



Tribunal Superior de Justicia de Madrid - Sección nº 10 de lo Contencioso-Administrativo - Procedimiento Ordinario - 1010/2010



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Interpuesto el presente recurso y previos los oportunos trámites, se confirió traslado a la parte actora por término de veinte días para formalizar la demanda, lo que verificó por escrito presentado al efecto en el que tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes, solicita sentencia estimatoria del recurso por la que se declare la nulidad de la resolución presunta recurrida y se reconozca el derecho de los recurrentes a ser indemnizados por el fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, en las siguientes cantidades: para Doña A. [REDACTED] [REDACTED] euros; para D. [REDACTED] euros y para E. [REDACTED] euros.

SEGUNDO. La Administración demandada y la Fundación Jiménez Díaz, una vez conferido el trámite pertinente para contestar la demanda, presentaron escritos en los que alegaron los hechos y fundamentos de derecho que estimaron pertinentes, solicitando una sentencia desestimatoria del recurso.

TERCERO. Acordado el recibimiento del recurso a prueba con el resultado obrante en las actuaciones, se confirió traslado a las partes para la presentación de conclusiones escritas, verificado lo cual, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento para deliberación, votación y fallo, fijándose al efecto el día 30 de mayo del presente año, fecha en que tuvo lugar.

Es PONENTE la Magistrada ILMA. SRA. D^a M^a

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO. Constituye el objeto del presente recurso contencioso administrativo la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por [REDACTED] ANA [REDACTED], DON [REDACTED] y D. [REDACTED] con fecha 14 de mayo de 2010, como consecuencia de del fallecimiento de su esposo y padre, Don [REDACTED].

Solicitan los recurrentes que se les indemnicen los daños y perjuicios causados y que cuantifican del siguiente modo: [REDACTED]
[REDACTED]





Como fundamento de su pretensión exponen que:

1. Entre octubre de 1999 y marzo de 2003, es seguido Don [REDACTED] en la FJD, mediante la realización de citologías, que resultan negativas.
2. En fecha 19-1-2004, se realiza RT (cirugía) de neo vesical, donde tras el estudio histopatológico, se diagnostica de neoformación urotelial papilar de grado citológico I-II de ASH, estadio infiltrativo A de Marshall. Según los dos médicos que han emitido el informe pericial, basándose en los protocolos científicos de referencia que están aportados como anexo del informe, desde este mismo momento debió haberse iniciado tratamiento quimioterápico endovesical.
3. En fecha 8-6-2006, en una revisión neo vesical y a través de uretro-cistoscopia se observa una neoformación hebácea y papilar en CLD. Sorprendentemente, no encontrándose explicación desde el punto de vista científico por los peritos, se decide no intervenir quirúrgicamente mediante una RTU para extirpar ese "nódulo".
4. No es hasta fecha 14-3-2007 cuando se realiza la RTU de neo vesical. A través de estudio histopatológico se diagnostica de carcinoma urotelial papilar grado citológico 2, estadio infiltrativo A. Se continúa sin aplicar tratamiento quimioterápico o de instilaciones vesicales.
5. En fecha 23-11-2007, se detectan neoformaciones sésiles en cara posterior y con zona de lesión plana circundante. De nuevo, y pese al claro diagnóstico de neoformación, se sigue sin instaurar quimioterapia o instilaciones vesicales.
6. En fecha 21-4-2008 se plantean la posibilidad de cirugía, pero el servicio de anestesia lo descarta por estar en tratamiento con antiagregantes. Considera que lo que se tendría que haber hecho es suspender el tratamiento con antiagregante, ya que la relación riesgo-beneficio entre los riesgos de no intervenir, y de suspender el tratamiento de antiagregante, se inclinaba claramente a favor de intervenir, y que la decisión última la debió tener el paciente, conociendo los riesgos de no intervenir y de suspender el tratamiento.
7. Que el retraso, tanto por no aplicar quimioterapia como por no intervenir antes en distintos momentos que se presentaba como necesario e indicado, condicionó en empeoramiento clarísimo en el pronóstico vital del paciente, y que en fecha 18-2-2009, tras RTU, se diagnostica de carcinoma urotelial infiltrante sólido de alto grado citológico con extensa





infiltración de pared muscular e invasión linfovascular (G3, estadio pT2), y que acaba falleciendo en fecha 13-9-2009.

Por todo lo expuesto, denuncia que el proceso asistencial seguido a la persona de D. [REDACTED] fue incorrecto, básicamente por los dos siguientes motivos:

- No se aplica tratamiento quimioterápico
- Se retrasa en varias ocasiones la realización de RTU.

Añade que al paciente y a su familia ni siquiera les llegaron a explicar claramente que tenía una cáncer, por lo que se vulneró su derecho a la información del proceso asistencial, constituyendo per se un daño moral indemnizable.

En el escrito de conclusiones denuncian el incumplimiento del protocolo en lo que se refiere al seguimiento tras el primer diagnóstico en 1998; el incumplimiento del protocolo en lo que se refiere a la aplicación de instilaciones intravesicales o BCG, y el retraso en la realización de las intervenciones RTU (resecciones transuretales), desde el momento en que hay signos de sospecha. En apoyo de sus alegaciones se remiten al informe emitido por los Doctores Santiesteban y Santos.

SEGUNDO.- La Comunidad de Madrid se opone a la demanda, suscribiendo las conclusiones del informe del Jefe de Servicio de Urología de la Fundación Jiménez Díaz.

La Fundación Jiménez Díaz afirma que su actuación fue en todo momento adecuada a la lex artis ad hoc y que tal y como expresa el Jefe de de Servicio de Urología de aquella, en el caso examinado, la práctica de cualquier programa de instilación oncológica vesical que se hubiere instaurado no hubiera evitado la progresión de la enfermedad y hubiera añadido muchos problemas a su calidad miccional y en general a su estado de salud, y que sin estos programas, el paciente ha convivido con su enfermedad 10 años con buen estado general y con una enfermedad de muy lenta evolución y moderada agresividad. Por cuanto se refiere a la falta de información denunciada, alega que, de un estudio somero del expediente se acredita la existencia de los preceptivos consentimientos informados para cada una de las pruebas que se realizaron al paciente y en cuanto al as razones de por qué no se usó la palabra "cáncer", recuerda que en los primeros años solo había un diagnóstico de presunción y que posteriormente las circunstancias concretas del enfermo, quizás, en palabras del Jefe del Servicio, impidieron el empleo del vocablo con rotundidad.





Por todo ello afirma que no concurren los requisitos exigidos legalmente para que pueda apreciarse la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria.

Con carácter subsidiario discrepa de la cuantía de la indemnización reclamada.

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

Con carácter general es necesario tener en cuenta (por todas, STS de 15 de enero de 2008) que " la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución , sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia 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 los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos: en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común art.139.2, y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado en reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque, como hemos declarado igualmente en reiteradísimas





ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido".

Ello no obstante, la STS de 17 de abril de 2007 señala que " Sobre la existencia de nexo causal con el funcionamiento del servicio, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, así señala la sentencia de 14 de octubre de 2003 que: "Como tiene declarado esta Sala y Sección, en sentencias de 30 de septiembre del corriente, de 13 de septiembre de 2002 y en los reiterados pronunciamientos de este Tribunal Supremo, que la anterior cita como la Sentencia, de 5 de junio de 1998, la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquella de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas, convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro Ordenamiento Jurídico. Y, en la sentencia de 13 de noviembre de 1997, también afirmamos que "Aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la Jurisprudencia de esta Sala, como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que, como antes señalamos, es necesario que esos daños sean consecuencia directa e inmediata del funcionamiento normal o anormal de aquélla ". En el mismo sentido las sentencias de 19 de septiembre de 2002, 20 de junio de 2003, 7 de febrero y 6 de marzo de 1998, refiriendo estas últimas que no resulta tal responsabilidad de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, por el hecho de que la Administración ejerza competencias en la ordenación de un determinado sector o sea necesaria su autorización. Y en relación con supuestos de inactividad de la Administración, no resulta exigible a la Administración una conducta exorbitante, siendo una razonable utilización de los medios disponibles en garantía de los riesgos relacionados con el servicio, como se desprende de la sentencia de 20 de junio de 2003, lo que en términos de prevención y desarrollo del servicio y sus infraestructuras se traduce en una prestación razonable y adecuada a las circunstancias como el tiempo, lugar, desarrollo de la actividad, estado de la técnica, capacidad de acceso, distribución de recursos, en definitiva lo que se viene considerando un funcionamiento estándar del servicio.





Más específicamente, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando (SSTS Sala 3ª, de 25 de abril, 3 y 13 de julio, 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008, ó 29 de junio de 2010) " que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas 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.

Es igualmente constante jurisprudencia (Ss. 3-10-2000, 21-12-2001, 10-5-2005 y 16-5-2005, entre otras muchas) que la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible.

La adopción de los medios al alcance del servicio, en cuanto supone la acomodación de la prestación sanitaria al estado del saber en cada momento y su aplicación al caso concreto atendiendo a las circunstancias del mismo, trasladan el deber de soportar el riesgo al afectado y determinan que el resultado dañoso que pueda producirse no sea antijurídico.

Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que "en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado





aquilatado en este precepto ". Son los denominados riesgos del progreso como causa de justificación del daño, el cual ya la jurisprudencia anterior venía considerando como no antijurídico cuando se había hecho un correcto empleo de la *lex artis*, entendiendo por tal el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado de las investigaciones, que comprende todos los datos presentes en el circuito informativo de la comunidad científica o técnica en su conjunto, teniendo en cuenta las posibilidades concretas de circulación de la información.

La STS de 25 de febrero de 2009 reproduce la doctrina señalando que "Frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencias de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la *lex artis*, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.

Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la existencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*, ha de considerarse asimismo que la disposición de medios, que, por su propia naturaleza, resulta limitada, no es exigible con un carácter ilimitado a la Administración que, lógicamente y por la propia naturaleza de las cosas, tiene un presupuesto determinado y, en definitiva, solamente podrá exigirse responsabilidad cuando se hubiere acreditado, bien que ha incumplido la ley, no manteniendo en el centro sanitario un servicio exigido por ésta, o bien cuando se acredite por parte de la actora que existe una arbitraria disposición de los elementos con que cuenta el servicio sanitario en la prestación del servicio. Porque aceptar otra cosa supondría que cada centro hospitalario habría de estar dotado de todos los servicios asistenciales que pudieran exigirse al mejor abastecido de los mismos en toda la red hospitalaria, lo que resulta contrario a la razón y, en definitiva, a la limitación de medios disponibles propia de cualquier actividad humana; otra cosa sería si no existiese un centro de referencia dentro de un área que permita la asistencia en un tiempo razonable". En esta misma línea la más reciente STS de 2 de junio





de 2009, tras recordar " que el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no ha impedido su moderación en distintos supuestos de la actividad administrativa y en particular en relación con la prestación sanitaria", insiste en destacar " el carácter de prestación de medios y no de resultados y con ello de la existencia de una mala praxis a la que pueda atribuirse el resultado lesivo cuya reparación se pretende."

Estamos pues 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.

En fin, la STS de 24 de mayo de 2011 recuerda que "frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/2004, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la lex artis, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.

En otros términos, que la Constitución determine que "Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derechos 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", lo que es reiterado en la Ley 30/1992, RJAPyPAC, con la indicación que "En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable





económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas", no significa que la responsabilidad de las Administraciones Públicas por objetiva esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deba tener obligación de soportar por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento.

Y si ello conduce a que solamente cabe considerar antijurídica en la existencia sanitaria la lesión en que se haya producido una auténtica infracción de *lex artis*, ha de considerarse asimismo que... ante la idoneidad y corrección de las técnicas médicas recibidas, el presente daño no es calificable de lesión antijurídica, sino como lamentable realización de un riesgo conocido e inherente a la propia dolencia previa que la demandante tiene obligación de soportar."

Por lo demás, constituye jurisprudencia consolidada que la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien formula la reclamación, o como dice la sentencia de 18 de octubre de 2005 , la carga de la prueba del nexo causal corresponde al que reclama la indemnización consecuencia de la responsabilidad de la Administración, por lo que no habiéndose producido esa prueba no existe responsabilidad administrativa; en el mismo sentido la sentencia de 7 de septiembre de 2005 , entre otras muchas. En materia de prestación sanitaria se modera tal exigencia de prueba del nexo causal en aplicación del principio de facilidad de la prueba, a la que la alude la jurisprudencia (SS. 20-9-2005 , 4-7-2007 y 2-11-2007), en el sentido que la obligación de soportar la carga de la prueba al perjudicado, no empece que esta exigencia haya de atemperarse a fin de tomar en consideración las dificultades que normalmente encontrará el paciente para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, por lo que habrá de adoptarse una cierta flexibilidad de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o diabólica.

CUARTO.- En el caso sometido a nuestra consideración, como ya hemos expuesto, la parte recurrente ejercita acción de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria dispensada a su esposo y padre en la Fundación Jiménez Díaz como consecuencia del incumplimiento del protocolo en lo que se refiere al seguimiento tras el primer diagnóstico en 1998; del incumplimiento del protocolo en lo que se refiere a la aplicación de instilaciones intravesicales o BCG, y del retraso en la realización de las intervenciones RTU(resecciones transuretales), desde el momento en que hay signos de sospecha.



Madrid



Para acreditar sus alegaciones y fundamentar su pretensión indemnizatoria se remiten al informe emitido por los Doctores _____, especialistas en Urología, ratificado a presencia judicial.

Pues bien, en citado informe se sientan las siguientes conclusiones:

“1. Desde que se produjeron los diagnósticos de tumor vesical con citologías positiva para neoplasia, desde al menos el año 2004, ya se podría haber realizado un tratamiento quirúrgico y quimioterápico más agresivo, que estaba indicado, y que hubieran cambiado el curso de la enfermedad.

2. Se produjeron retrasos diagnóstico-terapéuticos durante años (desde el año 2004 al 2007 de forma más intensa), actuaciones omisivas, que le robaron una mejor oportunidad al paciente, y con probabilidad rayana en la certeza aun podría contar con vida, o al menos no fallecer por esa causa dada la edad del paciente. No fue intervenido cuando debió serlo desde al menos el año 08/2006, Doc. 67, pues existe un tumor vesical y no se toma ninguna acción hasta marzo de 2007, cuando se hizo una RTU. Durante los siguientes años, 2008, continúa haciéndose citoscopias pero sin intervenirlo. Finalmente lo intervienen en febrero del 2009, ya demasiado tarde.

3. No se practicó una actuación quirúrgica y quimioterápica que estaba indicada conforme a los protocolos de las Sociedades Española y Europea de Urología, tan sólo se realizó una actitud de espera, actitud esta contraria a la Lex Artis Ad Hoc.

4. Existe una relación de causalidad directa, completa y única conforme a los criterios de:

5. Criterio de existencia e intensidad, que consiste en que la causa tiene que tener tal fuerza, energía, y actividad que sea capaz de justificar la existencia del efecto desde el punto de vista de la Ciencia Médica.

6. Criterio topográfico o espacial, que consiste en que el efecto debe situarse topográficamente en un lugar en que la Ciencia Médica lo justifique y lo pueda explicar.

7. Criterio temporal, que supone que el efecto debe existir dentro del periodo de tiempo que la Ciencia Médica considere normal y frecuente.





8. Criterio evolutivo, que supone que el desarrollo de los sucesos en el efecto, más o menos dilatados y más o menos complicados, debe encontrar explicación de la Ciencia Médica.

9. Las actuaciones no fueron máximo diligente ni diagnóstica ni terapéuticamente hablando, si omisivas y contrarias a la Lex Artis Ad Hoc. Se incumplieron las recomendaciones de los Protocolos Españoles y Europeos de las Sociedades de Urología para el Cáncer Vesical."

QUINTO.- La representación procesal de la Fundación Jiménez Díaz ha aportado informe emitido por el doctor Don [REDACTED], también ratificado a presencia judicial, en el que se realiza un resumen de la historia clínica, se realizan consideraciones médico periciales sobre el cáncer de vejiga y los tratamientos aplicables en cada fase y se sientan las siguientes conclusiones finales:

"Debemos concluir que el paciente fue adecuadamente diagnosticado, y que fue adecuada la indicación de la técnica quirúrgica para la realización de la resección transuretral, estadiaje del tumor vesical, y tratamiento prescrito inicialmente.

Que la evolución del cuadro clínico condujo a una situación de recidiva tumoral localizadas en divertículos vesicales con estudios de difícil interpretación, alternando con años asintomático pero que debuta nuevamente en el año 2005, se reinterviene, no obteniendo una situación clara de neoformación. Considerando la edad del paciente, la localización de los uroteliomas en un divertículo y valorando la toxicidad de la quimioterapia, efectos secundarios, se mantiene la observación y tratamiento del paciente. Que la anatomía patológica de los casos intervenidos en 1999, 2001, parece que 2003, dudas sobre el año 2004 frente al 2005 cuyo resultado fue anodino, año 2007, la anatomía patológica siempre se mantuvo en el grado II estadio infiltrativo A, donde según protocolos no es obligatorio realizar tratamiento quimioterápico, más allá de la observación y revisión, considerando grado histológico, edad, efectos secundarios y toxicidad. Que probablemente se debieron plantear otras posibilidades quirúrgicas, desechadas por la edad del paciente y los cuadros clínicos que concomitantemente se iban presentando y que se omiten en la demanda y que coartaban la libertad de indicación terapéutica.

De forma concomitante el paciente presenta un cuadro cardiológico que obliga a su tratamiento e intervención quirúrgica. Recordar que en año 2007 se diagnostican neoformaciones en un divertículo, que plantean la duda terapéutica, toda vez que cabría ser más agresivo y se decide la revisión en 4 meses. Ese mismo año 2007 ingreso el 2 de septiembre de 2007, por cuadro de dolor torácico, varón de 88 años. Con fecha 20 de septiembre de 2007, diagnosticado de angina.





En febrero de 2008 visto en el Servicio de Cardiología por dolor precordial, hematuria en relación con tirofiban que se suspende. Reestenosis severa de stent, por coronariografía, se realiza implante intraestent. Revisado durante todo el año 2008, con imposibilidad de actuación médica o quirúrgica por estar contraindicado por Cardiología.

El 1 de octubre de 2008 angina y cardiopatía isquémica. Cardiología aconseja nueva coronariografía por posible reestenosis del stent y angioplastia con balón. Revisión urológica 7 de noviembre de 2008, neoformación sólida. Revisado el 24 de noviembre de 2008 se propone RTU. Acude a urgencias de Medicina Interna, el 29 de diciembre de 2008 por cuadro de hematuria. Varón de 89 años, con patología aplazada en su tratamiento por servicio de cardiología desde hace un año (folio 1437). En tratamiento con Adiro® y Sintrom® desde hace un año, pendiente autorización cardiología para RTU.

Nuevo ingreso el 2 de enero de 2009 por hematuria y dolor torácico, nuevo informe de fecha de enero de 2009 por dolor torácico, con fecha 14 de enero de 2009, varón de 89 años, se le ha realizado nueva angioplastia, y ha vuelto a tener cuadro de angina y disnea. Cardiopatía isquémica, angina de esfuerzo estable.

Consta informe Cardiología de fecha 20 de enero de 2009 Estenosis Aortica severa calcificada, no susceptible de cirugía, hematuria Se habla con la familia (folios 1457) nuevo informe 17 de febrero de 2009, ingreso en Cardiología. Revisión urológica el 26 de marzo de 2009 uretroscopia con neoformación sólida, varón 89 años. Se menciona RTU de neoformación vesical el 18 de febrero de 2009, Carcinoma Vesical Infiltrante de alto grado infiltración de pared muscular e invasión linfovascular Grado III Estadio pT2.

En conclusión se actuó de forma correcta y adecuada al diagnóstico clínico y a las circunstancias especiales que presentaba el paciente que impedían actuar de otra forma por su patología cardíaca. Siendo opinable urológicamente otras estrategias terapéuticas, que tampoco hubiesen garantizado una evolución diferente considerando la localización de los uroteliomas."

SEXTO.- Por lo demás, obra en el expediente administrativo el informe emitido por el Médico Inspector en el que, tras revisar la historia clínica, los informes y la bibliografía sobre el caso, se recogen los siguientes datos:

"[REDACTED], con 79 años en 1998, tras una citología urinaria positiva por neoformación urotelial papilar de alto grado, se decide realizar RTU (resección transuretral) el 15/07/1998 (primera RTU) resultando ser una neoformación grado citológico I-II, estadio infiltrativo A. No consta anotado en la historia que tras la intervención se planteara aplicar otro tratamiento endovesical con quimioterapia ni inmunoterapia, ni una cirugía más agresiva. Fue





revisado en octubre 1998, en abril, junio y julio de 1999. En octubre de 1999 se propone RTU próstata y EBA de vejiga (exploración bajo anestesia). Se realiza la RTU próstata en enero de 2000. Sigue revisiones en junio de 2000 y en noviembre de 2000, siendo en esta última revisión la citología positiva para carcinoma. Constan revisiones en mayo, junio y diciembre de 2002. No consta que en este periodo de tiempo se le haya realizado tratamiento alguno.

Cinco años después, en marzo de 2003, la citología es positiva para carcinoma urotelial de bajo grado, realizándose en septiembre una cistoscopia que objetiva neoformación papilar, proponiéndose nueva RTU, que se realiza en enero de 2004 (segunda RTU), no constando la posibilidad de indicar otros tratamientos. Se revisa en mayo de 2004, solicitando citología y cistoscopia, que resulta positiva y con crecimiento de neoformación, se repite nueva citología que sigue positiva y se indica nueva RTU.

La tercera RTU se realiza en febrero de 2005, siendo las citologías positivas en las revisiones posteriores y la cistoscopia en 2006 objetiva nueva neoformación papilar, realizándose la cuarta RTU en marzo de 2007, (anatomía patológica: carcinoma urotelial papilar grado citológico 2, estadio infiltrativo A). En la revisión de septiembre, la citología es positiva, y consta anotado: "solicito UIV ya que tiene citología positiva. DESPUÉS VALORAR O NUEVA CISTOSCOPIA O BCG".

De estas intervenciones practicadas, es cierto que queda anotado que se entrega al paciente el consentimiento informado, pero no hemos encontrado ningún documento de consentimiento informado en la historia clínica que nos han facilitado.

El paciente sufre una angina inestable, por lo que es ingresado a primeros de noviembre de 2007, realizándose angioplastia coronaria (implantación de stent), además presenta una estenosis aórtica moderada. Se indica tratamiento antiagregante con Clopidogrel. Unos días después el paciente ingresa por presentar hematuria, se realizan lavados hasta tener orina clara siendo dado de alta con sonda vesical.

En cistoscopia se observan neoformaciones sésiles. En febrero de 2008 requiere un nuevo ingreso en cardiología por síndrome coronario agudo, realizándose nueva ACTP.

Estos ingresos hacen que se retrase la RTU, ya que debido a estas patologías cardíacas, el servicio de anestesia emite el juicio de no apto para nueva intervención. Hasta que en enero de 2009, se da apto con riesgo anestésico ASA III-IV, realizándose la quinta RTU en febrero de 2009, siendo ya un estadio G3, pT2.

Dos meses después se realiza TAC toracoabdominopélvico y se diagnostica metástasis pulmonar, indicándose sesiones de radioterapia y tratamiento sintomático, falleciendo el paciente a los pocos meses.





Desde esta Inspección, hemos intentado contactar con la Jefe de Servicio de Urología para que nos adjuntara el protocolo o guía clínica que siguen en su Servicio para el diagnóstico y tratamiento del Cáncer de Vejiga, y ha resultado imposible, por lo que no podemos afirmar que la actuación haya sido adecuada o no, si bien es cierto que el paciente ha sido sometido a un estrecho seguimiento de su proceso desconocemos si los tratamientos aplicados han sido suficientes o no, ya que nos queda la duda sobre si hubiera estado indicado la aplicación de una terapia adyuvante intravesical, como se contempla en la bibliografía consultada, aunque desconocemos si con estos tratamientos se hubiera evitado la progresión de la enfermedad, que como se ha visto en la bibliografía es un tumor de elevada recurrencia y que fácilmente metastatiza a pulmón como en este caso. En los últimos años de enfermedad el paciente desarrolló una cardiopatía que retrasó justificadamente las decisiones de tratamiento desde el punto de vista urológico, aplicándose tratamiento conservador, además de tener en cuenta la edad del paciente. No obstante, es cierto que desde la fecha del diagnóstico del tumor ha tenido una supervivencia de 10 años."

Al a vista de lo expuesto se concluye en el citado informe que:

"A la vista de las actuaciones practicadas, es difícil pronunciarse sobre la actuación del Servicio de Urología en base a lo expuesto en el apartado anterior, ya que al no tener protocolo de actuación nos queda la duda de si la realización de las RTUs fue insuficiente y si en un principio, tras comprobar la elevada recurrencia del tumor, debían haberse planteado realizar una cirugía más radical como la cistectomía o al menos haberse planteado terapia endovesical adyuvante."

SÉPTIMO.- Pues bien, valorados los informes obrantes en las actuaciones conforme a las reglas de la sana crítica estimamos acreditado que en el caso examinado hubo mala praxis médica, por no haber realizado los controles y tratamientos pautados en el protocolo que se adjunta en el informe, desde el momento en que la citología realizada en marzo de 2003 fue positiva para carcinoma urotelial de bajo grado y realización en enero de 2004 de una RTU, sin que por parte de la Administración Sanitaria se haya ofrecido una explicación fundada y razonada sobre las causas que motivaron este proceder, no siendo suficiente a estos efectos la invocación a la edad del paciente. Todo ello con independencia de cuál hubiese sido el resultado final de haberse seguido las actuaciones establecidas en el protocolo emitido por el doctor D. [REDACTED] (pág. 13 y 14), pues, en definitiva, lo que se generó con su proceder fue la pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento acorde a su dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual es imposible médicamente saber si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado", entendiéndose la STS de 12 de marzo de 2007 que, en estos casos, es a la Administración a la que





incumbe probar que, en su caso y con independencia del tratamiento seguido, se hubiese producido el daño finalmente ocasionado por ser de todo punto inevitable.

La más reciente STS de 16 de febrero de 2011 recuerda, con cita de la STS de 23 de setiembre de 2010, que la "privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad"- sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez - se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero si para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias ", insistiendo, con cita de la STS de 7 de julio de 2008, en que " acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación".

Así pues, en la fijación de la indemnización a conceder hay que tener en cuenta, conforme a lo hasta aquí razonado, la doctrina de la pérdida de oportunidad, según la cual es posible afirmar que la actuación médica privó de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, 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.

En fin, teniendo en cuenta que no es el fallecimiento el daño indemnizable sino el daño moral secunente a la descrita pérdida de oportunidad, procede fijar una indemnización ya actualizada a esta fecha de 15.000 Euros.

OCTAVO.- - Lo expuesto detennina la estimación parcial del presente recurso, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 139.1 LJCA no concurren motivos para hacer un pronunciamiento en materia de costas, según el tenor del art. 139.1 de la Ley Jurisdiccional.





VISTOS los preceptos citados y demás normas de procedente aplicación,

FALLAMOS que estimando en parte el recurso contencioso administrativo interpuesto por **DOÑA [REDACTED]**, viuda e hijos de **[REDACTED]**, representados por el procurador Don Ignacio Melchor Oruña, contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial por ellos presentada ante el Servicio Madrileño de la Salud con fecha 14 de mayo de 2010, debemos anular y anulamos el acto presunto recurrido, condenando a la Administración demandada a indemnizar a los recurrentes en la cantidad de 15.000 euros, sin hacer expresa condena sobre las costas procesales causadas en la tramitación de este juicio.

Notifíquese a las partes la presente resolución indicándoles que contra la misma no cabe interponer recurso de casación ante la sala Tercera del Tribunal Supremo.

Así, por esta nuestra sentencia de la que se llevará testimonio a las actuaciones, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. M^a [REDACTED], estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.

