

Dictamen nº: **348/22**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **07.06.22**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 7 de junio de 2022, 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 procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por un abogado, en nombre y representación de Dña., por los daños y perjuicios sufridos que imputa a la nefroureterectomía radical realizada en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón que reputa innecesaria.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 23 de marzo de 2021 tuvo entrada en el registro del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) un escrito por el que un abogado, en nombre de la persona citada en el encabezamiento, formula una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que relata que la interesada tenía antecedentes de cistitis crónica intersticial/síndrome de vejiga dolorosa desde 2015. Refiere que había realizado visitas a los servicios de Urgencias y de Urología en los años 2015 y 2016 en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón y más recientes en el mes de octubre de 2019 en los que figura como antecedentes “*cistitis intersticial con hiperactividad del detrusor en seguimiento por Urología*” y

con asistencia por “cuadro de dolor uretral que se irradia hacia la fosa renal derecha de varios días de evolución” con diagnóstico final de “cólico renoureteral no complicado”.

La reclamante detalla que en informe de radiodiagnóstico del referido centro hospitalario de 10 de enero de 2020 consta “cólico renal derecho – en ecografía – ectasia del riñón izquierdo” y se solicita TAC sin contraste. Subraya que en dicho informe resulta relevante la anotación “dada la ausencia de contraste no se puede valorar posibles engrosamientos murales uroteliales patológicos de origen tumoral. Correlacionar con la clínica”. Y concluye “sin evidencia de urolitiasis. Dilatación sistema excretor izquierdo superior y medio sin llegar a identificar la causa de la dilatación. Valorar el contexto clínico y considerar complementar estudio con TAC de contraste intravenosa o ureterocistoscopia”. Añade que el 19 de febrero de 2020 en informe de radiodiagnóstico por urografía (TAC de contraste) consta como conclusión “ectasia ambos sistemas excretores con captación mucosa difusa de probable carácter inflamatorio. Uropatía obstructiva subaguda/crónica con engrosamiento concéntrico estenótico de uréter pélvico izquierdo que podría estar en relación con tumoración urotelial. Se recomienda ureteroscopia2.

La reclamación reprocha que en vez de agotar los medios diagnósticos recomendados y confirmar el cuadro que presentaba la paciente, en pleno estado de alarma por la COVID 19, entre el 18 y 26 de marzo, la reclamante se sometió a una cirugía en la que se le extirparon directamente su riñón izquierdo junto al uréter y finalmente en estudio de Anatomía Patológica se señaló que el riñón sufrió pielonefritis crónica de patrón linfocitario folicular, es decir, la obstrucción que padecía era causa de una infección y no de un tumor. Además de lo anterior, en el informe de Anatomía Patológica de 5 de marzo de 2020 de citología de orina consta “extendido negativo para células malignas con marcado componente inflamatorio”.

El escrito de reclamación reprocha que, en virtud de la asistencia sanitaria descrita, la reclamante, de 75 años, ha quedado sin un riñón y con un filtrado glomerular de 50ml/min, *“por la sorprendente cirugía severa y radical”* en la que ni consta prueba diagnóstica que el propio Servicio de Radiología recomienda, ni consentimiento informado, ni alternativas terapéuticas, ni diagnóstico, ni tratamiento para la pielonefritis crónica. Subraya que la pielonefritis crónica, según la literatura médica, tiene como principal ataque la pauta de antibióticos o la propia corrección de la obstrucción al no ser un cuadro agresivo que ponga en riesgo la vida del paciente, pero nunca la propia extirpación del órgano como primera línea de tratamiento y menos todavía sin la confirmación cierta de si existe tumoración o no, lo que de haberse confirmado, hubiera abierto otra vía de estudio y tratamiento sobre el que la paciente debe ser informada.

Por todo ello, solicita una indemnización de 128.586,88 euros y se acompaña el escrito con un documento privado por el que se confiere la representación al abogado firmante de la reclamación; diversa documentación médica relativa a la asistencia sanitaria reprochada y un informe pericial suscrito por un médico especialista en Urología y Andrología (folios 1 a 95 del expediente).

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

La reclamante, de 75 años de edad en la fecha de los hechos objeto de reclamación, contaba con antecedentes de infección del tracto urinario de repetición, por lo que había sido atendida en múltiples ocasiones en Urgencias y consultas externas del Hospital General Universitario Gregorio Marañón. En el año 2015, tras la realización de diversas pruebas por parte del Servicio de Urología del referido centro hospitalario (analíticas, urocultivos, ecografía urinaria, UroTac, hidrodistensión vesical y citoscopia) se diagnosticó: síndrome de vejiga

dolorosa-cistitis intersticial. El 9 de junio de 2016 se realizó inyección intravesical de toxina botulínica sin incidencias.

La reclamante acudió el 15 de octubre de 2019 al Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario Gregorio Marañón por disuria. Refería cuadro de dolor uretral que irradiaba hacia fosa renal derecha, de varios días de evolución, con disuria, polaquiuria, sin fiebre, ni sensación distérmica. Asociaba náuseas sin vómitos. En la anamnesis se hizo constar que tuvo un episodio similar 10 días antes, diagnosticado por su médico de Atención Primaria de cólico renoureteral pendiente de realizar ecografía abdominal. Tras la exploración, analítica sin hallazgos significativos y Rx de abdomen, se emitió el juicio clínico de cólico renoureteral no complicado, pautándose tratamiento sintomático y control por su médico de Atención Primaria.

El 23 de octubre de 2019 se realiza ecografía de aparato urinario con el siguiente resultado: *“ambos riñones son de tamaño, morfología y posición normal. El grosor corticomedular está conservado. No se identifican imágenes sugestivas de litiasis. Ectasia pielocalicial y de uréter proximal en riñón izquierdo, no siendo posible seguir el trayecto ureteral por interposición de gas intestinal. Vejiga a media repleción, de paredes lisas, sin lesiones intraluminales. Aorta abdominal de calibre normal. No se aprecia líquido libre intraabdominal”*.

El 3 de diciembre 2019 la reclamante acude al Servicio de Urología. Se anota que la paciente ha tenido un episodio de cólico renoureteral derecho no expulsivo que cedió con tratamiento. Se solicitó un TAC sin contraste.

La interesada volvió al Servicio de Urgencias el 20 de diciembre de 2019 por dolor inguinal derecho irradiado a fosa renal derecha de horas de evolución, acompañado de náuseas y un vómito. Refería polaquiuria, sensación de vaciado incompleto sin disuria ni cambios en la coloración

de la orina ni hematuria. Se diagnosticó infección del tracto urinario y se pautó tratamiento con antibióticos (cefotaxima) y analgésicos.

El 10 de enero de 2020 se realizó un TC sin contraste con la siguiente conclusión: “*Sin evidencia urolitiasis. Dilatación sistema excretor izquierdo superior y medio sin llegar a identificar la causa de la dilatación. Valorar en contexto clínico y considerar completar el estudio con TC con contraste IV o ureteroscopia*”.

El 21 de enero de 2020 se solicita TC urografía con carácter preferente que se realiza el 19 de febrero para “*descartar neoplasia uroterial*” y con la conclusión de “*ectasia de ambos sistemas excretores con captación mucosa difusa de probable carácter inflamatorio. Uropatía obstructiva subaguda/crónica con engrosamiento concéntrico estenótico de uréter pélvico izquierdo que podría estar en relación con tumoración urotelial. Se recomienda ureteroscopia*”.

El 3 de marzo de 2020 la reclamante acude al Servicio de Urología, se ve el resultado del TC y se solicita citología de orina y cistoscopia para evaluar el trigono y luego plantear el tratamiento quirúrgico. El 4 de marzo se realiza la citología que resulta negativa para malignidad con notable componente inflamatorio. El 9 de marzo se realiza cistoscopia, informada como: “*muy mala tolerancia a la prueba, vejiga poco distensible, sin lesiones papilares sospechosas ni áreas de sospecha de CIS, ambos meatos ureterales de aspecto protruyente, trigono sobreelevado, no trigonitis, no se observan lesiones a través de meatos ureterales*”.

La reclamante acude a consulta el 10 de marzo de 2020. Se anota que se encuentra con cierto dolor en el flanco, que las citologías son negativas y la cistoscopia sin afectación vesical visible. Se apunta a la reclamante en lista de espera quirúrgica y se realiza interconsulta a Anestesia. Ese mismo día la reclamante firma el documento de

consentimiento informado para nefroureterectomía radical. Consta en el documento que con el procedimiento se pretende la eliminación del riñón y uréter enfermo y la desaparición de los síntomas que provoca y que esto es así porque la intervención suele realizarse para tratar un tumor maligno habitualmente con intención curativa o paliativa. Se describen los riesgos típicos de la cirugía, los infrecuentes y graves y las contraindicaciones. No constan alternativas ni riesgos personalizados.

El 18 de marzo de 2020 tiene lugar la consulta de preanestesia y el 26 de marzo siguiente se realiza nefroureterectomía izquierda laparoscópica. La interesada evoluciona favorablemente y es dada de alta el 28 de marzo de 2020.

El informe de Anatomía Patológica da cuenta de pielonefritis crónica de patrón linfocitario folicular. Nefroangioesclerosis leve.

El 27 de abril de 2020 se realiza estudio de inmunohistoquímica así como moleculares PCR que sugiere en primer término un origen reactivo del infiltrado descrito.

El 2 de julio de 2020 se realiza ecografía de aparato urinario para control posquirúrgico. El lecho de nefroureterectomía izquierda sin alteraciones destacables. Riñón derecho de tamaño, morfología y ecoestructura conservadas, sin objetivarse lesiones focales sólidas ni colecciones perirrenales. No se identifican litiasis macroscópicas. Se aprecia leve ectasia de la vía excretora derecha (que disminuye aunque persiste tras la micción) así como engrosamiento mural difuso de las paredes de la pelvis y el uréter, similar a lo que se objetivaba en el TC previo, compatible con cambios inflamatorios crónicos. El tercio medio del uréter no es valorable por interposición de gas intestinal. Uréter distal de calibre normal. Vejiga moderadamente replecionada, sin alteraciones parietales objetivables. Volumen premiccional de 51 cc y postmiccional de 34 cc. Aorta abdominal de calibre normal.

La ecografía abdominal realizada el 6 de agosto de 2020 concluye: “*Sin lesiones focales hepáticas. Cambios postquirúrgicos por nefroureterectomía izquierda. Persiste dilatación del uréter proximal derecho, con pelvis renal de unos 11 mm, estable al menos desde la ecografía de 2/07/20*”.

El 16 de noviembre de 2020 se realiza ecografía de aparato urinario con el resultado de “*riñón derecho único de tamaño y características normales. Vejiga urinaria bien distendida sin lesiones parietales*”.

En la revisión de 10 de diciembre de 2020 se anota que la paciente se encuentra bastante bien con ecografía con riñón derecho y vejiga sin hallazgos. Está pendiente de analítica.

TERCERO. - Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Consta que se requirió al firmante del escrito de reclamación para que acreditara la representación que decía ostentar de la interesada. Figura en el expediente que ante la imposibilidad de otorgar el poder *apud acta* por la situación motivada por la COVID 19, aportan escrito de ratificación de la reclamación firmado por la interesada y su abogado, tal y como dicen les fue sugerido por el funcionario del SERMAS por el que fueron atendidos.

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la reclamante del Hospital General Universitario Gregorio Marañón (folios 101 a 406 del expediente).

Figura también en el procedimiento el informe de 4 de mayo de 2021 del Servicio de Urología del referido centro hospitalario en el que se indica que la reclamante estaba diagnosticada de síndrome de vejiga dolorosa/ cistitis intersticial por lo que había sido tratada y seguida periódicamente en ese servicio. El 15 de octubre de 2019 acudió a Urgencias y fue diagnosticada de cólico renoureteral derecho, que cedió con tratamiento médico. Posteriormente fue vista en consulta el 3 de diciembre de 2019, siendo revisada la paciente y la ecografía renal y vesical realizada el 23 de octubre.

El informe explica que ante los hallazgos del sistema excretor izquierdo se solicitó TAC abdómino-pélvico sin contraste, realizado el 10 de enero de 2020 y posteriormente TAC urografía con carácter preferente. El 3 de marzo de 2020, se anota el resultado de la exploración realizada el 19 de febrero en la que se aprecia uropatía obstructiva subaguda/crónica con engrosamiento concéntrico estenótico de uréter pélvico izquierdo que podría estar en relación con tumoración urotelial y se recomienda ureteroscopia. El informe indica que se solicitan cistoscopia y citologías urinarias. En la cistoscopia realizada el 9 de marzo de 2020 se describe "*muy mala tolerancia a la prueba, vejiga poco distensible, sin lesiones papilares sospechosas ni áreas de sospecha de cistitis, ambos meatos ureterales de aspecto protruyente, trigono sobrelevado, no trigonitis, no se observa lesiones a través de meatos ureterales*".

El informe añade que el 10 de marzo de 2020 acude a consulta presencial, refiere dolor moderado en el lado derecho y las citologías urinarias fueron negativas para malignidad. "*En dicha consulta, dada la alta sospecha de la presencia de una tumoración maligna urotelial izquierda y la situación inicial de pandemia por el Covid-19, que producía un riesgo elevado de contagio en pruebas diagnósticas invasivas y una limitación de acceso a los recursos quirúrgicos y de unidades de cuidados críticos, con el consiguiente retraso en la aplicación del tratamiento*

definitivo, estando de acuerdo la paciente y su familiar, se decide incluir a la misma en la lista de espera quirúrgica para nefroureterectomía izquierda laparoscópica con prioridad oncológica”.

Por último, el informe señala que, tras realizar estudio preoperatorio con fecha 26 de marzo de 2020 se realiza la nefroureterectomía izquierda por vía laparoscópica, sin incidencias, con alta hospitalaria el día 28 de marzo de 2020. Con fecha 7 de mayo de 2020 la reclamante acudió a consulta y se iniciaron revisiones periódicas, siendo la última consulta el 10 de diciembre de 2020.

Consta también en el expediente el informe de 27 de octubre de 2021 de la Inspección Sanitaria que, tras analizar la historia clínica de la interesada y el informe emitido en el curso del procedimiento, concluye que aunque no se confirmó el diagnóstico que se sospechaba de tumor de uréter, la decisión se tomó valorando los beneficios y los riesgos que en ese momento suponía retrasar la cirugía o solicitar nuevas exploraciones, considerando que era la mejor opción y se llevó a cabo informando de todo ello a la paciente y su familia. Por ello considera que la asistencia prestada se ha ajustado a la *lex artis*.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia a la reclamante, notificado el 11 de febrero de 2022. Consta que la interesada formuló alegaciones en las que incidió en los términos de su escrito inicial. También criticó el informe del Servicio de Urología al considerar que no tiene sentido decir que es un riesgo elevado de contagio hacer una prueba complementaria, cuando posteriormente se ingresa a la paciente para someterla a un tratamiento quirúrgico, mucho más agresivo y con ingreso hospitalario. Asimismo, reprocha que el documento de consentimiento informado de la cirugía radical da por hecho que la paciente tiene tumoración sin que conste una sola prueba diagnóstica de ello. Considera que el consentimiento informado de la nefroureterectomía debía explicar de manera clara y comprensible que

existía una prueba previa diagnóstica de descarte para confirmar la tumoración y que la paciente renunciaba a ella para someterse a la cirugía agresiva e irreversible. Por último, eleva la cuantía solicitada como indemnización a un importe de 143.171,19 euros.

Finalmente, el 29 de abril de 2022 se formuló propuesta de resolución en la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que no se ha acreditado infracción de la *lex artis* en la asistencia sanitaria reprochada.

CUARTO. - El 9 de mayo de 2022 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 296/22 a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 7 de junio de 2022.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y a solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en 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, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la LRJSP, al haber recibido la asistencia sanitaria reprochada. Consta que la reclamación se presentó inicialmente por un abogado en nombre de la interesada y que requerido para acreditar la representación que ostentaba de la reclamante, aportó el escrito de reclamación firmado por ambos, lo que supone la confirmación por la interesada de todo lo actuado y la convalidación de la actuación realizada en su nombre.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria reprochada se prestó por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, centro sanitario público de su red asistencial.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, en el que se reclama por la cirugía realizada el 26 de marzo de 2020, con alta hospitalaria el 28 de marzo

siguiente, debe reputarse formulada en plazo la reclamación presentada el 23 de marzo de 2021, teniendo en cuenta además la suspensión de los plazos de prescripción desde el 14 de marzo de 2020 al 4 de junio de 2020 conforme la disposición adicional 4^a del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sin perjuicio de la fecha de curación o de determinación de las secuelas.

En cuanto al procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se observa que en cumplimiento del artículo 81 de la LPAC se ha emitido informe por el Servicio de Urología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón. También se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la reclamante y se ha emitido informe por la Inspección Sanitaria con el resultado expuesto en los antecedentes de este dictamen. Tras ello, se confirió trámite de audiencia a la interesada y se redactó la propuesta de resolución en sentido desestimatorio de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada.

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 la Constitución Española y 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.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018

(recurso núm. 5006/2016), 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*”.

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 ocasiones (por todas, la Sentencia de 15 de marzo de 2018, recurso núm. 1016/2016) 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.- En este caso, como hemos visto en los antecedentes, la interesada alega la existencia de un error en el diagnóstico y tratamiento, pues considera que no se agotaron las pruebas diagnósticas oportunas antes de someterla a una nefroureterectomía que reputa innecesaria pues el informe de Anatomía Patológica realizado tras la cirugía descartó el tumor ureteral. Asimismo, aduce falta de información previa a la intervención.

En este caso, de acuerdo con las alegaciones efectuadas por la reclamante, lo relevante a la hora de enjuiciar la responsabilidad patrimonial es si se produjo la omisión de medios denunciada, pues como hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, en la medicina curativa nos encontramos ante obligaciones de medios y no de resultado, de tal forma que se cumple la *lex artis* cuando se utilizan todos los medios (de diagnóstico, de tratamiento, etc.) de los que se dispone. También hemos dicho con frecuencia que esta obligación de

medios debe entenderse ceñida al contexto del momento y las circunstancias en que se efectúa la asistencia, es decir, a los síntomas que presenta el paciente y a las probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología. En este sentido, con cita de la jurisprudencia, hemos recordado que lo que procede es un empleo de medios ordinarios y diligencia para cerciorarse de los diagnósticos que se sospechen, sin que se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior de los acontecimientos.

Centrado así el objeto de la reclamación, vamos a analizar los reproches de la interesada, partiendo de lo que constituye la regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de noviembre de 2019 (recurso 886/2017).

Como es sabido, y así lo destaca, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2020 (recurso 829/2017) *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica y este Tribunal carece de los conocimientos técnicos-médicos necesarios, por lo que debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos, bien porque las partes hayan aportado informes del perito de su elección al que hayan acudido o bien porque se hubiera solicitado la designación judicial de un perito a fin de que informe al Tribunal sobre los extremos solicitados”*.

En este caso, la reclamante ha aportado un informe pericial suscrito por un especialista en Urología y Andrología, que, si bien cuestiona la asistencia sanitaria, parte de la premisa de que *“establecer la praxis médica, en este caso, es especialmente complicado y sujeto a*

interpretaciones”. Además, el informe plantea muchos interrogantes sin dar una respuesta médica especializada sobre la forma en la que se debería haber actuado. Por otro lado, se observa que dicho informe se ha elaborado sin tener en cuenta la historia clínica completa sino la que en su día fue aportada por el centro hospitalario a solicitud de la interesada, si bien una vez incorporada al procedimiento la totalidad de la documentación que debió ser facilitada a la reclamante en su día, se observa que por parte de la interesada no se ha aportado un nuevo informe pericial a pesar de que el perito informante se ofreció a reevaluar el caso si dispusiera de mayor información, de modo que el que consta en el expediente no realiza un análisis completo de la asistencia sanitaria cuestionada.

Por otro lado, en contra de la mala praxis reprochada por la interesada, con apoyo en el citado informe pericial, se ha pronunciado tanto el informe del Servicio de Urología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, implicado en el proceso asistencial de la reclamante, como la Inspección Sanitaria.

En este sentido, el informe del Servicio de Urología, tras explicar las pruebas diagnósticas que se realizaron a la interesada para filiar su patología, destacando el TAC urografía que de forma preferente se practicó el 19 de febrero de 2020, apreciándose “*uropatía obstructiva subaguda I crónica con engrosamiento concéntrico estenótico de uréter pélvico izquierdo que podría estar relación con tumoración urotelial*”, así como citología de orina y cistoscopia, explica que ante la alta sospecha de la presencia de una tumoración maligna urotelial izquierda unida a la situación inicial de pandemia por el Covid-19, que producía un riesgo elevado de contagio en pruebas diagnósticas invasivas y una limitación de acceso a los recursos quirúrgicos y de unidades de cuidados críticos, lo que habría retrasado la aplicación del tratamiento definitivo, estando de acuerdo la paciente y su familiar, se decidió incluir a la interesada

en la lista de espera quirúrgica para nefroureterectomía izquierda laparoscópica con prioridad oncológica.

Por su parte la Inspección Sanitaria ha destacado en su informe que, de acuerdo con la bibliografía, la prueba diagnóstica de más valor en la determinación de tumor urotelial es la TC, en función de la cual se decidió la indicación quirúrgica y que la existencia de citología urinaria negativa no descartaba la presencia de un tumor urotelial. Además, ha incidido en la gravedad de la situación epidemiológica, destacando que los datos del informe de 22 de abril de 2020 de la Consejería de Sanidad de Madrid indican que el número de pacientes ingresados en los hospitales de la Comunidad de Madrid era de 6.440, en UCI 1.024, en seguimiento en Atención Primaria 20.094 y 117 fallecidos por COVID en hospitales y aunque no hay informe disponible de las fechas de marzo en las que se valoró la intervención, la situación epidemiológica era muy grave y el 26 de marzo de 2020, cuando se realizó la cirugía, ya se había declarado el estado de alarma. En base a dichas consideraciones, concluye que, aunque no se confirmó el diagnóstico que se sospechaba de tumor de uréter, la decisión se tomó valorando los beneficios y los riesgos que en ese momento suponía retrasar la cirugía o solicitar nuevas exploraciones, considerando que la intervención en esas circunstancias era la mejor opción, lo que la Inspección Sanitaria califica como ajustado a la *lex artis*.

Ante la concurrencia de informes periciales de sentido diverso e incluso contradictorio en sus conclusiones, la valoración conjunta de la prueba pericial ha de hacerse, según las reglas de la sana crítica, con análisis de la coherencia interna, argumentación y lógica de las conclusiones a que cada uno de ellos llega.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 2016 (rec. 1002/2013) manifiesta que «*las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que*

expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado (...)” y “no existen reglas generales pre establecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso (...)”».

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 17 de febrero de 2022 (rec. núm. 77/2019) señala que, “en estos casos es procedente un análisis crítico de los mismos, dándose preponderancia a aquellos informes valorativos de la praxis médica que, describiendo correctamente los hechos, los datos y fuentes de la información, están revestidos de mayor imparcialidad, objetividad e independencia y cuyas afirmaciones o conclusiones vengan dotadas de una mayor explicación racional y coherencia interna, asumiendo parámetros de calidad asentados por la comunidad científica, con referencia a protocolos que sean de aplicación al caso y estadísticas médicas relacionadas con el mismo. También se acostumbra a dar preferencia a aquellos dictámenes emitidos por facultativos especialistas en la materia, o bien con mayor experiencia práctica en la misma. Y en determinados asuntos, a aquéllos elaborados por funcionarios públicos u organismos oficiales en el ejercicio de su cargo y a los emitidos por sociedades científicas que gozan de prestigio en la materia sobre la que versa el dictamen”.

En este caso, el informe pericial aportado por la interesada, que ha sido elaborado por un especialista en Urología y Andrología, especialidad notoriamente relacionada con el problema suscitado, sin embargo, como hemos dicho, no ofrece una explicación técnica sobre la mala praxis denunciada, además de haber informado sobre una documentación clínica incompleta que no permite ofrecer una visión exhaustiva de la asistencia sanitaria cuestionada. En estas circunstancias cabe considerar que el informe pericial aportado por la interesada resulta insuficiente para acreditar la existencia de una actuación contraria a la *lex artis*. Carece de la necesaria fuerza de

convicción exigida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 6 de octubre de 2016 (núm. de rec.: 258/2013), convicción que reside, en gran medida, en la fundamentación y coherencia interna de los informes, en la cualificación técnica de sus autores y en su independencia o lejanía respecto a los intereses de las partes. En este caso, en una valoración conjunta de la prueba conforme a las reglas de la sana crítica, hemos de decantarnos por la mayor fuerza probatoria del informe de la Inspección Sanitaria y no solo por la objetividad que se presume del ejercicio de sus funciones sino por su mayor rigor argumental, complementario de las explicaciones facilitadas por el otro servicio informante.

Entendemos que, en este caso, al margen de la valoración médica que pone de manifiesto que por las pruebas diagnósticas realizadas existía una alta sospecha de la existencia de un proceso tumoral, resulta relevante, tal y como hace la Inspección Sanitaria, tener en cuenta el contexto en el que se produjo la asistencia y que condicionó la toma de decisiones por parte del servicio implicado. En efecto, como es sabido, en marzo de 2020 se produjo una súbita aparición de contagios por un virus de reciente aparición, que llevó a la OMS a la declaración de pandemia internacional el 11 de marzo y al Gobierno a declarar el estado de alarma por la emergencia sanitaria mediante el RD 463/2020, de 14 de marzo. Así, nos encontrábamos ante una situación excepcional en el que los medios humanos y materiales ordinarios y exigibles no eran suficientes para la atención sanitaria de los numerosos enfermos en condiciones de normalidad, lo que hacía necesario una racionalización de esos medios. Ante dicho escenario, resulta imposible desvincular un caso como el presente de la situación límite que se experimentó en la sanidad pública y en el conjunto de la sociedad, al comienzo de la pandemia, tal y como ha indicado esta misma Comisión Jurídica Asesora, en precedentes ocasiones, como los dictámenes 177/22 y 184/22, ambos de 29 de marzo y, en igual

sentido, el Consejo Consultivo de Andalucía, en sus dictámenes 424/21, de 1 de junio y 100/22, de 10 de febrero.

No obstante, al margen de la consideración de la asistencia sanitaria reprochada como conforme a la *lex artis* en base a los informes médicos del Servicio de Urología y de la Inspección Sanitaria, discrepamos del criterio mantenido en los citados informes en cuanto a la información suministrada a la reclamante y que esta fuera suficiente a los efectos de tomar la decisión de someterse a la cirugía realizada.

Como hemos señalado reiteradamente, 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 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 (en adelante, Ley 41/2002), 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*”.

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 Española, según tiene declarado el Tribunal Constitucional en la STC 37/2011, de 28 de marzo.

En el presente caso, como hemos visto, existe un documento de consentimiento informado firmado por la paciente para la nefroureterectomía radical, si bien no hay constancia de que la interesada fuera informada de que dicha cirugía se realizaba, no por

una confirmación diagnóstica de la presencia del tumor, sino por la existencia de una sospecha y por el contexto epidemiológico en el que se planteaba, pues el documento firmado es un formulario genérico que no ofrece dichas explicaciones y no hay ninguna anotación en la historia clínica que dicha información fuera suministrada a la paciente con carácter previo a recabar su consentimiento como exige los artículos 4 y 10 de Ley 41/2002. No sirven a tal efecto las explicaciones dadas por el Servicio de Neurología sobre la información suministrada pues las mismas no encuentran respaldo en las parcas anotaciones de la historia clínica de los días previos a la cirugía cuando se decidió la práctica de la intervención. En este punto, como hemos recordado reiteradamente, habrá que estar a lo que en la historia clínica se recoge, pues, como han reconocido los tribunales de justicia, nos encontramos con un documento administrativo en el que los hechos, actos o estados de cosas que consten el mismo se han de tener por ciertos, salvo que otros medios de prueba desvirtúen la certeza de lo documentado (así Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Catilla-León de 16 de noviembre de 2007 con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de febrero de 2006).

A la luz de lo expresado, cabe considerar que la Administración no ha acreditado que proporcionó a la reclamante la información exigible antes de someterse a la cirugía realizada el 26 de marzo de 2020, no siendo suficiente a tal efecto, conforme a lo expuesto el documento de consentimiento informado firmado por la interesada, debiendo reconocerse que la reclamante ha visto lesionado su derecho a conocer toda la información disponible sobre la actuación en el ámbito de su salud.

En estos casos la valoración de dicho daño, que hemos calificado como moral, es 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. 2302/2009)–. 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”*.

Por lo expuesto, teniendo en cuenta las particulares circunstancias del caso que han supuesto a la reclamante la pérdida de un órgano vital, cabe reconocer una indemnización de 10.000 euros por el daño moral sufrido por la interesada.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada, reconociendo una indemnización de 10.000 euros, al no haberse acreditado que la reclamante fuera debidamente informada con carácter previo a la cirugía realizada en el centro hospitalario.

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 7 de junio de 2022

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 348/22

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid