

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

C/ Génova, 10 - 28004

33009750

NIG: 28.079.33.3-2011/0179994



(01) 30164562420

Procedimiento Ordinario 830/2011

Demandante: D. PROCURADOR: PALOMA SOLERA LAMA

Demandado:

PROCURADOR: FRANCISCO ABAJO ABRIL

SENTENCIA Nº 415/2014

Presidente:

Dña. ANA MARIA APARICIO MATEO

Magistrados:

Dña. M^a DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

Dña. M^a DEL MAR FERNÁNDEZ ROMO

En la Villa de Madrid, a veintiocho de mayo de dos mil catorce.

Vistos por la Sala, constituida por las Sras. Magistradas relacionadas al margen, los autos del presente recurso contencioso administrativo número 830/2011, interpuesto por D...., representado por la Procuradora D^a. Paloma Solera Lama, contra la desestimación tácita de la Reclamación por Responsabilidad Patrimonial deducida por el citado contra el Servicio de Salud.

Ha sido parte la..., representada y asistida por la Letrada de sus Servicios Jurídicos, y..., representada por el Procurador D. Francisco José Abajo Abril.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Admitido el recurso, previos los oportunos trámites procedimentales, se confirió traslado a la parte actora para que formalizara la demanda, lo que llevó a efecto mediante el pertinente escrito en el que, tras exponer los hechos y fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó solicitando que se dictara sentencia estimatoria del recurso por la que *“se condene a la Demandada a indemnizar a mi representado en CIENTO*

SESENTA MIL (160.000).- EURO, más intereses desde la fecha de la reclamación administrativa y, si se personara la Compañía Aseguradora, solicitamos se les impongan los intereses del artículo 20 de la LCS, por los daños y perjuicios sufridos, todo ello con expresa imposición de costas”.

SEGUNDO.- Formalizada la demanda, se dio traslado de la misma a las partes demandadas para que la contestaran en el plazo legalmente establecido para ello, lo que realizaron mediante los correspondientes escritos, alegando los hechos y fundamentos jurídicos que estimaron pertinentes y solicitando la desestimación del recurso.

TERCERO.- Concluida la tramitación, se señaló para deliberación y fallo del recurso el día 7 de mayo de 2014, en que se iniciaron las sesiones, y concluyeron el día 14 de mayo de 2014.

Ha sido ponente la Ilma. Magistrada D^a ANA MARÍA APARICIO MATEO, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se impugna en el presente recurso la desestimación tácita por silencio administrativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por el Sr. ...frente al Servicio de Salud, en resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de la intervención quirúrgica a que fue sometido el día 17 de julio de 2009 en el Hospital, consistente en resección baja de recto más anastomosis L-T mecánica.

Los hechos en que se basa la reclamación pueden sintetizarse en los siguientes términos: El 4 de mayo de 2009, en el Hospital, se practicó a D...., de 63 años de edad, una colonoscopia, en el curso de la cual se le realizó una *polipectomía* (extirpación de pólipo), de cuyo análisis resultó un *adenoma tubular con adenocarcinoma*. En fecha 17 de julio del mismo año, se sometió al citado a una intervención quirúrgica consistente en *resección baja de recto más anastomosis L-T mecánica*, que cursó con un postoperatorio tórpido, según aparece reflejado en las hojas de evolución extendidas por el personal de enfermería. Hasta el día 24 de julio no se realizó un TAC, en el que se confirmó el diagnóstico de *dehiscencia*

de sutura, por lo que se practicó una reintervención de urgencia el siguiente día 25, en la que se constató dehiscencia de toda la mitad izquierda (180°) de la anastomosis colorrectal, y se decidió desmontar la anastomosis y realizar *colostomía terminal*.

SEGUNDO.- La demanda articulada en la presente litis, tras describir pormenorizadamente los hechos en que se fundamenta la reclamación, contiene los siguientes motivos de impugnación:

1.- Sostiene la parte, en primer lugar, que la intervención se llevó a cabo por un médico residente de segundo año, cuya actuación no fue correctamente supervisada por los médicos responsables del paciente.

2.- El proceso asistencial y diagnóstico postoperatorio fue incorrecto por tardío. Se infravaloró el estado del paciente durante el postoperatorio. Se suturó de forma incorrecta en la primera operación y dicho error no se advirtió a tiempo.

3.- El TAC que reveló la dehiscencia de suturas se realizó de forma tardía, cuando los síntomas de distensión abdominal se iniciaron ya el día 18 de julio de 2009, es decir, al día siguiente de la intervención.

4.- La situación a la que llegó el paciente el 25 de julio de 2009 es reveladora, por sí sola, de la deficiente y tardía asistencia sanitaria recibida. Se debieron poner los medios necesarios para evitar que la situación del enfermo llegara a tal extremo, toda vez que la gravedad no surgió de forma brusca e insospechada.

5.- Jamás se le exhibió documento de consentimiento informado alguno ni se le informó de los riesgos y complicaciones o alternativas a la cirugía; es decir, no se proporcionó al paciente una información completa y detallada de los graves riesgos que comportaba la intervención a que fue sometido.

6.- De lo que concluye que existe relación de causa efecto entre la actuación médica y los daños y secuelas que presenta el demandante y que describe como: "*peritonitis fecaloidea, riesgo vital, resto de reintervenciones para luchar frente a sus consecuencias,*

colostomía terminal irreversible, perjuicios estéticos y funcionales considerables, incapacidad temporal y resto de complicaciones y secuelas descritas en la Historia Clínica”.

El Letrado, por su parte, se opone a la demanda alegando, sustancialmente, que la actuación de los facultativos se ajustó en todo momento a la *lex artis*, adoptándose las medidas e instaurándose los tratamientos que el estado del paciente requería, por lo que el daño no puede ser calificado de antijurídico ni imputable a la Administración sanitaria. Añade que la intervención quirúrgica se realizó por la Dra, ..., residente de quinto año, ayudada por el responsable de la unidad, así como que obra consentimiento informado de la intervención en el programa informático del centro (programa Selene), aun cuando reconoce que no aparece el documento escrito firmado por el paciente.

De otro lado, la representación de la aseguradora, propugna la desestimación de la demanda con fundamento en que todo el proceso asistencial del recurrente se ha regido por la más estricta *lex artis ad hoc*, sin que se puedan calificar de antijurídicos los padecimientos reclamados; al propio tiempo que rechaza la cuantificación del daño que realiza la actora.

TERCERO.- Planteado en los expresados términos el objeto de debate, procede recordar que el artículo 106.2 de la Constitución proclama la responsabilidad patrimonial de la Administración, al disponer que: *"Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*.

La regulación legal se contiene en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que establece: *"Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas"*.

La doctrina jurisprudencial dictada en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración [a título de ejemplo, en sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 5 de noviembre de 2012 (casación 1942/2010) y de 29 de julio de 2013 (casación 4270/2012), entre las más recientes], viene reiteradamente exigiendo la presencia de los siguientes requisitos: A) Un hecho imputable a la Administración, bastando con acreditar que un daño antijurídico se ha producido en el desarrollo de una actividad cuya titularidad corresponde a un ente público. B) Un daño antijurídico producido, en cuanto detrimento patrimonial injustificado, o lo que es igual, que el que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportar. El perjuicio patrimonial ha de ser real, no basado en meras esperanzas o conjeturas, evaluable económicamente, efectivo e individualizado en relación con una persona o grupo de personas. C) Relación de causalidad entre el hecho que se imputa a la Administración y el daño producido. D) Ausencia de fuerza mayor, como causa extraña a la organización y distinta del caso fortuito, supuesto este que sí impone la obligación de indemnizar.

Esa misma doctrina declara que la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas es una responsabilidad "*directa*", lo que significa que la Administración no responde subsidiariamente, sin perjuicio de la obligación de repetir contra el personal a su servicio que sea culpable en los términos establecidos en el artículo 145.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

El concepto de relación causal se reduce a fijar qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final, como presupuesto o "*conditio sine qua non*", esto es, como acto o hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del anterior, aunque es necesario además que resulte normalmente idóneo para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso, hasta alcanzar la categoría de causa adecuada, eficiente y verdadera del daño (SSTS de 26 de septiembre de 1998 y 16 de febrero de 1999).

En el ámbito sanitario, que nos ocupa, la responsabilidad patrimonial se basa en la correcta ordenación de medios, conforme a reiterada doctrina jurisprudencial [entre otras, sentencias de 31 de enero de 2008 (casación 4065/03); 22 de abril de 2008 (casación

166/05), y 30 de abril de 2013 (casación 2989/2012)], según la cual: *“la responsabilidad patrimonial se modula en el ámbito de las prestaciones médicas, de modo que a los servicios públicos de salud no se les puede exigir más que ejecuten correctamente y a tiempo las técnicas vigentes en función del conocimiento de la práctica sanitaria. Se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente”*.

De otro lado, no debe olvidarse que, a tenor de las previsiones de los apartados 2 y 3 del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de aplicación supletoria, corresponde al demandante *“la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda”*, e incumbe al demandado *“la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior”*. Las anteriores reglas se modulan en el apartado 7 del precepto, en el sentido de que *“el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”*.

Finalmente, no puede desconocerse que para la determinación de la existencia de posibles infracciones de la *“lex artis”* se requieren especiales conocimientos de la ciencia médica que deben ser facilitados por técnicos especializados en la materia. En tal sentido, la jurisprudencia viene sosteniendo que la valoración de los informes periciales o de técnicos peritos requiere un análisis crítico de los mismos, incumbiendo al órgano judicial valorar los datos y conocimientos expuestos en ellos de acuerdo con los criterios de la sana crítica que determina el artículo 348 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y debiendo atender a la fuerza probatoria de los dictámenes con base en la mayor fundamentación y razón de ciencia aportada, y conceder, en principio, prevalencia a aquellas afirmaciones o conclusiones que vengan dotadas de una mayor explicación racional. Y precisa que el principio de libre valoración de la prueba pericial permite al Juez o Tribunal decantarse por uno u otro dictamen en función de su fuerza técnica, generadora de convicción, sin que ello suponga valoración arbitraria o contraria a las reglas de la sana crítica [sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 20-11-2012 (recurso 5870/2011) y 21 de diciembre de 2012 (4229/2011)].

CUARTO.- En el supuesto enjuiciado, resulta obligado rechazar la primera de las irregularidades que se oponen por la representación de la parte actora, relativa a que la intervención quirúrgica se realizó por un médico residente de segundo año, sin supervisión por parte de los responsables del paciente, dado que obra en el expediente administrativo el Protocolo Quirúrgico CGD de la intervención practicada el día 17 de julio de 2009, en el que se hace constar, entre otros extremos, que el cirujano que llevó a efecto la intervención fue el Dr. con los ayudantes Des.

En concordancia con ello, el informe emitido por el Médico Inspector de la Dirección General de Ordenación e Inspección de la Consejería de Sanidad, en fecha 28 de septiembre de 2011, especifica lo siguiente en relación al indicado extremo: *“No hay ningún indicio o certeza de que fuera el residente de segundo año quien realizara solo la intervención como se dice en la denuncia. Según el informe del protocolo quirúrgico la intervención fue realizada como cirujano principal por la Dra. en esos momentos y ayudada por el Dr Jefe de sección y responsable de la unidad y por un medico R1, en esos momentos Dr.*

Asimismo, en el previo informe de 31 de enero de 2011, se insiste por el Inspector Médico en que con la documentación aportada se demuestra que la operación *“fue realizada por la dra. estaba presente en la misma como ayudante primero el jefe de sección Dr y como ayudante segundo el Dr., esta actuación entra de lleno en la normalidad de la formación de MIR, que es un proceso continuado de aprender haciendo, y tomando responsabilidades paulatinas, con la supervisión adecuada como ocurrió en este caso”*.

Por último, obra en el expediente el informe elaborado el 22 de octubre de 2010 por el propio Dr. en su condición de responsable de la Unidad de Cirugía Colo-rectal, en el que pone de manifiesto que: *“Con fecha 17 de julio de 2009 se realiza la intervención quirúrgica de Resección Anterior de Recto con Anastomosis Latero Terminal Mecánica (CEEA-29). La cirugía fue realizada por la Dra. en aquel momento residente de 5º año, bajo la supervisión directa del Dr. que estuvo presente y lavado durante toda la cirugía salvo el cierre de la piel (...) En el protocolo quirúrgico constan perfectamente establecidos cirujano principal, ayudante quirúrgico y segundo ayudante quirúrgico.- Esta es una intervención quirúrgica (Resección Anterior de Recto) que nunca se realiza por ningún*

residente pequeño y nunca se realiza sin la supervisión directa de un staff cualificado.- La situación de presencia física de los tres cirujanos se puede comprobar fehacientemente”.

Frente a los expresados elementos probatorios, la parte actora no aporta otros datos que corroboren su versión de los hechos que no sean sus propias manifestaciones, coincidentes con la declaración de la esposa del actor, Sra. quien a la presencia judicial puso de relieve que el médico que les atendía habitualmente era el Dr. Jefe del Servicio, por lo que creían que sería éste el encargado de realizar la intervención, si bien ese día les dijeron no estaba y fue la Dra. la que salió del quirófano. No obstante, atendida la relación de parentesco que une a la citada con el perjudicado, esta última declaración no se halla revestida de las necesarias notas de imparcialidad, ni alcanza suficiente fuerza probatoria para desvirtuar, por si sola, el contenido plasmado en protocolo quirúrgico de la intervención practicada el día 17 de julio de 2009, a que se ha hecho mención.

QUINTO.- La resolución de las restantes imputaciones que se realizan por el reclamante, en las que se denuncia un incorrecto y tardío diagnóstico postoperatorio, como consecuencia de haberse infravalorado el estado del paciente tras una incorrecta sutura de la primera intervención, requiere partir del contenido de los distintos informes médicos practicados en la litis.

Así, en primer lugar, se alza el dictamen aportado por la actora, emitido por el Dr., Especialista en Cirugía General y Digestiva, en fecha 2 de septiembre de 2013, en el que, tras describir los antecedentes del caso y los hechos sobre los que incide la pericia y señalar que la técnica quirúrgica que debió elegirse, una vez extirpado el pólipo, fue la resección transanal, consistente en ampliar la resección del pólipo para evitar y comprobar que no existen restos tumorales, con el fin de evitar la extirpación de todo el segmento intestinal, que presenta un mayor riesgo, añade, en relación con el seguimiento postoperatorio de la intervención de 17 de julio, lo siguiente:

“La Actuación Médica Postoperatoria fue tardía a juzgar por la Evolución que revelan las hojas de enfermería. Además de la distensión abdominal, el paciente presentaba una clínica también compatible con una Dehiscencia de Suturas.

Se debería haber sospechado antes la existencia dicha Complicación sin esperar 7 días que permitieron que la infección abdominal se extendiera diseminándose por toda la cavidad abdominal.

Cuando el paciente sufre en el postoperatorio clínica compatible con una Dehiscencia de Suturas (como aquí ocurre) se deben poner Urgentemente los medios necesarios en ese momento para descartarla o confirmarla.

La prueba más idónea para ello es una TAC Abdominal. Se debería haber realizado una TAC Abdominal en el momento en el que surgió la Distensión Abdominal para determinar su origen, el 18 de julio, y que persistió en los días siguientes y el resto de clínica, sin esperar hasta el 24 de julio, tiempo que resulta excesivo y determinante para su mala evolución.

De hecho, en la página 34 de la Historia Clínica se reconoce que el motivo por el que el paciente fue trasladado al quirófano el 25 de julio fue la Distensión Abdominal.

Efectivamente, la Distensión Abdominal es un signo de Irritación Peritoneal y de posible Dehiscencia de Suturas o Perforación.

Lo cierto es que ese signo surge el 18 de julio y no desaparece

Por esta razón, se actuó con excesiva y determinante demora asistencial, tanto en la Realización de la TAC como en la Reintervención para tratar la Dehiscencia”.

La codemandada, , adjunta dictamen pericial elaborado por el Dr. D., especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo y en Cirugía Torácica, el 23 de marzo de 2012, en cuyo informe se contiene un pormenorizado resumen de la historia clínica y de las consideraciones médicas relativas al caso, entre ellas, las relativas a las causas, diagnóstico y tratamiento de la dehiscencia de sutura; tras lo cual, procede al análisis de la praxis médica, en los términos que a continuación se transcriben:

“Se trata de un paciente de 63 años que es intervenido de un cáncer de colon, al que se le realiza resección y anastomosis primaria. La indicación quirúrgica y la técnica son correctas.

En el postoperatorio inmediato el paciente presenta rectorragia y sangrado moderado por el drenaje. El tratamiento que se realiza es conservador: suspender la medicación anticoagulante, trasfundir factores de coagulación y control clínico. Deja de sangrar por el drenaje y por el recto. El tratamiento conservador de la hemorragia fue correcto.

Coincidiendo con el sangrado y hasta que es intervenido con el diagnóstico de dehiscencia de sutura, el dolor abdominal es controlado incluso desapareciendo en los últimos días. Parece existir cierta discordancia entre las anotaciones del cirujano y enfermería, aunque no en lo fundamental, ya que revisada la historia en ningún momento el paciente presenta dolor abdominal de tipo peritonítico, tolera la alimentación oral, tiene tránsito intestinal, no tiene fiebre y deambula, una vez pasada la fase aguda de sangrado, lo cual no refleja en absoluto dehiscencia de sutura con peritonitis generalizada. Se solicita un TAC ante la evolución tórpida del paciente y es reintervenido por la alteración analítica y los hallazgos de la prueba de imagen; clínicamente se llega a plantear la duda de seguir tratamiento conservador.

No hubo una dehiscencia precoz, puesto que en la radiografía de abdomen de dos días después de la intervención solo se ve íleo, no habiendo aire libre.

Aún pensando que la dehiscencia de sutura se produjera algún día antes de haberle hecho el TAC, ésta estuvo contenida por tejidos vecinos y la dehiscencia favoreció el sangrado, ya que el sangrado de la sutura y la anemia es un factor de riesgo para que la sutura falle en su cicatrización.

El quinto día del postoperatorio, fecha de mayor riesgo para una dehiscencia de sutura, el paciente se encuentra mejor y hace deposición, tiene tránsito intestinal, esto no ocurre en una dehiscencia de sutura.

El seguimiento hasta el diagnóstico de perforación fue correcto, lo que en un principio se planteó tratamiento conservador de la hemorragia, se llegó a la reintervención por dehiscencia de sutura que evoluciona de manera atípica.

Se le reintervino al octavo día de la primera intervención realizándose lavado peritoneal y colostomía terminal. La técnica efectuada en la reintervención fue la correcta.

Se le drenó un absceso intraabdominal después de esta segunda intervención de manera percutánea, por tratarse de una infección localizada. La técnica de drenaje del absceso fue la correcta.

Una vez que supera las complicaciones postoperatorias, el paciente es dado de alta a su domicilio.

V.- CONCLUSIONES MÉDICO-PERICIALES

1, El paciente presenta dos complicaciones graves después de la cirugía de colon. Descritas, impredecibles e inevitables.

2, El seguimiento y la pauta terapéutica que se indicó en la complicación hemorrágica fue correcta.

3, *La complicación de la dehiscencia de sutura se enmascaró por el sangrado, favoreciéndose por los factores locales del mismo en la sutura, así como por la anemia postquirúrgica.*

4, *El tratamiento quirúrgico de la complicación fue el correcto, así como el seguimiento de todo el proceso hasta el alta.*

VI.- CONCLUSIÓN FINAL

No encontramos actuación médica negligente ni mala práctica, habiéndose ajustado la actuación a los criterios de la Lex Artis”.

Por último, obran incorporados al expediente administrativo sendos informes del Servicio de Inspección de la Dirección General de Ordenación e Inspección de la Consejería de Sanidad, en relación con la asistencia prestada a D., el último de los cuales aparece emitido el día 28 de septiembre de 2011, tras la valoración de la documentación remitida en relación al caso, y en el que se hace constar, en lo que ahora interesa:

“Así y a la vista de las alegaciones que efectúa el abogado realizo las siguientes CONSIDERACIONES PARA CONTESTAR A LAS ALEGACIONES FORMULADAS

1º El abogado falta a la verdad en su reclamación al decir que fue intervenido por un residente de 2º año sin supervisión alguna cuando se demuestra documentalmente que la intervención fue realizada como cirujano principal por la Dra. en esos momentos y ayudada por el Dr Jefe de sección y responsable de la unidad y por un medico R1, en esos momentos Dr.. Todo esto está dentro de la legalidad

2º El análisis de las hojas de observación de enfermería no encontramos los signos indicativos de que se hubiera que haber actuado de forma diferente a como se hizo. Las características de la compleja intervención realizada no llevaron a que hubiera que tomar otras medidas. La dehiscencia de sutura es un hecho indeseado pero posible en una anastomosis término terminal y en absoluto es indicativo de mala praxis.

3º Al detectar en el informe de inspección efectuado en la reclamación que el hospital no nos había remitido el consentimiento informado de la primera intervención, y demostrar claramente lo incierto del motivo fundamental de la reclamación que era que le había intervenido un medico sin formación ni supervisión, el abogado entonces acusa de falta de rigor al informe de inspección del que dice que es preocupante y quiere resaltar que no se le informo de forma completa al paciente. Lo bien cierto es que aunque no aparece firmado el escrito de consentimiento informado de la primera intervención, si esta el consentimiento de la anestesia de esa intervención y de las siguientes y los consentimientos informados de las cirugías posteriores. El programa informático Selene (Historia

informatizada del hospital) que no admite rectificaciones a posteriori si recoge que al paciente se le informo por la medico que el día siguiente le intervino tal como hemos dicho anteriormente.

El consentimiento informado si consta en el programa informático del centro, (programa Selene), que sirve para informatizar la historia clínica, introducido en el hospital puerta de hierro pocos meses antes a que surgieran los hechos. La introducción del nuevo programa se hizo cuando se había trasladado a una nueva sede e instaurado el programa informático Selene. Es verdad que no aparece el documento escrito firmado por el paciente pero si aparece el documento firmado del consentimiento informado de la anestesia de esa intervención y de todos los posteriores tanto quirúrgicos como de anestesia, por lo que entendemos que la información se dio por estar reflejada en el programa Selene pero que no se archiva ese documento firmado, en papel puesto que en ese momento se archiva menos papel al haberse introducido como norma el empleo informatizado del ordenador. Nos consta que se tomaron medidas posteriormente en el hospital para instaurar medidas adicionales para garantizar la adecuada custodia de estos documentos en papel

La intervención realizada, salvo la vida del paciente. Y la complicación que surgió posteriormente resuelta. Por tanto se concluye diciendo que habiendo surgido una complicación indeseable en la intervención, se actuó siempre conforme a la lex artis en relación con este paciente, interviniéndole un medico capacitado para ello e informándole adecuadamente de los riesgos posibles”.

SEXTO.- Un análisis crítico de los anteriores informes, conforme a los criterios sentados por la doctrina jurisprudencial que ha quedado expuesta, nos lleva a la consideración de que, en primer lugar, no es posible dar prevalencia a las valoraciones que se contienen en el último de los dictámenes reseñados, habida cuenta que, de su propio contenido, se infiere la clara disposición de quien lo emite a contrarrestar las alegaciones vertidas por el interesado en la reclamación, a las que va dando respuesta pormenorizadamente en cada caso, en posición más próxima a la defensa que a la de un análisis ecuánime e imparcial de las circunstancias concurrentes a los efectos de determinar si hubo o no un efectivo retraso diagnóstico, como ha quedado anteriormente constatado; de forma que el dictamen adolece de las condiciones técnicas y de objetividad precisas para su apreciación a tales efectos.

Por su parte, los dictámenes aportados por la actora y por la aseguradora codemandada, elaborados por los doctores, respectivamente, se hallan revestidos de mayores

dosis de objetividad y fuerza de convicción, aun cuando no resulten coincidentes en la valoración de la sintomatología que presentaba el paciente en el postoperatorio de la intervención de 17 de julio de 2009; ello no obstante, se observan algunas apreciaciones que, a criterio de este Tribunal, conducen a la consideración de que se produjo efectivamente un retraso diagnóstico de la complicación surgida tras la operación, consistente en la dehiscencia de sutura con peritonitis generalizada, que dio lugar al resultado finalmente acaecido.

Así, el primero de los citados, Dr., además de aludir a la existencia de una clínica también compatible con una dehiscencia de sutura, que no especifica, pone especial énfasis en que la distensión abdominal es un signo de irritación peritoneal y de posible dehiscencia de suturas o perforación, y que en este caso dicho signo surgió el siguiente día de la intervención y no llegó a desaparecer, antes al contrario, el motivo por el que el paciente fue trasladado al quirófano el día 25 de julio fue esa distensión abdominal.

Esta última consideración viene avalada por el informe que el propio responsable de la Unidad de Cirugía Colo-rectal del Hospital, Dr. emitió el 22 de octubre de 2010, anteriormente referenciado, en el que, si bien hace constar que en el tercero, cuarto y quinto días postoperatorios la situación clínica del enfermo había mejorado, por el contrario, añade que: *“Con fecha 24 de julio se realiza un control de TAC por empeoramiento clínico y aumento de la distensión abdominal. El TAC muestra una fuga anastomótica por lo que se decide revisión quirúrgica. En esta cirugía se confirma la dehiscencia de la anastomosis, se procede a desmontar la misma y se realiza una colostomía terminal”*.

De otro lado, el perito de la codemandada, Dr., si bien concluye que no existió actuación médica negligente, ni mala práctica, dado que la actuación se ajustó a los criterios de la lex artis, contiene una aseveración esclarecedora en orden a determinar la existencia de la demora en el diagnóstico, cual es que: *“Aun pensando que la dehiscencia de sutura se produjera algún día antes de haberle hecho el TAC, ésta estuvo contenida por tejidos vecinos y la dehiscencia favoreció el sangrado, ya que el sangrado de la sutura y la anemia es un factor de riesgo para que la sutura falle en su cicatrización”*.

Ante ello, no puede ignorarse que el historial clínico del paciente refleja, junto con una persistente distensión y continuo dolor abdominal, de mayor o menor intensidad según los días, sucesivos episodios de rectorragias, en algunos casos, muy abundantes, que se prolongaron hasta el tercer día postoperatorio. Lo que, atendido el factor de riesgo que se deriva del sangrado de la sutura, constituye un elemento añadido a los efectos de alcanzar la certeza de la relación causal entre el retraso en la práctica de la prueba diagnóstica de la dehiscencia de suturas producida tras la intervención de 17 de julio de 2009 y el resultado finalmente acaecido, lo que se tradujo en una pérdida de oportunidad para el reclamante.

A tales efectos, procede recordar que la llamada pérdida de oportunidad se caracteriza, según reiterada jurisprudencia, por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance del mismo [SSTS de 19 de octubre de 2011 (casación 5893/2006), 22 de mayo de 2012 (casación 2755/2010) y 21 de diciembre de 2012 (casación 4229/2011)].

SÉPTIMO.- Por último, en orden a la invocada infracción de las exigencias derivadas del consentimiento informado, como hemos señalado en anteriores pronunciamientos, el Tribunal Supremo viene declarando que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario (a título de ejemplo, sentencia de 16 de enero de 2007, recurso 5060/2002)

En efecto, la sentencia del Alto Tribunal, de 13 de noviembre de 2012 (casación 5283/2011) proclama que la falta o defectuosa información al paciente constituye un daño moral indemnizable como tal: *“la vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la ‘lex artis ad hoc’, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal*

existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencia de 2 octubre 2.012, dictada en el recurso de casación 3.925/2.011, con cita de otras muchas)”.

Esa falta de información supone una infracción de la *lex artis*, pero debe tener relación con el daño producido. En tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2010 (casación 984/2009), nos recuerda: *“Con esta deficiente información se privó al recurrente de sustraerse a la intervención quirúrgica practicada, privándole su derecho a decidir sobre la conveniencia o no, de someterse a una operación no exenta de considerables riesgos como lo demuestran los efectos que a consecuencia de tal información sufrió el paciente. Por ello, entendemos que esta deficiente información supone un incumplimiento de la ‘lex artis ad hoc’ que revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario que acarrea la responsabilidad patrimonial de la Administración, por haberse producido a consecuencia de la intervención quirúrgica un daño antijurídico al reclamante”.*

En el supuesto enjuiciado, ha quedado acreditado a lo largo de las actuaciones que aparece recogido en el sistema informático del centro hospitalario (programa Selene) el consentimiento informado que, al parecer, se había dado previamente en la consulta, en los siguientes términos: *“consentimiento informado cirugía general, cerrado, fecha de creación 16/07/2009, creado por 711.... (DNI de la medico que le informo)”*. Por el contrario, no obra constancia de la firma del interesado, ni de su contenido, pues la propia parte demandada admite la no localización del documento; razón por la que no cabe entender debidamente acreditado que se informara cumplidamente al paciente de los posibles riesgos de la intervención, ni de la posibilidad de acudir a otra técnica quirúrgica menos agresiva y que, según se infiere del contenido del informe aportado por la actora y del que se ha hecho anteriormente mención, resultaba asimismo adecuada en este caso.

A tales efectos, no resultan atendibles las consideraciones vertidas por el Médico Inspector, en el ya citado informe de 28 de septiembre de 2011, en el sentido de que el contenido de la información facilitada debía ser idéntica a la del consentimiento de la

siguiente intervención, del que sí se guardaba copia firmada, en la medida en que se trata de operaciones distintas, con riesgos y resultados naturalmente diversos; máxime si se tiene en cuenta que en este segundo supuesto se trató de una intervención de urgencia y, respecto de la primera, la testigo Sra. puso de manifiesto que no les exhibieron consentimiento informado y que el Dr. les dijo que se trataba de una operación muy sencilla, que se realizaba preventivamente y no entrañaba riesgo, sin que les hablara de otra posibilidad distinta.

OCTAVO.- En cuanto al importe de la indemnización, la Sentencia del Tribunal Supremo, de 13 de noviembre de 2012, recuerda el inevitable subjetivismo que conlleva la fijación del llamado "*pretium doloris*" (sentencias de 6 de julio de 2010, recurso de casación 592/2006, y 23 de marzo de 2011, recurso de casación 2302/2009), señalando que se deben tener en cuenta las circunstancias que rodean los hechos así como, entre otras, el tiempo que hubiera transcurrido, la edad de la persona afectada, la necesidad de la intervención practicada, las lesiones sufridas, el riesgo que afrontó el paciente, sin la debida información constatada, fijando indemnizaciones que abarcan una amplia horquilla, en función de la casuística concreta del caso que es analizado.

En el presente, la parte actora solicita una indemnización de 160.000 euros, más los intereses legales desde la reclamación administrativa, con fundamento en unas secuelas que describe y cuantifica de la siguiente forma: Secuelas físicas: reconstrucción del tránsito y anastomosis con resección de ileostomía: 20 puntos; colostomía: 15 puntos. Secuelas estéticas por trastorno de imagen corporal: perjuicio estético importante: 20 puntos. Secuelas psicológicas: síndrome depresivo postraumático: 10 puntos. Días de incapacidad temporal: el paciente continúa de baja laboral; días de hospitalización: 90 días. Factor de corrección: 10% sobre las secuelas. Incapacidad permanente total por las secuelas físicas y psíquicas padecidas, daños morales a familiares, necesidad de reintervenciones.

Ante la indeterminación y falta de justificación de una parte de los elementos en los que se sustenta aquella solicitud, en particular por lo que respecta a la baja laboral e incapacidad permanente que aduce, este Tribunal considera acorde con la naturaleza de los perjuicios sufridos por el reclamante, Sr. fijar una indemnización global de 50.000 euros,

actualizada a la fecha de la presente resolución, de la que deberán responder ambas demandadas.

No procede el devengo del interés de demora previsto en el artículo 20 de la Ley del Contrato de Seguro, por haber sido necesaria la determinación judicial de la indemnización ante la discrepancia de las partes (STS de 24 de julio de 2012, casación 2070/2010).

NOVENO.- Por todo lo anteriormente razonado, procede la estimación en parte del recurso, sin expresa imposición de las costas procesales causadas, por imperativo del artículo 139.1 de la LJCA.

VISTOS, los artículos precedentes, y demás de pertinente y general aplicación.

F A L L A M O S

Estimar en parte el recurso contencioso administrativo, Procedimiento Ordinario número 830/2011, seguido a instancia de D., contra la desestimación por silencio administrativo de la Reclamación Patrimonial deducida por el citado contra el Servicio de Salud, en el sentido de condenar a que indemnice al citado en la suma de CINCUENTA MIL EUROS (50.000 €), cantidad que se considera actualizada a fecha de la Sentencia y de la que responderá solidariamente. Sin expresa imposición de las costas procesales causadas.

Notifíquese esta Sentencia a las partes en legal forma, haciendo la indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso de casación de conformidad con lo dispuesto en el artículo 86.2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. ANA MARIA APARICIO MATEO, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Secretario, certifico