

Alvaro Sardinero García
Abogado

C/ Francisco Silveira, 19 Entpta. F
28028 - MADRID
Tel. y Fax: 91 308 37 60



Secretaría General Técnica
CONSEJERÍA DE SANIDAD

Comunidad de Madrid

NOTIFICACIÓN

NÚMERO

UNIDAD ADMINISTRATIVA
SECRETARÍA GENERAL TÉCNICA

Para su conocimiento y efectos le NOTIFICO, de conformidad con lo previsto en el artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, la ORDEN nº que el VICECONSEJERO DE SANIDAD, en virtud de la Orden nº 1122/2017, de 4 de diciembre, ha dictado por delegación del CONSEJERO DE SANIDAD, cuyo texto, transcrito a continuación, CERTIFICO coincide íntegramente con el original y constituye copia autenticada del mismo, en virtud de la atribución conferida al efecto por el artículo 46.1 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid en relación con el artículo Único del Decreto 40/1993, de 4 de marzo, por el que se determinan los órganos de la Administración de la Comunidad de Madrid con competencias para autenticar documentos

“Vista la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada y examinada la Propuesta de Resolución del procedimiento administrativo seguido al efecto , así como las actuaciones practicadas y documentos obrantes en el mismo procede, una vez instruido el expediente, resolver teniendo en cuenta los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado con fecha bajo la dirección letrada de D. ÁLVARO SARDINERO GARCÍA, formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que relata relacionados con una gastrectomía vertical laparoscópica realizada en Hospital

Según manifiesta la parte reclamante, la paciente padece obesidad mórbida por lo que se le explicaron dos técnicas quirúrgicas para realizar una reducción del estómago indicándole en qué consistían así como sus ventajas pero, según manifiesta, no se le explicó que las mismas pudiesen tener riesgos y/o secuelas.

La reclamante se decantó por una gastrectomía vertical que fue programada para el , ingresando el día anterior en el referido centro hospitalario donde le fue entregado un documento de consentimiento informado en el que solo se recogía como riesgo un leve sangrado o alguna fuga.

Tras la cirugía padeció regurgitaciones e intolerancia oral. Al desaparecer el efecto de la anestesia comenzó un dolor abdominal agudo irradiado a espalda con febrícula. El dolor aumentó los días siguientes.

El se le realizó un TAC abdominal que mostró una pequeña colección fluida sin pared definida en el aspecto proximal de la sutura gástrica como hallazgo inespecífico. Moderada cantidad de líquido libre abdominal. Infarto esplénico.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en mediante el siguiente código seguro de verificación



Comunidad de Madrid

Evidenciada la fuga y pese a que los leucocitos habían aumentado a 19.800 no fue sino hasta el día 24 cuando se realizó una laparoscopia exploradora que mostró una peritonitis purulenta.

Tras la intervención fue trasladada a Reanimación donde sufrió un nuevo deterioro con vómitos y débito por drenaje subfrénico izquierdo de aspecto intestinal acompañado de febrícula por lo que pasó de nuevo a quirófano donde se retiró la endoprótesis, se aproximaron los bordes de la fuga con clips y se colocó una nueva prótesis de forma endoscópica. En el postoperatoria los débitos disminuyeron pero no la febrícula.

Al no mejorar fue reintervenida el 21 de diciembre con un nuevo intento endoscópico de cierre de fuga de grapado y colocación de endoprótesis.

Finalmente se decidió realizar una gastrectomía total el 13 de enero

Afirma que como consecuencia de la demora en la reintervención y la falta de información sufrió una radiculopatía con denervación leve en territorio radicular L5 derecho que determinó que permaneciese encamada en decúbito lateral derecho durante 17 días. Al recibir el alta notaba acorchamiento en muslo y pie derecho con problemas de movilidad.

Afirma que sufre secuelas físicas (gastrectomía total, radiculopatía con afectación de miembro inferior derecho), perjuicio estético importante, minusvalía e incapacidad, incapacidad temporal (60 días de hospitalización, 198 días improductivos), necesidad de cuatro reintervenciones y daños morales.

Considera la reclamación que ha existido retraso de tratamiento al ser intervenida el día 24 y no el día 23, consentimiento informado insuficiente y ausencia de información verbal y daño desproporcionado.

Solicita, por todo ello una indemnización por un importe total de 100.000 euros.

Aporta diversa documentación médica y fotografías

SEGUNDO.- La Historia Clínica de la paciente, así como la restante documentación médica incorporada al expediente, revela los siguientes datos:

- La paciente, nacida en 1963, padecía obesidad mórbida siendo diagnosticada de Síndrome de Apnea-Hipoapnea del Sueño severo.
- En febrero de 2014 es incluida en lista de espera para by-pass gástrico laparoscópico.
- En agosto de 2015 se explica a la reclamante el diagnóstico de obesidad mórbida con la indicación de intervención quirúrgica con sus riesgos/beneficios que la reclamante entiende y acepta.
- En octubre de 2015 tras una endoscopia se repite esa observación sobre la información a la reclamante.
- El 7 de octubre de 2015 firma el documento de consentimiento informado de anestesia.





Comunidad de Madrid

- El 19 de noviembre de 2015 firma un consentimiento informado para gastrectomía tubular. Como riesgos generalizados figuran sangrado, vómitos y fuga y, como riesgo personalizado, trombosis.
- El 20 de noviembre se realiza la intervención sin complicaciones. Tras la intervención presenta náuseas que responden a antieméticos y pasa a planta el día 21.
- El 23 se piden análisis de sangre y orina y se acuerda solicitar un TAC que al realizarse recoge varios hallazgos inespecíficos y líquido libre subfrénico bilateral en cantidad "superior a la esperable". Se informa del resultado a la paciente. En planta presenta náuseas, dolor, taquicardia y febrícula.
- El 24 de noviembre presenta dolor en hipocondrio izquierdo irradiado a espalda. Se realiza tránsito esófago-gastro-duodenal en el que el contraste no pasa del estómago y una colección en hipocondrio izquierdo sugiere dehiscencia anastomótica en la unión gastroesofágica. Se propone endoscopia para la colocación de prótesis que la reclamante acepta.
- La endoscopia aprecia dehiscencia en unión gastroesofágica. Se coloca clip y 2 prótesis metálicas.
- Se recomienda a la reclamante la realización de una laparoscopia exploradora que, previo consentimiento informado, muestra peritonitis purulenta difusa.
- El 27 de noviembre presenta leucocitosis si bien el abdomen no presenta complicación y está sometida a terapia antibiótica. El 29 presenta un pico febril y débito bilioso por ambos drenajes. Se realiza TAC abdomino-pélvico.
- El 30 de noviembre el abdomen sigue blando pero persiste débito bilioso importante. Se decide recolocación de la prótesis mediante endoscopia.
- Se realiza el 1 de diciembre con retirada de las dos prótesis y colocación de una metálica. Continúa con picos febriles y leucocitosis.
- El 7 de diciembre se realiza TAC abdomino-pélvico que muestra dehiscencia de sutura. Pasa a planta donde se realiza el 18 de diciembre una endoscopia de control que muestra migración parcial de la prótesis. Se coloca nueva prótesis metálica. Posteriormente presenta vómitos hemáticos y biliosos.
- El 21 de diciembre se realiza nueva endoscopia que muestra migración de la prótesis y se procede a su recolocación.
- En los días siguientes desaparece la fiebre pero persiste el dolor y los vómitos. Se plantea la realización de cirugía abierta para la obesidad para lo cual firma el consentimiento informado.
- El 13 de enero se realiza una derivación esófago-yeyunal en Y de Roux. La evolución posterior es satisfactoria si bien presenta una infección que es tratada con antibióticos. Recibe el alta el 22 de enero
- Posteriormente acude periódicamente a revisiones. El 8 de abril se detecta una posible radiculopatía y se realiza un electromiograma.





Comunidad de Madrid

- En las revisiones la evolución es buena si bien presenta desnutrición proteica.
- El 8 de julio se realiza una resonancia de columna lumbar en la que no hay alteraciones. La electromiografía muestra denervación leve en territorio L5 derecho.
- No acude a la revisión del 26 de julio

TERCERO.- Instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo previsto en el artículo 81.1 de la ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, obra en el expediente la historia clínica de la paciente así como el informe, sin fechar, del facultativo que atendió a la reclamante con el visto bueno del jefe del Departamento de Cirugía General y Aparato Digestivo del en el que relata la asistencia prestada.

También obra en el expediente el informe de la en el que, tras analizar la asistencia objeto de reproche, se concluye que la misma fue correcta y ajustada a la lex artis.

CUARTO.- Concluida la fase de instrucción del procedimiento y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 82 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, se comunicó a la parte reclamante la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente mediante oficio notificado con fecha 13 de diciembre sin que conste la formulación de nuevas alegaciones.

QUINTO.- La Secretaria General del Servicio Madrileño de Salud, por delegación de firma del Viceconsejero de Sanidad, en el ejercicio de las competencias que como órgano instructor de estos expedientes tiene conferidas por el Decreto 24/2008, de 3 de abril, por el que se establece el régimen jurídico y de funcionamiento del Servicio Madrileño de Salud (B.O.C.M. de 9 de abril), formuló Propuesta de Resolución con fecha proponiendo desestimar la reclamación formulada.

SEXTO.- De conformidad con el artículo 12 del citado Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, aplicable al presente procedimiento en virtud de la Disposición Transitoria Tercera de la ley 39/2015, de 1 de octubre, se procedió a recabar el correspondiente dictamen preceptivo al superior órgano consultivo de esta Administración que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, ha sido emitido por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, tras ser deliberado y aprobado por unanimidad en la sesión del Pleno celebrada el (Dictamen nº en el que se concluye que procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada dado que, pese a que la asistencia médica prestada ha sido correcta, se aprecia un déficit en la información facilitada a la paciente, por lo que procede indemnizarla por ese concepto en la cantidad total de seis mil euros (6.000.- euros).

A estos Antecedentes de Hecho les son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: De la información que contiene el expediente y que en síntesis se ha reflejado en los Antecedentes de Hecho, resulta que el presente procedimiento administrativo tiene por objeto resolver la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por D^a, bajo la dirección letrada de D. ÁLVARO SARDINERO GARCIA,, sustanciándose la





Comunidad de Madrid

presente reclamación por los trámites y de conformidad con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público y la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

SEGUNDO: La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cuyos antecedentes inmediatos vienen recogidos en la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954 y en el artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, goza hoy del refrendo constitucional en el artículo 106.2 de la Constitución Española, conforme al cual *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. Su desarrollo legislativo ordinario se encuentra en el Capítulo IV del Título Preliminar de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Régimen Jurídico del Sector Público y en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

En dicha normativa se señalan los requisitos que, en concurrencia, configuran la responsabilidad patrimonial, derivando ésta de la lesión producida al particular y entendida como un perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber de soportar, al no existir causa alguna que lo justifique.

Conforme a la citada normativa y la interpretación que una nutrida jurisprudencia viene haciendo de la misma (STS de 14 de julio de 1986, 9 de mayo de 1991, 27 de noviembre de 1993, 29 de enero de 1998 y 9 de marzo de 1998, entre otras), estos requisitos son:

- Lesión o daño en cualquiera de los bienes o derechos del particular afectado.
- Imputación a la Administración de los actos necesariamente productores de la lesión.
- Relación de causalidad entre el hecho o acto administrativo y la lesión; daño o perjuicio.
- Daño que revista los caracteres de efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- Antijuridicidad del daño o lesión.
- Ejercicio de la acción dentro del plazo de un año, contado a partir del hecho que motive la indemnización.

Esta configuración legal y jurisprudencial de la responsabilidad patrimonial de la Administración establece como nota característica, su naturaleza de responsabilidad objetiva, lo que supone que *“es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que como consecuencia directa de ella se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado”* (STS de 9 de marzo de 1998 y de 21 de julio de 2001). La consecuencia básica de la consideración de la responsabilidad patrimonial de la Administración como objetiva es que no es necesario demostrar que se ha actuado con dolo o culpa, ni que el servicio ha funcionado de manera anormal, siendo suficiente con acreditar la existencia del daño y la oportuna relación de causalidad.

Así pues, la responsabilidad patrimonial de la Administración emerge siempre y cuando concurren una actividad administrativa (por acción u omisión, material o jurídica), un resultado dañoso antijurídico, relación de causa a efecto entre aquélla y éste, incumbiendo su prueba a quien reclama y ejercicio de la acción dentro del plazo previsto legalmente.

TERCERO: Esta característica de responsabilidad objetiva, que dentro de la responsabilidad patrimonial en general de la Administración, no tiene más excepciones que las que proceden de la necesidad de valorar la antijuridicidad del daño causado, tiene sustanciales límites en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria por la peculiaridad de dicha



14 0000/000

La autenticidad de este documento se puede comprobar mediante el siguiente código seguro de verificación:



Comunidad de Madrid

Administración, ya que su actividad recae sobre un elemento respecto del que no se puede garantizar efectos favorables en todo caso, pues la enfermedad es consustancial a la propia naturaleza humana.

Así, si la actuación de la Administración Sanitaria no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, se hace necesario establecer un requisito más que nos permita diferenciar los casos en que debe responder la Administración, de aquellos otros en los que se va a considerar que el daño no es antijurídico y que no procede de la actuación administrativa, sino de la evolución de la patología del enfermo. Este requisito que se debe a la jurisprudencia y la doctrina sirve para establecer ese límite a la aplicación rigurosa del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial y evitar así, el riesgo de llegar a un estado providencialista que convierta a la Administración Sanitaria en una aseguradora universal que responda de cualquier resultado lesivo.

Pues bien, este requisito adicional y específico de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria es el de la infracción de la "lex artis". Se basa en el principio sustentado por la jurisprudencia y el Consejo de Estado de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, de manera que los profesionales de la salud están obligados a prestar la atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, no comprometiéndose en ningún caso a la obtención de un resultado satisfactorio por ser contrario tanto a la naturaleza humana como a las limitaciones de su arte y de su ciencia. Es decir, que la prestación sanitaria debe ser correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, en ese caso se dirá que la actuación se ha ajustado a la "lex artis" y, aun cuando el resultado no haya sido satisfactorio, no nacerá responsabilidad patrimonial alguna.

En este sentido ha declarado el Tribunal Supremo entre otras en las sentencias de 14 de diciembre de 1990, 5 y 8 de febrero de 1991, 10 de mayo y 27 de noviembre de 1993, 9 de marzo de 1998 o 10 de octubre de 2000 que en materia de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria, el título de imputación de dicha responsabilidad viene dado por el carácter inadecuado de la prestación médica dispensada, lo que ocurre cuando *"no se realizan las funciones que las técnicas de salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario"*. A lo que hay que añadir la sentencia de 14 de octubre de 2002 en la que proclama que *"la violación de la "lex artis" es imprescindible para decretar la responsabilidad de la Administración, no siendo suficiente la relación de causa a efecto entre la actividad médica y el resultado dañoso, pues el perjuicio acaecido pese al correcto empleo de la "lex artis" implica que el mismo no se ha podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento"*. Dicha violación de la "lex artis", al igual que el nexo causal, corresponde probarla al reclamante.

CUARTO: Aplicando la doctrina expuesta en los Fundamentos Jurídicos anteriores a este caso, teniendo en cuenta las actuaciones practicadas, los informes y documentos que contiene el expediente y los términos en los cuales ha sido planteada la reclamación, la cuestión de fondo se centra en determinar si, en la asistencia sanitaria objeto de reproche, se produjo una mala praxis médica causante de los daños y secuelas cuya reparación solicita.

Para valorar esta cuestión, de conformidad con el artículo 88.6 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y a los efectos de la resolución de la reclamación interpuesta procede aceptar, a efectos motivadores, el dictamen nº emitido "ad hoc" por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en sesión celebrada el _____ que obra incorporado al expediente y cuyo tenor literal, tras realizar una exposición de los antecedentes del caso, es el siguiente:





Comunidad de Madrid

"(...)CUARTA.- La reclamante efectúa tres reproches a la actuación sanitaria. Considera que la intervención realizada el día 24 al existir una peritonitis fue tardía ya que el día 23 ya había suficientes elementos para realizarla. Entiende, igualmente que la actuación de los servicios sanitarios le ha ocasionado un daño desproporcionado. Por último considera que la información suministrada no fue la legalmente exigible.

Analizaremos en ese orden esos tres reproches.

En las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial el criterio determinante es el cumplimiento o no de la lex artis, en cuanto buena práctica médica. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 (recurso 2364/2004) define este concepto indicando (FJ 4º), que: "según jurisprudencia constante de esta Sala, un acto médico respeta la lex artis cuando se ajusta al estado de conocimientos de la comunidad médica en ese momento y, así, realiza lo que generalmente se considera correcto en el tipo de situación de que se trate."

Para la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 (recurso 4397/2010): "En relación con la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, ha señalado este Tribunal con reiteración (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 4229/2011 , y 4 de julio de 2013, recaída en el recurso de casación núm. 2187/2010) 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."

La carga de la prueba en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial corresponde en principio a quien reclama su reconocimiento conforme lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si bien teniendo en cuenta lo dispuesto en ese precepto legal en cuanto a la facilidad probatoria. Así como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de diciembre de 2017 (recurso 39/2015): "Así, 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 27.11.1985 , 9.6.1986 , 22.9.1986 , 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 este caso la reclamante no ha aportado prueba alguna que permita entender que ha existido vulneración de la lex artis existiendo un retraso en la intervención quirúrgica realizada el día 24.





Comunidad de Madrid

Por el contrario el informe del Servicio considera que la situación del día 23 y la del día 24 eran distintas. En concreto fueron la irradiación del dolor a la espalda y el dolor a la palpación abdominal, circunstancias que no existían el día 23 motivaron la realización de un estudio radiológico que mostró dehiscencia por lo que se procedió a su intervención inmediata.

La corrección de esta actuación es avalada por el informe de la Inspección Sanitaria. Como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio de 2018 (recurso 768/2016): "El informe de la Inspección Sanitaria, sin ser propiamente una prueba pericial, es también un relevante elemento de juicio para la valoración y apreciación técnica de los hechos o datos que interesan a las cuestiones litigiosas planteadas por las partes. La fuerza de convicción de sus consideraciones y conclusiones depende de la motivación, objetividad y coherencia interna del informe emitido pero también de los criterios de profesionalidad e imparcialidad respecto del caso y de las partes con que los Médicos Inspectores informan".

La reclamante no solo no aporta pruebas que permitan entender que esta actuación fue incorrecta sino que en el trámite de audiencia, tras conocer los informes del Servicio de Cirugía y de la Inspección Sanitaria no efectúa alegación alguna que los cuestione.

Por ello no cabe sino entender que no existió el retraso planteado por la reclamante de tal forma que la intervención quirúrgica se realizó cuando existían signos claros de la existencia de una peritonitis.

Respecto a la existencia de un daño desproporcionado, tampoco puede entenderse que la actuación sanitaria permita establecer que existió tal daño.

Tal y como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2016 (recurso 2822/2014) la doctrina del daño desproporcionado exige: "1º Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución. 2º El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible - por su desproporción - ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada. 3º Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la lex artis por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor. 4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño. 5º De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado".

En este caso la historia clínica y los informes del Servicio de Cirugía y de la Inspección Sanitaria permiten establecer que la intervención de cirugía de reducción de estómago mediante técnicas menos invasivas (laparoscopia y endoscopia) no tuvo los resultados deseados sino que se presentaron complicaciones habituales en este tipo de intervenciones que hicieron necesaria una cirugía "tradicional" de reducción mediante un by-pass esofagoyeyunal abierto.





Comunidad de Madrid

Por ello no puede hablarse de ningún resultado desproporcionado sino de un riesgo inherente a la intervención. Conviene recordar que estamos ante un supuesto de medicina curativa en la que la Administración asume tan solo una obligación de medios y no de resultado.

La lectura de la historia clínica y de los informes evacuados en el procedimiento permite tener por acreditado que en ningún momento se escatimaron medios para atender a la reclamante por más que los resultados de las intervenciones iniciales menos invasivas no fueran los esperados y hubiera que acudir a la realización de un by-pass.

QUINTA.- Cuestión distinta es la relativa a la falta de 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 de la 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.

La Ley 41/2002 distingue entre lo que es la información asistencial relativa a cualquier actuación asistencial que se dará generalmente de forma verbal –artículo 4- y la exigencia de consentimiento informado –artículo 8- que determina la necesidad de consentimiento libre y voluntario del afectado para toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente y que deberá prestarse por escrito en las intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en los procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

En estos casos el consentimiento deberá contener información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

Sin embargo en el caso que nos ocupa, el documento de consentimiento informado es un modelo genérico que podría valer para todo tipo de actuaciones médicas. En el mismo no se describe la intervención que se pretende realizar sino tan solo su objetivo (reducción 75% estómago). Se limita a recoger como riesgos típicos los de "sangrado, vómitos, fugas", términos inespecíficos que no permiten entender a una persona que no tenga conocimientos médicos la importancia y consecuencias de la materialización de tales riesgos. Es más, el consentimiento no recoge la peritonitis que padeció como consecuencia de la intervención.



La autenticidad de este documento se puede comprobar en www.madrid.es a través del siguiente código seguro de verificación:



Comunidad de Madrid

En suma, el concreto modelo de consentimiento informado que firmó la reclamante no cumple los requisitos exigidos por Ley 41/2002.

Como afirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de junio de 2018 (recurso 1/2017): "En el ámbito sanitario es de suma importancia la elaboración de formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse la finalidad pretendida por la Ley. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo a una terapia por razón de sus riesgos".

Esta insuficiencia es reconocida por la Inspección Sanitaria que califica al consentimiento como "parco" pero entiende que, al constar en la historia clínica que la reclamante fue informada de la cirugía, ha de entenderse que la información fue suficiente. No puede compartirse esa posición puesto que la finalidad de que la Ley 41/2002 exija un consentimiento escrito en los supuestos de intervenciones quirúrgicas y técnicas invasivas consiste en asegurar la prueba de la información suministrada lo cual beneficia tanto al paciente como al facultativo.

En este caso no sabemos cuál fue el contenido de la información suministrada verbalmente y, según la reclamante, tan solo se le indicaron los beneficios de la intervención con lo cual no podemos dar por establecido el contenido de la información suministrada verbalmente.

Tampoco puede aceptarse lo recogido en la propuesta de resolución sobre la improcedencia de indemnizar este daño sobre la base de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002 (recurso 5284/1998) anterior a la promulgación de la Ley 41/2002.

Por ello ha de entenderse que se ha vulnerado el derecho a la información de la reclamante y se le ha ocasionado un daño moral.

En estos casos la valoración de dicho daño es extremadamente complicada por su gran subjetivismo -sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 (recurso 592/2006) y 23 de marzo de 2011 (recurso 2302/2009)-. En punto a su concreta indemnización, la sentencia de 11 de mayo de 2016 de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 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".

En el caso de la reclamante, ponderando las circunstancias concurrentes entre otras el que la reclamante fue atendida en todo momento conforme a la lex artis y que no constan secuelas permanentes derivadas de la asistencia sanitaria, consideramos adecuada reconocerle una indemnización de 6.000 euros.

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la presente reclamación reconociendo a la reclamante una indemnización de 6.000 euros".



