

Dictamen nº: **201/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **16.05.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 16 de mayo de 2019, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña. sobre indemnización de los daños y perjuicios relacionados con el retraso en el diagnóstico del deslizamiento de una banda gástrica.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de agosto de 2015 se presentó en el Registro de la Consejería de Sanidad, solicitud firmada por una letrada del ICAV en nombre de persona identificada en el encabezamiento del dictamen en la que se refería que, en el año 2012, se le había diagnosticado obesidad severa con comorbilidades asociadas, síndrome de apnea del sueño en tratamiento y baja autoestima, motivo que le llevó a asistir a una clínica privada especializada en el tratamiento de la obesidad. Sería así como se le implantaría una banda gástrica en febrero de 2012.

En cuanto a la evolución posterior, que fue objeto de seguimiento en el centro que se había encargado del tratamiento por un facultativo que se deja identificado, la reclamación destaca que, de una manera progresiva, y especialmente tras el primer año, empeoró la tolerancia con vómitos, gran dificultad para comer, seguido de un cuadro de hematemesis a principios de 2014 que determinó la decisión de desajustarle la banda gástrica. Tras ello, la actual reclamante volvió a ganar peso, por lo que fue necesario realizar un nuevo ajuste que provocó intolerancia incluso a los líquidos, nuevas hematemesis e incluso la obstrucción de la banda en fecha que no detalla la reclamación.

Dentro de ese capítulo de complicaciones, sigue relatando la reclamación que, en un momento dado, se advirtió por el personal de la clínica que asistía a la paciente que la banda estaba atascada, razón por la cual se le prescribió la ingesta de medicación y de un jarabe que, según le expresaron, le haría mejorar progresivamente. Sin embargo, la situación siguió empeorando, por lo que contactó telefónicamente con el centro privado, siendo así que su directora, ante la ausencia de médicos que le pudieran atender, remitió a la paciente al Hospital General Universitario Gregorio Marañón (HUGM), donde trabajaba como cirujano el médico ya designado que había seguido la evolución de la paciente en la clínica privada, ya que tanto este como su equipo eran conocedores del funcionamiento de la banda gástrica y de sus posibles complicaciones.

Fue así como el 28 de julio de 2014, la actualmente reclamante comparecería en el referido centro hospitalario, en el que, tras la realización de pruebas consistentes en analítica, radiografía abdominal y TAC en la misma zona, se le diagnosticó insuficiencia renal aguda prerrenal, hipernatremia e intolerancia oral. Tras un día de estancia en la que se procedió al deshinchado de la banda extrayendo 8 cm de

suero de esta, fue dada de alta al día siguiente por el Servicio de Cirugía del hospital por mejoría analítica

A juicio de la reclamación, ese alta se dio sin que se hubiera logrado la resolución del cuadro de insuficiencia renal aguda que presentaba la paciente, mediando en él un claro error en el diagnóstico por parte del radiólogo al interpretar las pruebas radiológicas, puesto que tanto el TAC como la radiografía abdominales mostraban que la banda se encontraba desplazada y el estómago en forma de reloj de arena.

La reclamación resalta que, tras el alta hospitalaria, la situación de la paciente fue de debilidad extrema, continuando con la intolerancia, vómitos de sólidos y líquidos y empeoramiento progresivo del estado general con sensación de muerte inminente e hipotensión. De hecho, el día 1 de agosto de 2014 su familia decidió trasladarla al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Príncipe de Asturias (HUPA), en el que se le diagnosticó una intolerancia completa alimentaria, procediendo a la instauración de nutrición parental total, colocación de una sonda nasogástrica para descomprimir el estómago proximal a la obstrucción e hidratación para tratar la insuficiencia renal aguda. Asimismo, durante el ingreso se realizó un estudio radiológico (TEGD y TAC) que puso de manifiesto la existencia de un deslizamiento o Slippage del estómago, volvulado sobre la banda gástrica ajustable y ausencia completa de paso de contraste por la zona gástrica estenosada, siendo intervenida la paciente el 14 de agosto de 2014 con vistas a la retirada de la banda gástrica por vía laparoscópica.

La reclamación incide en que las pruebas que fueron practicadas a la paciente en el HUGM, habían deparado resultados similares a aquellas que habían permitido diagnosticar días más tarde la

verdadera dolencia que aquejaba a la paciente. En particular, destaca que, en un informe de fecha 10 de diciembre de 2014 que decía adjuntar a la reclamación, se hacía constar que la mala situación/colocación de la banda gástrica había constituido el factor responsable de la intolerancia alimentaria que había aquejado a la actual reclamante.

La reclamación considera que, el dar de alta a la paciente en el HUGM supuso un empeoramiento de las complicaciones que estaba sufriendo como portadora de banda gástrica, que se ha manifestado en innegables daños físicos que se concretan en el periodo de incapacidad que va desde el 29 de julio de 2014, en que fue dada de alta en dicho centro hospitalario, y el 14 de agosto en que se produjo la intervención quirúrgica. De ellos, los dos días siguientes al alta (30 y 31 de julio) serían improductivos y los trece restantes de carácter hospitalario.

Deduca de ello la necesidad de indemnizarle en 1.050, 74 euros, a los que habría que sumar otros 15.000 en concepto de daños morales por el trastorno y sufrimiento del equilibrio emocional padecidos al producirse un empeoramiento de su estado físico y la incertidumbre, ansiedad y zozobra sobre el estado de salud que se iba agravando en la creencia de que se encontraba estabilizada.

Concluía su escrito solicitando, además de la práctica de prueba documental a efectos de la toma en consideración del historial clínico y de la totalidad de pruebas diagnósticas efectuadas a la reclamante en el HPA, la declaración testifical de una persona que identificaba por su nombre, apellidos y datos de contacto sin concretar la relación que presentaba con los hechos objeto de la pretensión indemnizatoria.

Acompañaba al escrito copia de un poder general para pleitos expedido por la reclamante a favor, entre otros, de la abogada que

presentaba en su nombre la reclamación, así como dos documentos correspondientes al proceso asistencial.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

El 28 de julio de 2014, la actualmente reclamante, de 49 años de edad, acudió al Servicio de Urgencias del HUGM por vómitos e intolerancia oral de cinco días de evolución. En dicho servicio se le realizó una exploración física que mostró abdomen blando y depresible sin dolor a la palpación; una analítica; una radiografía abdominal que permitió apreciar banda gástrica proyectada en hipocondrio izquierdo, y, en cuanto al TAC abdominal, se anotó en el informe correspondiente:

“No se identifica líquido libre ni alteraciones en la grasa intraabdominal, que sugieran la presencia de proceso inflamatorio agudo. Banda gástrica correctamente situada. Lesión quística en anejo izquierdo con pared bien definida aparentemente sin septos ni polos sólidos y de 7 cm de diámetro, a valorar clínicamente desde el punto de vista ginecológico y con ecografía transvaginal”.

En el informe de Radiología se hizo constar como conclusión: *“Banda gástrica normoposicionada sin datos de complicaciones. Quiste anexial izquierdo a estudiar de forma protocolizada”.*

En el informe de alta, que le fue dada al día siguiente, 29 de julio, en el apartado de *“Juicio Clínico”* se establecía el diagnóstico de insuficiencia renal aguda prerrenal, hipernatremia e intolerancia oral en paciente con banda gástrica ajustable. Asimismo, se reflejaba que la paciente había tenido una buena evolución durante el día de dación del alta, tolerando bien la dieta, no presentando vómitos y con

descenso de leucocitos en la analítica, razón por la que se le mandaba a su domicilio debiendo observar vigilancia con la indicación de volver a Urgencias en caso de empeoramiento y de solicitar cita preferente en Cirugía General III con el mismo doctor que, según la reclamación, había seguido su evolución en la clínica privada. El informe de alta en Urgencias era firmado por una médica de Cirugía General.

Ya el 1 de agosto de 2014, la actual reclamante acudió a Urgencias del HUPA por una intolerancia completa alimentaria, anotándose en los antecedentes que, por razón de una obesidad mórbida, le había sido implantada una banda gástrica ajustable en la sanidad privada hacía tres años.

La exploración física mostró un abdomen distendido y la cicatriz de laparoscopia en buen estado. Como pruebas complementarias, se realizaron un TAC abdominal informado como *“estómago en reloj de arena volvulado sobre la banda gástrica”* y, en cuanto al tránsito esofagogastroduodenal, se anotó *“ausencia completa de paso de contraste por la zona gástrica estenosada”*.

Tras la instauración de nutrición parenteral total y la realización de un estudio preoperatorio, el 14 de agosto de 2014 se procedió a la retirada laparoscópica de banda gástrica ajustable, consistiendo la intervención quirúrgica en trocar óptico de 12 mm, 10 mm (1), 5 mm (3), liberación de adherencias, disección de la banda gástrica y retirada de la misma, comprobación con endoscopia intraoperatoria de la integridad de la pared gástrica y cierre según técnica habitual.

Tras una evolución clínica satisfactoria, fue dada de alta el 18 de agosto con la indicación de acudir a consulta de Alergia para estudio de alergia al látex.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Constituyen aspectos a destacar de su tramitación, los siguientes:

Por oficio de 11 de agosto de 2015, de la jefa de Área de Responsabilidad Patrimonial y Actuaciones Administrativas del SERMAS, se puso en conocimiento de la reclamante el plazo para la resolución del procedimiento y el sentido de un posible silencio administrativo.

A continuación, se incorporaron al expediente administrativo las historias clínicas relativas a las asistencias prestadas a la reclamante en el HUGM y en el HUPA.

Se ha recabado informe del Servicio de Cirugía General III del HUGM, que ha sido emitido por el médico adjunto de dicho servicio con fecha 31 de agosto de 2015.

“La paciente [reclamante] acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Gregorio Marañón el 28/07/2014 con un cuadro de deshidratación e insuficiencia renal aguda prerrenal por intolerancia alimentaria secundaria, con alta sospecha de que existiera alguna complicación de la banda gástrica ajustable de la que era portadora. Revisando la historia de la asistencia en Urgencias, se procedió de manera adecuada y se hicieron las pruebas que suelen hacerse para descartar una isquemia gástrica aguda.

La banda gástrica ajustable es una técnica quirúrgica aceptada por la FDA para pacientes con IMC>30 y con comorbilidades asociadas. Los principales inconvenientes de la técnica son: riesgos de impactaciones alimentarias, los problemas con el reservorio

subcutáneo, el deslizamiento de la banda, la inclusión y la necrosis gástrica, como complicación más grave.

La impactación alimentaria es la complicación más frecuente. Cursa con intolerancia alimentaria y gastritis aguda motivada por los vómitos que obligan a abrir la banda y dejar con dieta blanda 2 semanas.

El deslizamiento es una complicación frecuente (5-10%) y que no siempre necesita tratamiento quirúrgico urgente (5%). El sufrimiento mucoso y los vómitos repetidos pueden dar lugar a episodios de sangrado digestivos, bien altos o de la mucosa gástrica inflamada. Dependiendo del grado de deslizamiento y del sufrimiento gástrico, caben tres posibilidades de tratamiento: descompresión gástrica, reposo digestivo y omeprazol, recolocación de la banda de manera diferida y la retirada urgente de la misma. En todas ellas, la primera medida es la descompresión y la rehidratación del paciente para recuperar el cuadro de hipernatremia y la insuficiencia renal prerrenal que suelen traer. Si hay mejoría del dolor, se puede optar por diferir cualquier otro procedimiento hasta que los tejidos gástricos mejoren. Si hay dolor o datos de sufrimiento de la pared gástrica en las pruebas de imagen, hay que operar sin dilaciones.

Revisando los datos de la historia clínica de nuestro caso, la paciente tenía datos de deslizamiento de largo tiempo de evolución aunque con un episodio de reagudización. La Rx tiene signos indirectos de deslizamiento, aunque hay que ser experto en el seguimiento de una banda para detectarlo. Se procedió a la reposición hidroelectrolítica y a la descompresión de la pared gástrica deshinchando la banda. La paciente mejora del dolor y, por persistencia de una leucocitosis de 24000, se decide TAC abdominal que descarte complicaciones graves. En el TAC, no se ve sufrimiento de la pared del estómago. Se observa un reservorio

gástrico por encima de la banda pero es difícil diferenciar si es un deslizamiento o una dilatación crónica. Lo más importante es descartar la ausencia de vascularización de la pared gástrica. En ese momento, con la mejoría clínica y la buena vascularización del estómago, se decide un tratamiento conservador y se remite a mi consulta para valorar recolocación diferida o retirada y reconversión en otra técnica.

La paciente volvió a la Urgencia del hospital Príncipe de Asturias por recidiva de la clínica. Allí tomaron las mismas medidas de tratamiento conservador y renutrición durante 2 semanas antes de la intervención quirúrgica, la que excluye un sufrimiento gástrico con riesgo de perforación. La actitud de dicho centro es la misma que tomamos nosotros en casos parecidos. Si recidiva la clínica, decidimos cirugía inmediata o renutrición, sonda nasogástrica y retirada de la banda en mejores condiciones clínicas. (...)

Hoy en día, la banda gástrica ajustable es una técnica con tendencia al desuso por su alta morbilidad, siendo desplazada por la gastrectomía tubular”.

Con posterioridad se incorporó el posterior informe de la Inspección Sanitaria, de 15 de octubre de 2015, en el que concluye que la atención médica dispensada a la paciente reclamante “no fue incorrecta en ninguno de sus apartados”.

«[La paciente reclamante] acudió al Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario Gregorio Marañón el 29-7-14 por un cuadro de deshidratación e insuficiencia renal prerrenal por intolerancia alimentaria secundaria, con sospecha de que existiera alguna complicación en la banda gástrica ajustable de la que era portadora. La primera medida es la rehidratación de la paciente

para recuperar el cuadro de hipernatremia y la insuficiencia renal, tal como se hizo con reposición hidroelectrolítica y después la descompresión de la pared gástrica deshinchando la banda. Tal como manifiesta el [médico adjunto de Cirugía General del HUGM] en su respuesta a la reclamación: la historia clínica anterior (no disponible en el centro sanitario por ser del sector privado), tenía datos de deslizamiento de largo tiempo de evolución aunque con un episodio de reagudización; la radiología realizada ese día, tiene signos indirectos de deslizamiento solo detectable por expertos en seguimiento de una banda. Al persistir la leucocitosis en la analítica, se decide solicitar TAC abdominal y poder descartar complicaciones graves, en este caso se observa un reservorio gástrico por encima de la banda pero es difícil diferenciar si es un deslizamiento o una dilatación crónica, pero sobre todo y lo más importante es descartar la ausencia de vascularización en la pared del estómago. Por lo tanto a la vista de la situación de mejoría clínica y la buena vascularización de la pared gástrica, se decide alta y tratamiento conservador domiciliario para posterior valoración quirúrgica. Tras la persistencia del cuadro los dos días posteriores, al acudir al Hospital Príncipe de Asturias se actúa de manera contundente con renutrición durante dos semanas y retirada de la banda.

El reproche realizado por la falta de tratamiento en el primer centro es difícilmente sostenible, pues la insuficiencia renal mejoró analíticamente antes del alta y la imagen de "estómago en reloj de arena" no existía, pues de ser así, no se hubiera procedido al alta».

Finalmente, figura unido al procedimiento un informe de una sociedad dedicada a la peritación médica, identificado en el índice como "informe pericial del seguro", en el cual se sientan las siguientes conclusiones:

“1º.- [La paciente reclamante] con antecedente de cirugía bariátrica mediante colocación de banda gástrica en 2012 con difícil ajuste postoperatorio, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Gregorio Marañón el día 28 de julio de 2014 por intolerancia total a la ingesta. Allí se apreció insuficiencia renal prerrenal y se observó en TAC banda normoposicionada sin complicaciones por lo que, tras rehidratación y ajuste de la banda fue dada de alta al día siguiente en situación de tolerancia a la ingesta.

2º.- El día 1 de agosto acudió al Hospital Príncipe de Asturias donde quedó por intolerancia absoluta a la ingesta, diagnosticándose de vólvulo gástrico por desplazamiento de la banda que fue retirada mediante laparoscopia el día 14 de agosto. Tras postoperatorio sin incidencias fue dada de alta el día 18 de agosto de 2014.

3º.- No se reconoce relación causal entre la asistencia dispensada a la paciente en el Hospital Gregorio Marañón y el daño por el que se reclama.

4º.- La valoración del perjuicio derivado del tratamiento corresponde a un periodo de incapacidad temporal de cuatro días, dos de ellos de estancia hospitalaria y los otros dos improductivos.

5º.- Procede aplicar un factor de corrección del 10% por perjuicio económico sin justificación de ingresos”.

El informe de referencia se acompañaba de un anexo que incluía la cuantificación económica del perjuicio causado a la reclamante, que se venía a estimar en la incapacidad temporal consistente en dos días de estancia hospitalaria (x71,84= 143,68€) y dos días de baja improductiva (x58,41= 116,82€). La indemnización se elevaría así a los 260,50€ más el 10% por factor de corrección.

Instruido el procedimiento, se otorgó el trámite de audiencia a la reclamante, que, mediante escrito de alegaciones de 29 de diciembre de 2017, incidió en la tesis sustentada en el escrito de reclamación.

Finalizado el trámite de audiencia, el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución de 20 de marzo de 2018 en el sentido de estimar parcialmente la reclamación patrimonial en un importe de 286,55 euros al considerar que, en la asistencia a la paciente de 28 de julio de 2014 en Urgencias del HUGM y conforme a lo indicado por el propio servicio implicado en su informe, presentaba signos indirectos de desplazamiento de banda, por lo que no se le debía haber dado el alta al día siguiente.

Mediante el Dictamen 236/18, de 24 de mayo, nos manifestamos a favor de la retroacción del procedimiento a efectos de la suscripción de un informe por el Servicio de Urgencias del HUGM.

En informe de 7 de junio de 2018, el jefe de Servicio de Urgencias del HGUGM aclaró que la atención a la paciente el día 28 de julio de 2018 había corrido a cargo del equipo de guardia de Cirugía de Urgencias, razón por la cual su jefe de Sección era quien debía de informar sobre la reclamación. En informe de 13 de junio de 2018, dicho profesional precisó:

«Revisada la atención en la Urgencia del 28/7/2014 no encuentro absolutamente nada incorrecto en la actuación médica dispensada, ni puedo añadir nada a lo ya manifestado por el cirujano del entonces Servicio de Cirugía General III en su detallado y correcto informe de 31 de agosto de 2015, ni al informe de 15/10/2015 de la Inspección Sanitaria, en el que se concluye que la atención médica dispensada a la paciente reclamante "no fue incorrecta en ninguno de sus apartados". Con el añadido de que al final del informe de Urgencias de 28/7/2014 se especifica claramente la

mejoría clínica y analítica de la paciente, el alta con vigilancia domiciliaria, la recomendación de regresar a la Urgencia del HGUGM con ese informe en caso de empeoramiento, y la recomendación de cita preferente con su cirujano responsable en el Servicio de Cirugía General III».

Tras ello, se ha recabado informe complementario de la Inspección Sanitaria, que fue suscrito por la médico inspectora actuante en la fecha del 23 de agosto de 2018 mediante la remisión a las consideraciones ya expuestas en su anterior informe, ya que el emitido por el Servicio de Urgencia de Cirugía General tras la retroacción del procedimiento no había añadido nuevos elementos al procedimiento.

Tras ello, por oficio de 19 de octubre de 2018 se concedió un nuevo trámite de audiencia a la reclamante, que por medio de su letrada expuso mediante escrito de 22 de noviembre su conformidad con el criterio manifestado en el informe del HUPA en cuanto a la existencia de mala praxis, discrepando en cambio en cuanto a la cuantificación del daño, que pretendía fuera indemnizado en la cuantía solicitada en el escrito inicial de reclamación.

Finalmente, el viceconsejero de Sanidad ha formulado nueva propuesta de resolución de 25 de febrero de 2019 en el sentido de estimar parcialmente la reclamación patrimonial en un importe de 286,55 euros por las razones ya expuestas en la propuesta anterior.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, que ha tenido entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el 1 de abril siendo registrada con el nº 184/19, al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno

de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 16 de mayo de 2019.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de su Ley 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP). Así se deduce del hecho de haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento

Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la pretensión de responsabilidad patrimonial, al ser la persona directamente afectada por la asistencia sanitaria pretendidamente deficiente. Ha comparecido en el procedimiento por medio de una abogada, cuyo poder de representación ha sido acreditado mediante poder notarial conforme a lo previsto en el artículo 32.3 de la LRJ-PAC.

En cuanto a la legitimación pasiva para soportar la reclamación, le corresponde a la Comunidad de Madrid, titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Por lo que se refiere al plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 de la LRJ-PAC, el derecho a reclamar prescribe en el transcurso de un año a contar desde el hecho causante o de manifestarse su efecto lesivo. Este plazo se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En el caso analizado, la reclamación tiene por objeto el resarcimiento de unos daños que se habrían materializado entre el 29 de julio de 2014, en que la reclamante habría sido dada de alta indebidamente en el HGUGM, y el 14 de agosto, en que fue objeto de una intervención quirúrgica relacionada con la banda gástrica de la que era portadora. De esta forma, siguiendo la lógica de la reclamación y atendiendo a la interpretación restrictiva del instituto de la prescripción en casos dudosos, el escrito de reclamación presentado en la fecha del 5 de agosto de 2015 puede considerarse presentado en plazo jurídicamente hábil.

Entre los trámites seguidos, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen y según exige el artículo 10.1 del RPRP, se ha incorporado al procedimiento el informe del responsable del Servicio de Cirugía General de Urgencias del HUGM. Asimismo, se ha solicitado el informe de la Inspección Médica sobre los hechos que motivan la reclamación, y se han unido al expediente administrativo las historias clínicas correspondientes a la atención sanitaria prestada a la reclamante en el HGUGM y en el HUPA.

Instruido el procedimiento, se ha otorgado a la reclamante el trámite de audiencia previsto en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP y se ha elaborado la propuesta de resolución.

Debe resaltarse que, mediante acuerdo *ad hoc*, se ha rechazado la prueba testifical propuesta por la interesada en su escrito de reclamación. Esta Comisión Jurídica Asesora discrepa de la motivación dada para denegar la prueba, puesto que el carácter predominantemente escrito del procedimiento de responsabilidad patrimonial no impide de por sí la práctica de una prueba testifical que sea pertinente y pueda conducir al debido esclarecimiento de los hechos, con independencia de que su procedencia sea excepcional en la responsabilidad patrimonial de tipo sanitario, mas no en otros ámbitos. No obstante, en el caso sujeto a dictamen, resulta que la reclamante ha propuesto la toma de declaración de un testigo sin mencionar su relación con los hechos ni la trascendencia que pudiera tener su declaración con vistas a la probanza de los hechos que sustentan la posible condena patrimonial de la Administración. Ello, unido a que entre Administración y reclamante no existe una discrepancia esencial en cuanto a los hechos sino tan solo una controversia sobre el origen de las dolencias de la reclamante, y que los datos que han de servir de sustento para la resolución aparecen adecuadamente reflejados en el historial clínico aportado al expediente

administrativo, nos permiten concluir, aunque con fundamento distinto, la inutilidad de la prueba propuesta por la interesada.

De esta forma, no se observa en el procedimiento ninguna irregularidad que ocasione indefensión a la interesada o le impida alcanzar el fin que le es propio.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por las reglas de la LRJSP.

Tiene declarado el Tribunal Supremo, por todas en Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de abril de 2016 (RC 2611/2014), que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en la legislación básica sobre el régimen jurídico del sector público y una reiterada jurisprudencia que lo interpreta:

a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente 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 de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-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.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico. Pero que

“... lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta... Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades

derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público en cuanto que el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, señala también el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada con profusión (por todas, la STS de 19/5/2015, RC 4397/2010) que

“... no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría 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, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el procedimiento datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En

estos casos, se viene señalando que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales pueda tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido, cabe entender conculcada la *lex artis* puesto que al no proporcionar a los interesados esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal (SSTS de 19/5 y de 27/4/2015, RRCC 4397/2010 y 2114/2013).

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009, que

“... la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”.

En el caso sujeto a análisis, los daños alegados se relacionan con los días en los que la reclamante tardó en recibir tratamiento para el deslizamiento de la banda gástrica que padecía al no haber sido detectada en la asistencia en Urgencias del HGUGM de 28 de julio de 2014. También reclama ser indemnizada por el daño moral derivado de este perjuicio y por la agravación de su lesión, aspectos sobre los que realizaremos más adelante las consideraciones oportunas. En cualquier caso, conviene aclarar que la instauración de la banda gástrica se había producido en la sanidad privada, de forma que la

reclamante simplemente fue atendida en los servicios sanitarios dependientes de la Comunidad de Madrid de unas complicaciones posteriores debidas a la misma.

Matizado lo anterior, debemos plantearnos si, a lo largo del procedimiento, ha quedado acreditada la relación de causalidad entre el perjuicio alegado y una actuación de los servicios públicos sanitarios que se pueda considerar contraria a las exigencias de la *lex artis ad hoc*.

Al respecto, la reclamación se basa en que, en la fecha del 28 de julio de 2014, el desplazamiento de la banda gástrica que sufría la paciente debió de ser diagnosticado por los facultativos del Servicio de Urgencias del HGUGM.

Con carácter general, es la parte que reclama a la que corresponde la carga de la prueba. En dicho sentido, la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015, RC 397/2010, recuerda

“... que el obligado nexos causal entre la actuación médica vulneradora de la lex artis y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, hemos señalado (sentencias de 2 de enero de 2012, recaída en el recurso de casación núm. 3156/2010, y de 27 de abril de 2015, recurso de casación núm. 2114/2013) que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales " puede tener una influencia clara y relevante en la

imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido", cabe entender conculcada la lex artis, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexa causal".

Ciertamente, por parte de quien reclama no se ha aportado al procedimiento un informe pericial, avalado por profesional competente en la materia, que sustente su alegación. Sin embargo, la propuesta de resolución, en iniciativa que no resulta habitual, considera que la reclamante tiene derecho a ser indemnizada no obstante no haber reconocido ninguno de los informes aportados al procedimiento a requerimiento de la instrucción o por iniciativa de la aseguradora de la Consejería de Sanidad, la existencia de mala praxis. Y es que, en realidad, dichos informes no niegan que existiera un error, sino que consideran que ese error es disculpable en función de la especialidad de las personas que asistieron a la reclamante.

En efecto, no se puede decir que, en el caso de la reclamante, se produjera una omisión de medios, en cuanto, en su visita a Urgencias del HGUGM de 28 de julio de 2014, se le practicaron un TAC y una radiografía abdominal, pruebas que, en principio, no han sido consideradas insuficientes para proceder a un correcto diagnóstico en los informes incorporados al procedimiento. Sin embargo, en aquella misma fecha, el informe correspondiente a la valoración del TAC reseñó expresamente que la banda gástrica estaba *"correctamente situada"*, y el informe de Radiología reflejó igualmente que dicha materia se encontraba *"normoposicionada sin datos de complicaciones"*.

Sobre esta base, el Servicio de Cirugía General de Urgencias del HGUGM defiende que la asistencia prestada a la paciente fue correcta, aunque en el mismo se refleja de un modo expreso que el deslizamiento de la banda gástrica que le haría volver a Urgencias – esta vez del HUPA- a los tres días y dio lugar a una posterior

intervención quirúrgica, ya era manifiesta en las pruebas realizadas a la reclamante el 28 de julio de 2014, aunque solo a la vista de expertos en bandas gástricas. La versión al respecto de su médico adjunto, que en principio no respondía a las garantías propias de un procedimiento administrativo al tratarse del mismo profesional que seguía a la actual reclamante en una clínica privada, motivo por el cual se procedió a la retroacción del procedimiento, ha sido avalada por el jefe de Servicio, cuya versión sobre los hechos no debe presuponerse enturbiada por una previa relación profesional con la reclamante. Del mismo criterio es la Inspección Sanitaria que, en este caso, básicamente sigue el criterio sustentado por el servicio actuante.

Esta Comisión Jurídica Asesora viene insistiendo en sus dictámenes en materia de responsabilidad patrimonial en la conveniencia de evitar incurrir en una valoración de las actuaciones sanitarias que atienda a la evolución posterior del enfermo, debiendo estarse por el contrario a la situación existente en el momento de la prestación sanitaria. Por consiguiente, lo determinante a la hora de fijar si ha podido existir una mala praxis en la decisión de dar de alta a la paciente el 29 de julio de 2014, es si los síntomas que presentaba en su visita a Urgencias del HGUGM habrían reclamado su ingreso hospitalario en ese momento y no tres días más tarde con vistas a ser tratada de la dolencia que presentaba.

Al respecto, aunque el informe del servicio actuante nos diga que el desplazamiento de la banda, aun siendo detectable en aquel momento en los resultados de la radiografía realizada a la paciente, solo lo era a los ojos de un facultativo con experiencia en el seguimiento de ese tipo de implantes, lo cierto es que en su posterior visita a Urgencias del HUPA pudo ser detectada y ponerse a la paciente el tratamiento que reclamaba su dolencia mediante la realización de un TAC abdominal, prueba que también se le había realizado a la

reclamante en su asistencia al HGUGM. Ello, a juicio de esta Comisión Jurídica Asesora, permite coincidir con la propuesta de resolución en que sí era posible detectar la dolencia con los resultados del TAC y de que el primer diagnóstico según el cual la banda estaba correctamente posicionada pudo haber sido evitado.

Por otra parte, aunque se estime en los informes del servicio y de la Inspección Médica que la comprobación del desplazamiento estaba a cargo de profesionales muy especializados, no debe pasarse por alto que la actual reclamante fue atendida específicamente por profesionales del Servicio de Cirugía General, aun en funciones de urgencia. Y que, en puridad, no nos hallamos ante avances de la técnica que fueran desconocidos en aquel momento, lo que sí hubiera permitido la exención de la responsabilidad patrimonial (art. 141.1 de la LRJ-PAC, actual art. 34.1 de la LRJSP), sino que, por el contrario, lo que los informes médicos vienen a reflejar es que la técnica utilizada (banda gástrica) estaba en desuso.

QUINTA.- A la hora de proceder a una valoración económica del perjuicio, tanto la parte reclamante como el informe de valoración del daño emitido a petición de la Administración, se sustentan en la aplicación del baremo de valoración del daño fijado para los accidentes de tráfico. En el caso, al haberse producido el perjuicio con anterioridad al 1 de enero de 2016, la norma de referencia es el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor. Así se deduce de la disposición transitoria de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Esta Comisión Jurídica Asesora coincide con la propuesta de resolución en que el daño sufrido por la reclamante se limita a los días

que tuvo que estar a la expectativa de ser ingresada y obtener una resolución definitiva a sus dolencias. La agravación de sus dolencias a causa del retraso en la asistencia, alegada por su abogada, en modo alguno se deduce de la documentación incorporada al procedimiento, que antes bien da cuenta de que, una vez diagnosticada de modo preciso en el HUPA, se pudo llegar a una resolución satisfactoria de sus males, procediendo a la extirpación de la banda gástrica.

De esta forma, y teniendo en cuenta que los daños se produjeron en el año 2014, para la valoración del perjuicio ha de atenderse a la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. En su Tabla V se fijan las indemnizaciones por incapacidad temporal en 58,41 euros por cada día de estancia no hospitalaria, al que debe ser asimilado cada uno de los que pasó la reclamante en su domicilio a la espera de obtener una resolución definitiva a sus problemas de salud. Al desconocerse los ingresos de la reclamante, que no ha aportado acreditación alguna al respecto, y hallarse en edad laboral, a dicha cantidad debe aplicársele un factor de corrección del diez por ciento.

En cambio, discrepamos de las valoraciones realizadas tanto en la pericial emitida a instancia de la aseguradora como en la propuesta de resolución, con respecto a los días de baja que deben de ser indemnizados. En este punto, se observa que la actual reclamante ingresó en Urgencias del HGUGM el 28 de julio de 2014, siendo de alta al día siguiente, 29 del mismo mes. Entre esta última fecha y el 1 de agosto de 2014 pasaron tres días, que son los que deben ser objeto de indemnización.

Con respecto a los daños morales solicitados por la parte actora, que entendemos se relacionan con los dolores y molestias padecidos hasta el definitivo ingreso de la reclamante, no estimamos procedente su resarcimiento. En primer lugar, por deducirse de la ya referida Tabla V que la indemnización básica de los días de baja incluye los daños morales. En segundo lugar, porque, si bien no sirve para exculpar la responsabilidad patrimonial, la indemnización debe moderarse en atención a que, tal como recogen los informes incorporados al procedimiento, la banda gástrica era un elemento cuya aplicación prácticamente se había abandonado en la época en que se produjeron los hechos y por la dificultad de proceder al diagnóstico correcta de la dolencia.

Por consiguiente, la indemnización a la que tiene derecho la reclamante conforme al criterio de este órgano consultivo, se limita a una cantidad de 192,75 euros ($58,41 \times 3 = 175,23 + 10\%$).

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial por el error de diagnóstico en la asistencia sanitaria prestada a la reclamante, reconociendo en su favor una indemnización de 192,75 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el

plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 16 de mayo de 2019

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 201/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid