxis medica que determina la concurrencia de los requisitos necesarios para que pueda apreciarse responsabilidad patrimonial en el actuar de la Administración sanitaria y que debe ser indemnizada.

R.C.A. N° 548/06

Incluso en el informe pericial emitido a solicitud de la aseguradora se admite que la prueba diagnostica que debió realizarse era una RX de Tórax, y así en este sentido se manifiesta al exponer que: "No obstante, en el caso de que aceptáramos la tesis sostenida por el perito de la parte en el sentido de que el paciente requería un estudio radiológico desde enero de 2004 al presentar un cuadro de tos crónica, no podemos establecer con seguridad cual hubiera sido el resultado de esa placa y por lo tanto si de la misma se hubiera podido derivar un adelanto en la patología finalmente diagnosticada al enfermo". No obstante, esta ultima consideración que realiza el perito de la codemandada no puede conducirnos a concluir que es indiferente la realización de la RX de Tórax dado que, según mantiene la aseguradora, ello no tuvo, en ningún caso, influencia en la evolución de su enfermedad dado que las secuelas que soporto – intervención quirúrgica y un tratamiento farmacológico intenso y agresivo- se hubieran producido igualmente aunque se hubiera diagnosticado con anterioridad al constituir la evolución normal del proceso patológico que sufría. Y sobre esta cuestión tampoco existe acuerdo entre las partes. Así, la parte actora expresa que el retraso en el diagnostico ha supuesto una mayor evolución de la enfermedad que se ha traducido en un tratamiento farmacológico mas agresivo e intenso y además se ha visto necesitado de una intervención quirúrgica que detectada a tiempo se hubiera evitado. Por el contrario, tanto la _____ como la entidad codemanda expresan que la gravedad de la patología que se padecía hubiera tenido consecuencias idénticas en el tratamiento con independencia del momento en que se detecta. Respecto de esta cuestión el perito de la codemandada expresa en su informe que: "...incluso en el caso de que se consiguiera acreditar que se produjo un retraso en el abordaje de la patología del paciente, no se puede determinar con certeza el grado de influencia de dicho retraso en la evolución posterior del paciente...".

Frente a ello el perito propuesto por la parte recurrente relata en su informe que: "...lo que ha conllevado que el diagnostico de TBC haya llegado tarde, y que lógicamente la evolución de su enfermedad se complicase con una paquipleuritis, que preciso posteriormente de una intervención quirúrgica, decortización pleuropulmonar izquierda, para recuperar y mejorar su estado respiratorio...". Y sigue manteniendo que: "Es decir, de haberse llevado a tiempo los estudios y las técnicas diagnosticas adecuadas al caso, y este extremo nunca lo sabremos, pudiéramos haber acortado la vida del proceso infeccioso y no se tendría que haber sometido a una intervención quirúrgica como la que ha tenido que soportar. Este es su coste de oportunidad....". Y en la fase de ratificación se le pregunta: "Cuando se refiere a los daños que se han producido consecuencia de este retraso en el diagnostico y tratamiento alude a "intervención quirúrgica de decortización pleuropulmonar izquierda" ¿esto implica un estilo de vida distinto y peor para el paciente?. Y el perito contesta que: "Esto supone

R.C.A. N° 548/06

que el informado padece una insuficiencia Ventilatoria Restrictiva como consecuencia de no haber diagnosticado y tratado su Enfermedad Tuberculosis antes, siendo esto posible y curable. Es decir ha padecido durante mas días de lo que debiera, ha precisado una actuación quirúrgica que con probabilidad rayana en la certeza, de haberse diagnosticado y tratado antes, no hubiera sido potencialmente precisa, y además el resultado (secuelas) hubiera sido inexistente o mucho menor. Se le robo la oportunidad de haber sido diagnosticado y tratado con anterioridad y por ende no haber sufrido todo esos días de mal estar, ni la intervención quirúrgica junto con sus días de ingreso hospitalario, ni evidentemente el cuadro de Insuficiencia Ventilatoria Restrictiva que padece (Sensación disneica y dificultad para ventilar”.

De todo lo expuesto se concluye que no se ha proporcionado al recurrente la mejor opción como tratamiento que se concreta en la falta de pruebas diagnosticas lo que ha determinado un retraso en el diagnostico de la patología que padecía, retraso que ha supuesto que cuando ya se le detecta la enfermedad esta se encuentra en una fase de mayor evolución. Es cierto que no se puede predecir cual hubiera sido el desenlace final de haberse diagnosticado de forma precoz la tuberculosis que se padecía pues no cabe duda de la gravedad de la misma. No obstante, la cuantía de la indemnización no puede verse reducida, como así pretenden las partes demandadas, por el hecho de que las posibilidades de curación y de recuperación hubieran sido las mismas de haberse realizado un diagnostico con anterioridad. Esta Sala no comparte dicha tesis pues aunque es cierto que es imposible predecir cuál hubiera sido el resultado final y si las consecuencias hubieran sido las mismas lo que, sin duda, es seguro, es que el paciente hubiera tenido más oportunidades. Y el criterio de pérdida de oportunidades de recuperación se tiene también en cuenta por el Tribunal Supremo en numerosas sentencias para fijar la cuantía de la indemnización.

Es decir, se desconoce que hubiera podido pasar si al Sr. Peralta se le hubiera dado un tratamiento precoz a la tuberculosis que padecía, pero ha sido el retraso en el diagnostico lo que ha producido una perdida de oportunidad de tratamiento del enfermo. Perdida de oportunidad que aunque sea remota no puede quedar indemne. Y a ello se refiere el doctor D. cuando en su informe afirma que: "El paciente en los últimos meses y previos al diagnostico de TBC primaria venia sufriendo un cuadro de tos crónica con expectoración blanquecina que se acompañaba de sensación distermica y diaforesis nocturna y perdida de peso de hasta 12 kg, que deberían haber llevado a una actitud diagnostica mas certera y adecuada al caso, como por ejemplo una básica Rx de Tórax PA y Lateral, así como un Mantoux para descartar la TBC entre otros posibles diagnósticos que justificaran la clínica que se venia padeciendo; lo que ha conllevado que el diagnostico de TBC haya llegado tarde, y que lógicamente la evolución de su enfermedad se complicase con paquipleuritis,

R.C.A. Nº 548/06

que preciso posteriormente de una intervención quirúrgica, decortización pleuropulmonar izquierda, para recuperar y mejorar su estado respiratorio previo en la medida de lo posible. El mal estar general, y la pérdida de peso que presento a lo largo de su evolución el informado, se tendría que haber llegado a un estudio mas detallado y pormenorizado del caso, es decir realizar un estudio diagnostico diferencial en que se descartasen otras patologías mas graves y/o concomitantes, desde el inicio del cuadro respiratorio insidioso pero de evolución constante y franca, sin mejorías, mas cuando el paciente nunca cedió en la sintomatología que de forma aguda o subaguda o crónica venia presentando, sino mas bien todo lo contrario, que iba progresivamente empeorando.”

En consecuencia, como se ha acreditado la concurrencia de los requisitos necesarios para que pueda hablarse de responsabilidad patrimonial, esta Sala estima el presente recurso contencioso administrativo, y se reconoce a la parte actora como indemnización de daños y perjuicios la cantidad de 30.000 euros. Cantidad que se entiende actualizada a la fecha de la presente sentencia.

SEPTIMO.- No procede hacer declaración especial sobre costas, al no apreciarse temeridad ni mala fe en las partes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LJCA.

FALLAMOS

Que debemos estimar el recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D. Ignacio Melchor de Oruña, en nombre y en representación de D.

, contra la desestimación presunta de la solicitud de indemnización de daños y perjuicios efectuada a la Consejería de Sanidad de la y, en consecuencia, se reconoce a la parte actora en concepto de indemnización la cuantía de 30.000 euros, cantidad que se entiende actualizada a la fecha de la presente sentencia.

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.

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

R.C.A. N° 548/06

PUBLICACIÓN: Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Doña , hallándose celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha; certifico.