

Dictamen n.º: **384/23**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **13.07.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 13 de julio de 2023, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña., su cónyuge D. y el hijo menor de ambos,, sobre indemnización por los daños y perjuicios derivados de la cirugía bariátrica en el Hospital Universitario de Fuenlabrada (HF).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por medio de escrito presentado el 19 de febrero de 2020 en el Servicio Madrileño de Salud, la primera de las personas indicadas en el encabezamiento formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la intervención de cirugía bariátrica realizada el 20 de noviembre de 2017 en el HF.

En concreto, se detalla en el escrito que la reclamante venía siendo tratada en el HF por sufrir hipertensión craneal, papidema, hipotiroidismo y obesidad mórbida, patología esta última para la que, tras tratamiento conservador, se le propuso cirugía bariátrica. Esta intervención quirúrgica se realizó el 20 de noviembre de 2017, mediante gastrectomía vertical con hemiplastia umbilical endoscópica y, si bien

fue dada de alta el 24 de noviembre siguiente, el 30 de diciembre tuvo que acudir a Urgencias de ese centro hospitalario por fiebre y astenia intensa, quedando ingresada en Medicina Interna y diagnosticada de infección respiratoria, siendo dada de alta el 8 de enero de 2018 pero sin que se hiciera interconsulta con su cirujano de Digestivo.

Continúa relatando que, el 25 de enero de 2018 tuvo que ser intervenida de manera urgente por fuga de la sutura gástrica, teniendo que realizarle una esplenectomía por necrosis del bazo y, cuatro días después, debió ser nuevamente intervenida para lavado, revisión y colocación de la primera prótesis endoluminal.

Añade el escrito firmado por la primera reclamante que, el 11 de febrero de 2018, sufrió otra intervención para recolocación endoscópica de la prótesis, teniendo que ser extraída el 4 de abril por estenosis esofágica. Posteriormente se refiere que el 5 de mayo tuvieron que colocarle sonda de yeyunostomía y nutrición enteral por estenosis esofágica secundaria a lesión tras la extracción de la prótesis, permaneciendo ingresada desde el 4 de abril hasta el 15 de mayo de 2018.

A consecuencia de la estenosis esofágica dice que se realizaron dilataciones endoscópicas en once ocasiones, siendo la última el 21 de noviembre de 2018, derivándola a Unidad de Dolor por presentar dolor abdominal crónico, astenia y dolores musculares.

Entre el 4 de febrero al 5 de marzo de 2019, añade la firmante que volvió a ser ingresada para que le realizarán una esofagectomía trashialtal con resección del tubular fistulizado. Volvió a ser ingresada el 15 de marzo por colitis inflamatoria siendo dada de alta el 20 de marzo.

La reclamante, que dice continuar con revisiones periódicas, reprocha en resumen haber sufrido siete intervenciones, siendo atribuibles las seis últimas por no haberle realizado las pruebas

oportunas ni haber avisado al Servicio de Aparato Digestivo cuando acudió un mes después de su intervención por obesidad mórbida. En concreto refiere que, cuando acudió a Urgencias el 30 de diciembre de 2017, no le realizaron las pruebas adecuadas para el diagnóstico de la fuga producida por la gastrectomía, no detectando la necrosis que se estaba produciendo y que conllevó la extirpación del bazo, teniendo que realizarse posteriormente una cirugía urgente y la colocación de una prótesis endoluminal.

Concluye el escrito solicitando una indemnización, que no cuantifica, y acompaña libro de familia e informes médicos de la asistencia sanitaria relatada.

SEGUNDO.- Una vez admitida la reclamación, se recabó la historia clínica, de la que se extraen los siguientes hechos:

La reclamante, nacida en 1982, con antecedentes de hipertensión craneal, depresión, hernia epigástrica, hipotiroidismo, hipopnea del sueño grave y obesidad mórbida con 111 kilos de peso, es remitida en julio de 2017 por Endocrinología al Servicio de Digestivo ante la falta de resultados del tratamiento conservador.

El 20 de septiembre de 2017, tras concluir la valoración, es incluida en el programa de cirugía bariátrica, informando a la paciente de los riesgos y posibles complicaciones y haciéndole entrega del consentimiento informado, que lee y firma.

Con fecha 21 de noviembre de 2017 se realiza cirugía de gastrectomía vertical por obesidad mórbida mediante hernioplastia umbilical endoscópica.

Tras buena evolución, se le da el alta el 24 de noviembre de 2017 con tratamiento farmacológico y nutricional.

El 22 de diciembre de 2017 acude a revisión, comprobándose buena tolerancia oral y heridas en buen estado.

El 30 de diciembre de 2017 acude a Urgencias del HUF por astenia y fiebre, sin referir clínica respiratoria ni digestiva pero sí dolor en fosa renal izquierda, que se irradia hacia abdomen. Se pauta radiografía y analítica, tras lo cual se recoge: *“dada la cirugía reciente, el aumento PCR y la alteración analítica en la coagulación se decide mantener en Urgencias”*. El juicio clínico es cuadro febril sin foco infeccioso.

El 1 de enero de 2018, ante accesos de tos con elevación PCR se prescribe amoxicilina ante sospecha de infección respiratoria y se solicita cultivo de esputo, que aislará Escherichia Coli.

El 2 de enero queda ingresada en Medicina Interna y se realiza exploración abdominal, con ruidos normales, blando y depresible y sin dolor a la palpación, no presenta masas ni megalias y prueba de puño percusión renal negativo. Consta buena tolerancia a dieta oral, sin nauseas ni vómitos.

El 3 de enero se hace constar que presenta mejoría a nivel respiratorio con persistencia de febrícula y flebitis en el brazo izquierdo.

El 4 de enero se encuentra afebril, solicitándose doppler para descartar tromboflebitis séptica.

En los días siguientes muestra buena evolución refiriendo encontrarse bien.

El 8 de enero el doppler muestra trombosis de un tramo de la vena cefálica izquierda, hallazgos sugestivos de troboflebitis. Ese mismo día se le da el alta con el juicio clínico:

1. Síndrome febril de origen respiratorio.

2. Infección respiratoria por E. Coli multisensible.
3. Alteración de INR en probable relación con déficit de vitamina K secundario a déficit nutricional.
4. Tromboflebitis de vena cefálica en relación con vía periférica.
5. Hipopotasemia leve.
6. Candidiasis genital secundaria a antibioterapia.

Con fecha 15 de enero de 2018 la reclamante acude nuevamente a Urgencias del HUF por fiebre, vómitos e incluso mala tolerancia al agua. Tras realizar analítica y radiografía es remitida a Cirugía de Digestivo solicitándose TAC abdominal con contraste y, tras su valoración, el posterior día 16 de enero, se realiza el siguiente diagnóstico: *“complicación postquirúrgica en hipocondrio izquierdo adyacente al área de gastrectomía con cambios inflamatorios y gas intraperitoneal y un absceso en la celda esplénica. Pudiera tratarse de un infarto esplénico sobreinfectado o de una perforación que ha originado un absceso intraperitoneal que se ha extendido a la celda esplénica. Seroma postquirúrgico entorno a mala umbilical”.*

Se realiza nuevo TAC de abdomen complementario al realizado y se confirma la existencia de una pequeña fuga del contraste, acompañado de burbujas de aire extraluminal y pequeñas colecciones circundantes que contactan con el bazo, asociándose además un extenso infarto esplénico.

El 18 de enero se realiza endoscopia con diagnóstico de úlcera esofágica sin identificar fistula.

El 24 de enero se realiza nuevo TAC abdominal con contraste, resultando el diagnóstico de abscesificación del infarto esplénico y se explica a la paciente la situación y conveniencia de una esplenectomía.

El 25 de enero se realiza la extirpación del bazo y se deja parche de Veriset sobre la zona de fuga, protegiéndola con epiploplastia en hilo esplénico.

En días posteriores presenta disnea y distensión abdominal, con importante deterioro analítico, realizándose TAC el 29 de enero observándose líquido intrabdominal y neumoperitoneo.

El mismo día 29 de enero se realiza endoscopia intraoperatoria para la colocación de prótesis endoluminal.

Tras buena evolución, a los siete días presenta nuevamente fiebre y se realiza nuevo TAC, que objetivó discreto derrame pleural izquierdo, no visualizándose fuga del contraste oral y persistiendo gran colección hidroaérea en el lecho de la esplenectomía.

El 14 de febrero se recoloca la prótesis metálica objetivándose fuga a través de la malla y comprobándose tras la intervención la ausencia de fuga.

El 21 de febrero se procede a la retirada de la prótesis y la colocación de una nueva que cubre la localización de la fuga.

El 4 de abril de 2018 se realiza la retirada de la prótesis, consiguiéndose extraer de forma completa, pero estando adherido a un fragmento de esófago y revisado endoscópicamente se visualiza mucosa de tercio superior de esófago de unos 23 cm. y posterior pérdida de solución de continuidad.

El 25 de abril de 2018 se realiza endoscopía de revisión en la que se objetiva estenosis esofágica desde 25 cm. hasta área de anastomosis quirúrgica de unos 8 cm. de longitud.

El 27 de abril de 2018 se reúnen en sesión clínica los servicios de Cirugía Digestiva, el Servicio de Digestivo y Endocrinología para reevaluar a la paciente, acordando como primera opción la dilatación esofágica con balones muy finos. Asimismo, hasta poder asegurar la nutrición oral se acuerda la colocación de yeyunostomía para evitar complicaciones de nutrición parenteral y posible iatrogenia de una sonda nasoyeyural.

Se realizaron once sesiones de dilatación endoscópica entre los días 23 de mayo y 7 de noviembre del 2018.

El 15 de noviembre de 2018 presenta hematemesis que requirió gastroscopia urgente, observándose coágulo adherido al esófago decidiéndose no realizar más dilataciones.

El 27 de noviembre se realizó revisión endoscópica que recomendó descartar fistula digestiva, que fue objetivada mediante TAC realizado dos días después.

El 5 de febrero de 2019 se realiza esofaguectomía transhiatal con resección del tubular previo fistulizado e ileocoloplastia.

El 21 de febrero se inicia tolerancia con agua sin evidenciar ninguna fuga.

El 28 de febrero se realiza nuevo TAC sin hallazgos significativos salvo la existencia de asas distales dilatadas, pero sin cambios de calibre que sugiera obstrucción, siendo dada de alta hospitalaria.

El 15 de marzo de 2019 se produce nuevo ingreso en Urgencias por fiebre y diarrea, siendo dada de alta 5 días después.

Con posterioridad, la reclamante sigue revisiones en Cirugía Digestiva y Endocrinología.

TERCERO.- Iniciado el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), se requirió la acreditación de la representación o la firma de la reclamación por el segundo de los reclamantes, lo que se cumplimentó el 18 de marzo de 2020 y se acompañó de dictamen facultativo fechado el 27 de febrero de 2020, de declaración de grado de minusvalía del 48 %, por enfermedad de aparato digestivo por trastorno funcional posoperatorio y trastorno de afectividad.

Asimismo, se recabó la historia clínica recogida anteriormente, junto con los informes de los servicios intervinientes, en concreto, se analiza:

- Informe de la jefa del Servicio de Medicina Interna que analiza la asistencia prestada al ser ingresada en planta el 31 de diciembre de 2017, indicando que la paciente no refiere dolor abdominal ni alteraciones del tránsito, presentando solo fiebre y sintomatología respiratoria, por lo que no estaba indicado la realización de TAC abdominal.

- Informe fechado el 3 de julio de 2020 del jefe del Servicio de Aparato Digestivo, en el que explica las actuaciones realizadas por ese Servicio.

- Informe del jefe del Servicio de Cirugía de Aparato Digestivo en el que expone que la reclamante fue intervenida por obesidad mórbida,

previa firma del consentimiento informado, donde se recogía la posibilidad de fistula y riesgo de mortalidad. En la primera revisión no presentaba ninguna complicación. Del ingreso realizado el 30 de diciembre posterior a la intervención dicen no tener información, no siendo hasta el 15 de enero de 2018 cuando se realiza TAC y se diagnosticó posible infarto esplénico, que se trata inicialmente de forma conservadora pero que, dada la mala evolución posterior, se realizó una esplenectomía, comprobándose una pequeña fuga del tubular gástrico que, ante su persistencia, se interviene para colocación de una prótesis que permita sellar la fistula.

Solicitado informe a la Inspección Sanitaria, se requiere el consentimiento informado, contestando el Hospital de Fuenlabrada señalando que el consentimiento sobre contraste yodado de 20 de febrero de 2018 del que se dispone carece de firma de la paciente.

Con fecha 27 de mayo de 2022 se emite informe por un inspector médico, en el que, tras analizar de manera somera los antecedentes clínicos, refiere que la cirugía bariátrica tiene numerosas complicaciones con elevada morbilidad y mortalidad, pero que considera exitosa en el caso de la reclamante al haber perdido 53 kilos. En concreto, con respecto al reproche a la asistencia prestada al ser ingresada en Urgencias el 30 de diciembre de 2017, el informe refiere: *“la paciente tenía en ese momento síntomas respiratorios y en cualquier caso el servicio de medicina interna es un servicio generalista, muy adecuado para observar la situación de los pacientes y averiguar el origen de su patología que en ese episodio parecía de origen respiratorio con síntomas respiratorios y fiebre y un cultivo en el esputo de escherichia coli por lo que fue tratada de ello sin relacionarlo con la intervención de este episodio. Se la dio de alta el día 8 de enero de 2018. Consideramos correcto que fuera ingresada en el Servicio de medicina*

Interna para observación y seguimiento a esta paciente con los síntomas que presentaba”.

Conferido trámite de audiencia, el 30 de junio de 2022 se presentan alegaciones por los reclamantes, en el que dicen que la paciente no firmó el consentimiento informado donde se recogían los problemas de sutura, reiterando las complicaciones que se fueron sucediendo en la reclamante y se ratifican en su reclamación.

Con fecha 7 de febrero se presenta nuevo escrito por los reclamantes en el que cuantifican la indemnización en 170.000 euros.

Finalmente, el 24 de mayo de 2023, el viceconsejero de Gestión Económica propone desestimar la reclamación.

CUARTO.- El 30 de mayo de 2023 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente al letrado vocal D. Carlos Hernández Claverie, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 13 de julio de 2023.

A la vista de todo lo expuesto, 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 de cuantía 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 la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la pretensión de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), en cuanto al daño alegado que la atención sanitaria le haya podido ocasionar en su persona.

Respecto al marido e hijo menor de la primera reclamante, si bien no cabe descartar la legitimación de los familiares de quien ha sufrido daños físicos derivados de la asistencia sanitaria, esa legitimación estará condicionada a la acreditación de que las lesiones de su esposa y madre tuvieron una influencia vital relevante y que le causó un daño económico o moral propio. Sin embargo, en el caso que nos ocupa, ninguna prueba se ha presentado al respecto, ni se cuantifican daños específicos de manera autónoma a los propios de la persona que sufrió los perjuicios físicos, sin que sea indemnizable el lógico malestar, preocupación o desasosiego que los padecimientos de un familiar pueden causar.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, en tanto que la asistencia fue dispensada en un centro sanitario de titularidad pública integrado en su red sanitaria.

Por lo que se refiere al plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC, el derecho a reclamar prescribe en el transcurso de un año a contar desde el hecho causante o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños físicos, el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación de las secuelas.

En el caso examinado, la reclamación se presentó el 20 de febrero de 2020, siendo lo cierto que el 28 de febrero de 2019 se le realizó nuevo TAC abdominal para comprobar la evolución de las secuelas derivadas de la cirugía bariátrica, y estuvo sometida a nuevas revisiones en los meses posteriores, evidenciándose que las secuelas no pueden considerarse consolidadas a 20 de febrero de 2019, lo hace que la acción deba reputarse formulada en plazo.

Entre los trámites seguidos, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen y según exige el artículo 81.1 de la LPAC, se ha recabado informe de los servicios relacionados con el daño alegado. Habiéndose recaba también informe de la Inspección Médica sobre los hechos que motivan la reclamación.

Igualmente, se ha cumplido con el preceptivo trámite de audiencia exigido en el artículo 82.1 LPAC

Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, propuesta remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido

ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de nuestra Constitución, 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 la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su título Preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes, y que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios 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) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009

(recurso de casación 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, “no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16 de marzo de 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:

“(...) 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 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 porque el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas sentencias (por todas, la STS de 19 de mayo de 2015, RC 4397/2010) ha señalado 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*”.

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 este sentido recuerda la Sentencia de 13 de febrero de 2018 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 597/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo 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 quien a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”*.

A tal efecto, debe tenerse en cuenta que la carga de la prueba en los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponde a quien reclama sin perjuicio de que se pueda modular dicha carga en virtud del principio de facilidad probatoria. En ese sentido, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su Sentencia de 5 de junio de 2017 (Rec. 909/2014), recuerda: *“Este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985, 9 de junio de 1986, 22 de septiembre de 1986, 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero, 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997, 21 de septiembre de 1998), todo ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra [sentencias Tribunal Supremo (3ª) de 29 de enero; 5 de febrero y 19 de febrero de 1990 y 2 de noviembre de 1992, entre otras]”*.

En el caso que nos ocupa, no resulta controvertida la existencia de unos evidentes perjuicios físicos derivados de las complicaciones derivadas de la cirugía bariátrica realizada a la primera reclamante, que motivó la extirpación del bazo en una nueva intervención quirúrgica, seis intervenciones posteriores, once dilataciones esofágicas y los consiguientes ingresos hospitalarios.

En la reclamación inicial el reproche se centra en la asistencia recibida en Urgencias el 30 de diciembre de 2017 y los días posteriores, al no realizársele ninguna prueba específica como TAC o resonancia magnética, que hubieran podido advertir las complicaciones derivadas de la cirugía bariátrica realizada unas semanas antes. Según los reclamantes, en esos días se llegó a un diagnóstico completamente erróneo al llegar al juicio clínico de infección respiratoria, cuando en realidad se estaba ante una infección por fuga durante la gastrectomía.

Las afirmaciones contenidas en la reclamación se realizan sin venir acompañadas de pericial médica que permita sustentar la afirmación sobre las pruebas que debía habersele realizado ante la clínica que presentaba la reclamante.

A este respecto, debemos recordar las dificultades que presenta el diagnóstico en la práctica médica y que constituye una fase esencial en la asistencia sanitaria. A este respecto, cabe traer a colación la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 13 de enero de 2022 (Rec. 640/2018), en la que dice: *“la fase de diagnóstico es una de las más importantes y difíciles de la práctica médica a la que se llega después de un proceso de aproximaciones sucesivas que requiere del examen de la historia clínica, la exploración física y las pruebas complementarias pertinentes al caso y que se efectúan progresivamente para llegar al diagnóstico concreto. Se trata de un proceso complejo en el que intervienen muchos factores y en sus primeras fases resulta difícil poder hablar de un error, dado que determinadas sintomatologías pueden sugerir diversas patologías que deben ser, o no, descartadas. No obstante, lo anterior, respecto al error de diagnóstico es importante advertir que para que éste sea generador de responsabilidad es necesario que atendidas las circunstancias del caso y en particular el estado de conocimiento de la ciencia en el momento de producirse el evento lesivo, pueda afirmarse que resultaba factible para el servicio*

sanitario realizar dicho diagnóstico y que el mismo, de haberse realizado, posibilitara alguna oportunidad de curación”. Añadiendo: “el error de diagnóstico es fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración, por incumplimiento de la obligación de aplicar las técnicas sanitarias en función del proceso a conocimiento de la práctica médica”.

En el caso concreto que es objeto de nuestro análisis, los únicos criterios médicos de los que disponemos para conocer cual debería haber sido la actuación en Urgencias y por Medicina Interna, cuando la reclamante acude por fiebre el 30 de diciembre de 2017, es el informe de ese servicio y el del inspector médico. Ambos coinciden en afirmar que ante la ausencia de sintomatología abdominal o digestiva no estaba indicada ninguna prueba distinta de las realizadas por el síndrome febril inespecífico y, ante un cultivo de esputo con crecimiento de bacteria, el diagnóstico de síndrome febril de origen respiratorio lo reputan correcto.

Ciertamente, examinando la historia clínica se constata la ausencia de cualquier síntoma digestivo en su primera visita a Urgencias, y consta que el día 2 de enero de 2018, cuando queda ingresada en Medicina Interna, se realiza exploración abdominal, anotándose: *“con ruidos normales, blando y depresible y sin dolor a la palpación, no presenta masas ni megalias y prueba de puño percusión renal negativo. Consta buena tolerancia a dieta oral, sin nauseas ni vómitos”.*

Por tanto, no cabe hacer un juicio retrospectivo a la vista de la evolución posterior de la paciente y la aparición de complicaciones derivadas de la cirugía bariátrica. Como por esta Comisión Jurídica Asesora se ha señalado en diversas ocasiones, procede tener presente que la asistencia médica ha de atender a las circunstancias y a los síntomas del enfermo, mediante un juicio *ex ante* y no *ex post*. En ese

sentido también se ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 4 de abril 26/28 de 2017 (recurso 532/2015) según la cual: *“No es correcto realizar una interpretación de lo acontecido conociendo el resultado final. La calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe realizarse por un juicio ex post, sino por un juicio ex ante, es decir, si con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente”*.

La reclamación no hace más reproches a la actuación sanitaria posterior salvo en lo referente a deficiencias en la información.

No cabe duda de la importancia de la información que ha de suministrarse a los pacientes para que presten su consentimiento, tal y como se regula en la actualidad la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, cuyo artículo 3 lo define como: *“la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud”*, información que incluye los posibles riesgos que se puedan producir (artículo 8.3 Ley 41/2002). La finalidad de la información es permitir al paciente tomar la decisión de someterse a la técnica médica de que se trate con conocimiento de los riesgos que pueden derivarse de la misma, y la falta de información equivale a una limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral contemplado en el artículo 15 de la Constitución según tiene declarado el Tribunal Constitucional en sentencia 37/2011, de 28 de marzo.

No obstante, cabe recordar que en la información que se ha de ofrecer en los documentos de consentimiento informado ha de existir un equilibrio, de tal forma que se contenga una información suficiente sin caer en informaciones excesivas o de naturaleza técnica que resulten incomprensibles para el paciente. En este sentido el artículo 10 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, exige que se informe al paciente de: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; d) Las contraindicaciones.

En ese sentido, el TSJ de Asturias, en Sentencia de 29 de junio de 2018 (rec.529/2017) dice: *“Así pues, el consentimiento informado ha de ajustarse a estándares de razonabilidad y no convertirse en formulario que integren el vademécum de padecimientos, riesgos y complicaciones universales, inmediatas o remotas. Se trata, en definitiva, de que el paciente pueda sopesar los riesgos para tomar una decisión congruente con los mismos. A este respecto, hay que advertir que lo sustancial es informar de los riesgos patológicos y no de la causa mecánica de los mismos”*.

En concreto, la reclamante refiere en sus alegaciones finales que no fue informada de la posibilidad de fístulas por fallo en las suturas, complicación que determino la fuga gástrica y todo el pernicioso proceso que ha padecido. Sin embargo, esa afirmación no se ajusta a la realidad, consta en el expediente el consentimiento firmado el 20 de septiembre de 2017 para la gastrectomía vertical para tratar la obesidad mórbida, donde expresamente se recoge entre los riesgos graves *“fístulas intestinales por fallo en la cicatrización de las suturas”*.

Es cierto que el absceso esplénico y la necesidad de realizar esplenectomía, que sufrió también la reclamante, no está expresamente recogido, pero sí incluye otras complicaciones graves, y advierte del riesgo de necesitar nuevas intervenciones incluso de urgencia y del riesgo de mortalidad. Esa información resulta más que suficiente para que todo paciente sea consciente de la envergadura de las complicaciones y efectos perniciosos que se pueden producir, sin necesidad de que, como ya hemos expuesto, el consentimiento agote la totalidad de las posibles complicaciones.

No obstante, para el abordaje de la fuga se implantó una prótesis endoluminal que inicialmente no dio resultado, debiéndose colocar una segunda tras la retirada de la primera, lo que se hizo el 4 de abril de 2018. En esta segunda intervención se produjo una lesión esofágica que provocó una estenosis del esófago, para cuyo tratamiento se realizaron hasta once dilataciones esofágicas. Pues bien, a lo largo del expediente, y pese haber sido pedidos todos los consentimientos informados al centro hospitalario, no hay constancia de que la reclamante fuera informada de los riesgos y complicaciones de la extracción de la prótesis endoluminal y posterior colocación de otra nueva, realizada el citado día 4 de abril de 2018.

Así, ninguna duda puede ofrecer que se ha vulnerado el derecho a la información y a la autonomía del paciente al no exponerle ninguno de los riesgos que la extracción de la prótesis conllevaba, siendo lo cierto que en el curso de esa intervención se provocó una lesión esofágica relevante.

Se aprecian también la existencia de otro documento de consentimiento informado sin firmar, como es el correspondiente a la realización de una prueba diagnóstica con administración de contraste yodado, pero ninguna complicación derivó de ese concreto acto médico, por lo que esa omisión resultó irrelevante.

Resta por valorar el daño moral causado por la omisión de toda información para la cirugía realizada el 4 de abril de 2018, labor extremadamente complicada por su gran subjetivismo [sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 (r. 592/2006) y 23 de marzo de 2011 (r. 15/162302/2009)]. En cuanto a su concreta indemnización, la Sentencia de 11 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (r. 1018/2013), resalta la dificultad de cuantificar ese daño moral, para lo cual deberán ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso a la hora de determinar la cuantía *“de un modo estimativo atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin que, ni siquiera con carácter orientativo, proceda fijar la cuantía de la indemnización con base en módulos objetivos o tablas indemnizatorias como las contempladas en las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones”*.

Así, considerando que estamos ante una omisión total de información y la relevancia de los riesgos que conllevaba la cirugía, y pese a que, según los informes, no se aprecia la existencia de alternativa terapéutica, cabe valorar el daño moral por vulneración de la autonomía de la voluntad en 9.000 euros.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la estimación parcial de la presente reclamación de responsabilidad patrimonial y reconocer una indemnización por daño moral a la primera de las reclamantes de 9.000 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 13 de julio de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 384/23

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 - Madrid