

FROM

(THU) SEP 27 2012 19:21/ST. 18:16/No. 9411555017 P. 2



Tribunal Superior de Justicia de Madrid
 Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Novena
 C/ General Castaños, 1 - 28004
 33009730
 NIG: 28.079.33.3-2009/0117969

01 30031304846

Procedimiento Ordinario 97/2009

Demandante: D./Dña. [REDACTED]
 PROCURADOR D./Dña. IGNACIO MELCHOR ORUÑA
Demandado: COMUNIDAD DE MADRID
 LETRADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA
 QBE Insurance Europe Limited. Sucursal en España
 PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJO ABRIL

SENTENCIA Nº 656

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

Imos. Sres.
Presidente:
 D. Ramón Verón Olarte
Magistrados:
 D^a Ángeles Huet de Sande
 D^a. Berta Santillán Pedrosa
 D. Joaquín Herrero Muñoz-Cobo

| JUNTA COLEGIO PROCURADORES DE MADRID | |
|--------------------------------------|---------------|
| RECEPCIÓN | NOTIFICACIÓN |
| 26 SEP 2012 | 27 SEP 2012 |
| Artículo 151.2 | L.E.C. 1/2003 |

En la Villa de Madrid, a veinte de septiembre de dos mil doce.

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el presente recurso contencioso administrativo nº 97/2009, interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Melchor de Orduña, en nombre y representación de don [REDACTED] contra la resolución presunta de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se deniega una reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria formulada el 7 julio 2008; habiendo sido parte la Administración demandada representada por los Servicios Jurídicos de la Comunidad y, como codemandada, la mercantil QBE Insurance (Europe) LTD, Sucursal en España, representada por el Procurador de los Tribunales Sr. Abajo Abril.



FROM

(THU) SEP 27 2012 18:22/ST. 18:18/No. 9411696317 P. 0



ANTECEDENTES DE HECHO

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

SEGUNDO.- El Letrado de los Servicios Jurídicos de la Comunidad y el de la codemandada contestan a la demanda, mediante escritos en el que suplican se dicte sentencia en la que se confirme la resolución recurrida por encontrarse ajustada a derecho.

TERCERO.- Habiéndose recibido el presente proceso a prueba y practicándose la admitida con el resultado obrante en autos, se emplazó a las partes para que evacuasen el trámite de conclusiones prevenido en el artículo 78 de la Ley de la Jurisdicción y, verificado, quedaron los autos pendientes para votación y fallo.

CUARTO.- En este estado se señala para votación el día 20 septiembre 2012, teniendo lugar así.

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

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- A través del presente recurso jurisdiccional, el Procurador de los Tribunales Sr. Melchor de Orduña, en nombre y representación de don [REDACTED] impugna la resolución presunta de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se deniega una reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria formulada el 7 julio 2008

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



Madrid

FROM

(THU) SEP 27 2012 19:22/ST. 10:10/No. 8411585317 P. 4



a) El demandante, don ██████████, sufría desde antiguo una insuficiencia renal que precisaba ser sometido a sesiones de hemodiálisis. A mediados del año 2007 se produce una obstrucción en la fistula arteriovenosa que era utilizada para llevar a cabo la hemodiálisis.

b) Por ello el 19 julio de 2007 ingresa en el Hospital de la Princesa para llevar a cabo la limpieza de la citada fistula consistente en una recanalización media de angioplastia transluminal con balón al objeto de dilatarlo. En la intervención resulta dañado el nervio mediano, bien por una punción en el mismo (tesis del perito de la actora), bien en el momento del empleo del balón pues, en ese momento, se oprime el nervio mediano del miembro superior izquierdo produciéndose una neuropatía consistente en un pseudoaneurisma por dilatación de la pared de la arteria que era, precisamente, lo que comprimía el nervio mediano (tesis mantenida por el perito de la codemandada). En cualquier caso, ello le produjo fuertes dolores y una disminución de la movilidad del brazo.

c) El 28 enero 2008 se produce nueva intervención consistente en tratamiento quirúrgico del pseudoaneurisma de la arteria humoral. Aunque la situación del paciente mejoró, no recuperó la movilidad total del miembro.

d) El 7 julio 2008 el interesado presenta reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración que es desestimada por silencio administrativo.

TERCERO.- La parte recurrente fundamenta su impugnación, en primer lugar, en que ha paciente no se le informó ni oralmente ni por escrito de las consecuencias de las dos intervenciones a las que fue sometido y, en segundo lugar, en la falta de observancia de la lex artis al no haber seguido las normas de cuidado elementales en el momento de des-obturación de la fistula. Reclama el recurrente 3000 € por el daño moral referido a cada una de las intervenciones a las que fue sometido; 30 puntos del baremo por la parálisis del nervio mediano del brazo izquierdo más el 10% factor de corrección dando un resultado total de 52.124,76 €. No se reclama por la falta del consentimiento informado para ambas intervenciones.

La Administración demandada así como la codemandada, por medio de sus respectivas representaciones procesales, alegan que el recurrente ha recibido el trato adecuado para sus dolencias. Lo que se refiere a las secuelas, sostienen las demandadas que el paciente se negó a recibir tratamiento y que incluso cuando fue citado para comprobar la movilidad del brazo izquierdo no acudió a la cita, aunque parece que el problema de la movilidad se resolvió plenamente con la segunda intervención

CUARTO.- Hallándonos ante un supuesto de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, conviene recordar como, dentro del principio general



FROM

(THU)SEP 27 2012 18:22/ST. 18:16/No. 9411885017 P. 5



de responsabilidad de los poderes públicos recogido en el Título Preliminar de la Constitución, artículo 9.3 in fine, la responsabilidad del Poder Ejecutivo se concreta en el art. 106.2 de la Constitución al disponer que "Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos".

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

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

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

Estamos ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues



FROM

<THU>SEP 27 2012 19:22/ST. 19:19/Mc. 9411586317 P. 6



permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción del repetido criterio; prescindir del mismo conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad que podría declararse con la única exigencia de existir una lesión efectiva.

QUINTO.- Es frecuente en litigio sobre responsabilidad patrimonial del conjunto probatorio de las partes lleguen con la misma intensidad a la convicción del jugador sin que éste pueda inclinarse a favor de una de las dos tesis. Si no existen otros elementos probatorios, obviamente, el recurso ha de ser desestimado. No obstante, cuando se ha solicitado la intervención de un perito nombrado por el órgano judicial dictamen resulta dirimente respecto de los aportados por los interesados o cuando en el expediente aparecen datos que vienen a refrendar sólo una de la actividad probatoria desarrollada por las partes en el proceso, el órgano judicial puede dar preferencia a una de las tesis expuestas por las partes en virtud del principio de valoración conjunta de la prueba.

Y es eso, precisamente, lo que ocurre en el presente caso. Los medios de prueba aportados por las partes son totalmente contradictorios sobre todo en lo que se refiere a la acreditación de la publicidad del daño y a la relación de causalidad entre la actuación de la medicina pública y el resultado lesivo. Esta circunstancia hace que el recurso debiera ser desestimatorio al haber sido desvirtuada la prueba de la actora por el conjunto probatorio presentado por las codemandada es. Sin embargo, en relación con anti publicidad del daño, hay un dato en el expediente administrativo que lleva a la Sala a dar preferencia a la tesis de la actora.

En efecto en la página cuatro del informe de la Inspección aparece: "la amiloidosis es una enfermedad sistémica caracterizada es por el depósito extracelular de material proteico-fibrilar en disposición en lámina de la beta plegada. Las principales formas de amiloidosis sistémicas son la primaria y la secundaria. La afectación renal es frecuente.

En el caso de este paciente la enfermedad le llevó a tener una insuficiencia renal por la que fue sometido a sesiones de hemodiálisis para lo que es imprescindible realizar una fistula arteriovenosa para poder conectar la máquina de hemodiálisis. La realización de la diálisis es fundamental para la vida del paciente y la realización de la fistula fundamental para la hemodiálisis, decir como dice el perito (de la actora) que se podían dar alternativas como la diálisis peritoneal, no está justificada pues lo ideal es recanalizar la fistula con la hemodiálisis que se soporta mejor que la diálisis peritoneal.

Es sabido que estas fistulas sufren en ocasiones obstrucciones, que es lo que ocurrió y por lo que se determinó hacer una recanalización mediante angioplastia trasluminar con balón al objeto de dilatarlo y es en ese momento en el que se produce



FROM

(THU) SEP 27 2012 18:23/ST. 10:18/No. 9411595317 P 7



una lesión del nervio mediano. En la página 73 a informe de urgencias de 29 julio 2007 donde se reconoce que la neuropatía del mediano puede tener dos orígenes o bien la compresión como causa más probable o la punción directa del nervio.

Lo más probable es que fuera un pseudo-aneurisma que era lo que comprimía el nervio y que fue corregido posteriormente con éxito en febrero de 2008.

Aunque los electromiogramas aportados del hospital de la Princesa de agosto de 2007 se habla de lesión axonal estivo motora de intensidad moderada y grave, nos pronunciamos como más probable que sea una lesión de compresión y que por tanto sea reversible como parece ser el estado del paciente que sufrió un pseudo-aneurisma que lleva a una dilatación de la misma y que a su vez comprime el nervio mediano. La rotura hubiera producido una lesión permanente que no se ha acreditado en el estudio de la documentación" (SIC).

De los párrafos transcritos la Sala llega a las siguientes conclusiones:

Primero.- La compresión, a juicio de la Inspección, se produjo al llenar el balón. Se trata de un riesgo fácilmente previsible que no consta que fuera valorado por los facultativos que intervenían al paciente. Antes de seguir adelante o, incluso, antes de iniciar la intervención, se debe valorar si no era preferible realizar una nueva fistula en otro lugar del organismo que evitara la neuropatía del mediano del brazo izquierdo, cosa que no se hizo.

Segundo.- Según reconoce la propia Inspección, aunque los mismos facultativos del Hospital de la Princesa, en sus informes de agosto de 2007, se inclinaban porque la neuropatía no se debiera a la compresión, la Inspección rechaza tal tesis por las razones ya consignadas. En cualquier caso, la Sala tiene en consideración tal contradicción entre la inspección y el propio centro sanitario en donde ocurrieron los hechos.

Por lo anterior, este Tribunal entiende que los daños causados son antijurídicos, bien porque la neuropatía se haya producido con ocasión de una punción, negada en la contestación a la demanda, bien porque se debiera a una obstrucción del nervio porque, en este caso, no consta en el expediente que se valorara la apertura de otra fistula en otro lugar del cuerpo del paciente ni tampoco que se valoraran los riesgos de la primera intervención.

Así pues, el recurso debe ser firmado.

SEXTO.- Cuestión distinta es la relativa la valoración del daño. En este punto, la Sala acoge el criterio expuesto por la pericial aportada por la codemandada que no se ha visto contra dicha por ninguna otra prueba ni por elemento alguno del expediente administrativo.



FROM

(TIJU)SEP 27 2012 18:28/ST. 18:18/No. 9411595317 P



Administración
de Justicia

Al ratificar el dictamen la perito doña [REDACTED] afirmó a presencia judicial que así no 11 puntos del baremo a las lesiones sufridas por el paciente, y 30 como pretende la actora, en virtud de las siguientes razones: "los 30 puntos se corresponden con una parálisis del nervio mediano a nivel del brazo. En este caso la lesión se produce en la flexura del codo, el baremo recoge que cuando la lesión es a nivel de codo o muñeca la valoración es de 10 a 15 puntos y la señora Perito considera que la lesión no es siquiera una parálisis sino una parexia en el baremo se puntúa de 10 a 15 puntos. La diferencia es que en la parálisis estaría anulada la función del nervio mediano y él aparecía abría una parálisis incompleta que es lo que las pruebas objetivas realizadas demuestran" (SIC).

Según el baremo el daño moral ya va incluido en la valoración de los puntos por lo que no cabe un cómputo separado del mismo salvo que el daño sea muy relevante, lo que no es el caso.

Por otro lado, es evidente que no existe consentimiento informado, reconociéndolo así la propia Administración, y que no se ha acreditado en absoluto que se le diera información de ningún tipo al interesado ni a su familia. Tal omisión podría resultar, en principio, indemnizable pero al no haber sido interesado por la actora y al ser objeto de resarcimiento los daños causados, el Tribunal no puede hacer ningún pronunciamiento sobre la cuestión

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

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO** en parte el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador de los Tribunales Sr. Melchor de Orduña, en nombre y representación de don [REDACTED], contra la resolución presunta de la Consejería de Sanidad de la Comunidad de Madrid por la que se deniega una reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria formulada el 7 julio 2008, **DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS** la mentada resolución por ser contraria al ordenamiento jurídico, al tiempo que **CONDENAMOS** a las codemandadas al abono de la suma de veinticinco mil (25.000) euros al demandante, cantidad ésta actualizada a la fecha de la presente sentencia y en la que se encuentran incluidos los intereses.

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



Madrid

FROM

(THU) SEP 27 2012 18:28/ST. 18:16/No. 9411595317 P. 8



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

PUBLICACIÓN: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Ramón Verón Olarte, Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso contencioso administrativo, estando celebrando audiencia pública esta Sección, de lo que, como Secretario de la misma, doy fe.

