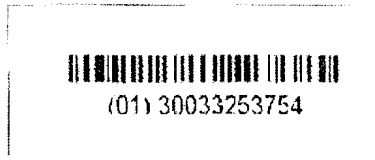




Tribunal Superior de Justicia de Madrid
Sala de lo Contencioso-Administrativo
Sección Novena
C/ General Castaños, 1 - 28004
33009750
NIG: 28.079.33.3-2008/0103619



Procedimiento Ordinario 581/2008

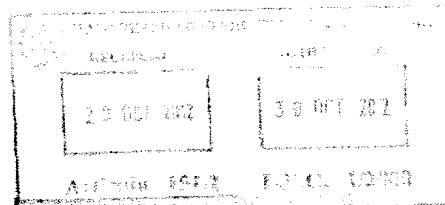
Demandante: D./Dña.
PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA
Demandado: SERMAS
LETADO DE COMUNIDAD AUTÓNOMA

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO ABAJÓ ABRIL

SENTENCIA Nº 708

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN NOVENA

Ilmos. Sres.
Presidente:
D. Ramón Verón Olarte
Magistrados:
D^a. Angeles Huet de Sande
D^a. Berta Santillán Pedrosa
D. Joaquín Herrero Muñoz-Cobo



En la Villa de Madrid a dieciocho de octubre de dos mil doce.

Visto por la Sección Novena de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el presente recurso contencioso administrativo nº 581/08, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Solera Lama, en nombre y representación de don _____, contra la desestimación presunta por silencio de su reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración presentada con fecha 27 de junio de 2007; habiendo sido parte la Administración demandada, representada por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid. Ha intervenido como codemandada _____, procesalmente representada por el Procurador de los Tribunales don Francisco José Abajo Abril.





SEGUNDO: Para la resolución del presente recurso contencioso administrativo resulta necesario tener en cuenta los siguientes hechos derivados del expediente administrativo, de la prueba practicada y de las alegaciones de las partes:

a).- El día 29 de agosto de 2005, le fue realizada al actor, don [redacted], de 33 años de edad, una intervención quirúrgica programada (1ª intervención), esplenectomía laparoscópica, por presentar púrpura trombopénica idiopática resistente a tratamiento corticoideo.

b).- En las primeras horas después de dicha intervención presentó inestabilidad hemodinámica con descenso del hematocrito (hemorragia) por lo que fue reintervenido (2ª intervención), efectuándose laparotomía subcostal izquierda con hallazgo de un punto sangrante en el músculo a nivel de entrada de uno de los trocares, practicándose hemostasia.

c).- En el postoperatorio comenzó con clínica compatible con abdomen agudo por lo que fue nuevamente intervenido (3ª intervención), con carácter urgente, el día 1 de septiembre de 2005, objetivándose una perforación a nivel de la curvatura mayor del estómago, realizándose resección parcial del margen gástrico afectado y sutura.

d).- El día 3 de septiembre de 2005, es trasladado a la UCI por empeoramiento, presentando cuadro séptico, pautándose tratamiento antibiótico. Mediante TAC abdominal se había detectado un absceso pélvico que fue puncionado el día 7 de septiembre, no mejorando demasiado tras esa punción. Tras realizarse ECO transtorácico y transesofágico, así como nuevo TAC abdominal, se apreciaron colecciones subfrenicas perihepáticas por lo que se decidió nueva intervención quirúrgica (4ª intervención) que se realizó el día 9 de septiembre de 2005, encontrándose abundante pus subfrenico bilateral, espacio retrogastrico y saco de Douglas, dejándose drenajes y cierre con malla.

En el postoperatorio sufrió, el día 10 de septiembre de 2005, un shock séptico de origen abdominal que precisó intubación y ventilación mecánica, pautándose tratamiento, tras el cual, el paciente mejoró paulatinamente. Unos días después, el 19 de septiembre de 2005, presentó una hemorragia digestiva, evolucionando favorablemente y siendo trasladado desde la UCI al Servicio de Cirugía el día 23 de septiembre.

Es dado de alta hospitalaria el 13 de octubre de 2005, encontrándose asintomático, afebril y tolerando dieta oral.

e).- El día 22 de noviembre de 2005, el paciente acudió al Servicio de Urgencias por fiebre, induración y enrojecimiento de la herida quirúrgica. Fue ingresado en el Servicio de Cirugía General y Digestivo, practicándose incisión y drenaje de abundante cantidad de pus. Se instaura tratamiento con antibióticos y curas





perjuicio estético, y la cantidad de reintervenciones que tuvo que soportar con grave riesgo para su vida. Por todo ello, considera que concurren todos los presupuestos de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración que ejercita en su demanda y concluye solicitando una indemnización por un importe global de 300.000 € más intereses.

Tanto la Administración demandada como su aseguradora codemandada, oponen, con carácter previo, la prescripción de la acción ejercitada, así como la existencia de desviación procesal respecto de la alegación de falta de consentimiento informado previo a la primera intervención. Ya en cuanto al fondo, entienden que la atención recibida por el paciente se ha ajustado en todo momento a la "lex artis", de forma que las sucesivas reintervenciones y complicaciones que se han producido tras la primera intervención quirúrgica, han estado motivadas por la propia evolución tórpida de su padecimiento, pues se trata de riesgos propios de aquella primera intervención, sin que, por estas razones, pueda apreciarse ni antijuridicidad del daño por el que se reclama ni relación causal de éste con el funcionamiento del servicio público sanitario. Además, alegan que consta en el expediente que el paciente dio su consentimiento por escrito a la intervención quirúrgica realizada el día 29 de agosto de 2005, por lo que el requisito del consentimiento informado debe también entenderse debidamente cumplido. En definitiva, ambas demandadas sostienen que no se dan los requisitos de la acción ejercitada y que la cantidad globalmente solicitada es excesiva por lo que solicitan la desestimación de la demanda.

CUARTO: La alegación de prescripción se debe rechazar tan pronto se tenga en cuenta el relato fáctico que hemos dejado expuesto en el Fundamento Jurídico Segundo.

Si bien no existe controversia entre las partes sobre el día final del cómputo del plazo de prescripción de un año (art. 142.5 LRJyPAC), día 27 de junio de 2007, fecha en la que se presentó la reclamación administrativa (folio 5 del expediente), sí existe discrepancia sobre cuál deba ser el día inicial.

Y así, para las demandadas ese día inicial debe ser, como muy tarde, el 19 de junio de 2006, por constar al folio 86 del expediente que ese día "el paciente viene porque no sabe qué hacer para darse de alta". Ocurre, sin embargo, que al folio siguiente, folio 87, consta que "le vuelven a ver los cirujanos en noviembre de 2006". Además, consta en el informe emitido por la Inspección Médica (folios 164 a 169 del expediente), y así lo hemos dejado reflejado en el Fundamento Jurídico Segundo, apartado g), que, tras la última intervención (5ª intervención), realizada el día 31 de enero de 2006, para retirar la malla quirúrgica, el actor sufrió molestias en la herida quirúrgica con salida de material purulento que ha requerido ser valorado por el Servicio de Cirugía en los meses de marzo, mayo y noviembre de 2006, así como en mayo de 2007, que es la última revisión que consta en la historia clínica, en la que se indica que el paciente debe ser nuevamente revisado en el plazo de un año.





las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos¹⁷.

Como se argumenta en la STS de 22 de diciembre de 2001, «ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente».

En esta misma sentencia se analiza la repercusión del correcto empleo de la técnica en la consideración del daño como antijurídico, argumentándose que si la actuación médica «fue realizada correctamente de acuerdo con el estado del saber en la actualidad y ... la incidencia postoperatoria fue resuelta correctamente, ... estaríamos ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, recogida en el artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no ha venido sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto, según el cual "no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquellos". Aun aceptando, pues, que algunas de las secuelas que sufre la recurrente tuvieran su causa en la intervención quirúrgica a la que fue sometida y no en su previo padecimiento, lo cierto es que la técnica quirúrgica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, de manera que sus resultados no habrían podido evitarse según el estado de los conocimientos de dicha técnica quirúrgica, y, en consecuencia, el daño producido, de acuerdo con el citado artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que la paciente tiene el deber de soportar».

SEXTO: Dejando por ahora de lado la cuestión atinente al consentimiento informado, cuestión que analizaremos en un momento posterior, son dos las premisas fácticas sustanciales de las que parte el actor en su demanda para sostener que la atención sanitaria por él recibida no se ha ajustado a la "lex artis": en primer lugar, que en el curso de la primera intervención quirúrgica realizada el día 29 de agosto de 2005, esplenectomía laparoscópica, se produjo una hemorragia importante que debió haber dado lugar, para atajarla, a que en ese mismo acto quirúrgico, y no horas después, se reconvirtiera la cirugía laparoscópica en laparotomía; y en segundo lugar, que en la reintervención realizada ese mismo día 29 de agosto de 2005, horas después de la





"Todo este calvario se podría haber evitado si en dos momentos puntuales se hubieran tomado las decisiones oportunas.

A.- Si durante la primera intervención se hubiera hecho la reconversión a laparotomía, para atajar la importante hemorragia que se produjo.

B.- Si en la reintervención realizada el mismo día no hubiera pasado incomprensiblemente desapercibido el desgarró en la curvatura mayor del estómago y se la hubiera tratado adecuadamente. Así se habría evitado la peritonitis que condujo al shock séptico y que puso en grave riesgo la vida del enfermo."

De lo expuesto se desprende que, al igual que la demanda, las dos premisas sustanciales de las que parte el perito del actor son: en primer lugar, que durante la primera intervención realizada el día 29 de agosto de 2005, se produjo una "hemorragia importante" que no fue advertida; y en segundo lugar, que el desgarró en la curvatura mayor del estómago, que se produjo también en la primera intervención, no fue debidamente apreciado en la segunda, dando lugar a que tuviera que realizarse una tercera intervención.

Pues bien, en cuanto a la primera premisa (que durante la primera intervención se produjo una hemorragia importante que no fue advertida), ha sido rotundamente desmentida por los peritos designados por la aseguradora codemandada con argumentos fundados, certeros y rigurosos, en el acto de ratificación de los informes periciales obrantes en autos, el aportado por la parte actora y el aportado por la aseguradora codemandada, acto de ratificación que se celebró ante la Sala con la asistencia conjunta de todos los peritos.

En este acto de ratificación los dos peritos de la aseguradora codemandada pusieron de manifiesto las imprecisiones y contradicciones en las que incurria el perito de la parte actora. Conviene que transcribamos con cierto detenimiento las declaraciones efectuadas por los peritos en el acto de ratificación que constan reflejadas en el acta.

Y así, a preguntas de la parte actora sobre si la hemorragia se produjo ya en la primera intervención, el perito del actor contestó que *"deduce que la hemorragia se produjo en la laparoscopia realizada en 29 de agosto de 2005 de los datos que constan en la hoja de anestesia obrante en el folio 41/229 del expediente por los siguientes datos de interés: el primero que en la propia hoja de anestesia se refleja literalmente que existe una "hemorragia"; por la comparación de los datos de hemoglobina con los que se reflejan en los estudios preoperatorios realizados el 28 de agosto de 2005 de los que se desprende que hay un importante descenso de hemoglobina en los reflejados en la hoja de anestesia (16 gr), asimismo considera excesiva la necesidad de administrar al paciente 4500 cm³ de suero. También deduce la existencia de la hemorragia de que no es normal que se ordene la realización de un análisis intraoperatorio."*





Y en fin, consta también reflejado en el acta que *"todos los peritos están de acuerdo en que la razón por la que se produce esta nueva intervención [se refieren a la segunda] es porque se ha producido una "hemorragia postoperatoria."*

De cuanto acabamos de transcribir podemos destacar las siguientes contradicciones sustanciales en las que, en nuestro criterio, incurre el perito del actor: (1) según el perito del actor, la "hemorragia importante" se produjo en el curso de la primera intervención porque consta así literalmente anotado en la hoja de anestesia, y en cambio, como destacan los peritos de la aseguradora codemandada -y aprecia la Sala de su mera lectura-, lo que se refleja en dicha hoja de anestesia es la palabra "hemograma" y no la de "hemorragia"; (2) en su informe el perito del actor dice que la hemorragia se produjo a las 11 horas, y en cambio, después, en el acto de ratificación ese mismo perito afirma que la hemorragia se produjo a las 9.30 horas, y además, de forma ciertamente sorprendente, deduce ambos momentos, contradictorios entre sí, del mismo documento, la hoja de anestesia; (3) y por último, manifiesta el perito del actor coincidir con los peritos de la aseguradora codemandada en que la citada hemorragia fue "postoperatoria", a pesar de que en su informe y en sus manifestaciones inmediatamente anteriores efectuadas en el acto de ratificación había sostenido que dicha hemorragia se produjo "durante" la intervención y, por ello, que no era postoperatoria.

Tan importantes contradicciones en el parecer expresado por el perito de la parte actora, en su informe y en el acto de su ratificación, determinan que la Sala no pueda acoger sus tesis en relación con sus dos premisas sustanciales, que son las que apoyan las alegaciones de la demanda, y que acojamos, por el contrario, respecto de ambas premisas, las opiniones de los peritos de la aseguradora codemandada más fundadas, argumentadas y razonadas, con apoyo en la historia clínica, coherentes y sin incurrir en contradicción alguna.

Por tanto, debemos tener por acreditado (y así lo hemos expresado en el Fundamento Jurídico Segundo, apartado a) que la hemorragia se produjo después de la primera intervención y no en el curso de la misma, sin que pueda apreciarse la infracción a la "lex artis" que se alega en la demanda.

Y por estas mismas razones debemos descartar la segunda premisa que sustenta la demanda y el informe pericial que a ella se acompaña: que el desgarro en la curvatura mayor del estómago, que se produjo también en la primera intervención, no fue debidamente apreciado en la segunda, dando lugar a que tuviera que realizarse una tercera intervención. Y así, como explicaron razonadamente los peritos de la aseguradora codemandada en el acto de ratificación de su informe:

"... el desgarro deriva de la maniobra de separar el bazo de la curvatura mayor del estómago efectuada en la primera intervención, pero no se manifestó hasta que dio lugar a la tercera intervención. Se basan para sostener esta tesis en el informe que emitió el cirujano que practicó la segunda intervención en el que consta



consentimiento para la realización de una esplenectomía laparoscópica "habiendo sido advertido de los posibles riesgos y complicaciones que de la misma pudieran surgir", expresión ésta de carácter genérico e impreciso y en la que no se le advierten de los riesgos específicos de esta intervención, riesgos que, además, en este caso concreto, lamentablemente, se produjeron, dando lugar a que el paciente tuviera que volver a ser intervenido en cuatro ocasiones más. Llama la atención en este caso esta ausencia de información sobre tales riesgos específicos de esta intervención porque el propio informe emitido por los peritos designados por la aseguradora codemandada considera que las complicaciones que se produjeron tras la primera intervención eran riesgos propios y característicos de la misma. Y así, se manifiesta en dicho informe pericial aportado por la codemandada que la hemorragia, que efectivamente se produjo tras la primera intervención, era una complicación no infrecuente anudada a la misma, así como la perforación a nivel de curvatura mayor gástrica, que también se considera un riesgo específico de las esplenectomías, o la sepsis abdominal, que se califica igualmente de una complicación propia tras este tipo de intervenciones.

Por tanto, debemos concluir que en el documento firmado por el actor no se le informó adecuadamente de las posibles complicaciones que se podían producir y que, lamentablemente, en este caso, se produjeron, sin que pueda, por ello, calificarse de auténtico documento de consentimiento informado.

Es reiterada la jurisprudencia (por todas, STS de 9 de marzo de 2005) que establece que *«Es evidente que la exigencia del consentimiento informado constituye una obligación impuesta por la Ley General de Sanidad cuyo artículo 10 expresa, como hemos recordado en Sentencia de 18 de junio de 2004, que toda persona tiene, con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, entre otros aspectos, derecho a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención excepto, entre otros casos que ahora no interesan, cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; y finalmente a que quede constancia por escrito de todo su proceso.»*

Está pues, por lo tanto, el consentimiento informado, como decíamos en aquella sentencia, estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas y que en la fecha en que se produce la intervención quirúrgica a que da lugar a este proceso constituye una institución recientísima en el plano de nuestra legislación.

Como decimos en aquella sentencia, la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Pero sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para



costas procesales causadas en esta instancia, al no apreciarse temeridad ni mala fe en ninguna de las partes.

FALLAMOS

Que ESTIMANDO PARCIALMENTE el presente recurso contencioso administrativo nº 581/08, interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Paloma Solera Lama, en nombre y representación de don
contra la desestimación presunta por silencio de su reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración presentada con fecha 27 de junio de 2007, DEBEMOS ANULAR Y ANULAMOS dicha resolución por no ser ajustada al ordenamiento jurídico y, en su lugar, debemos reconocer y reconocemos el derecho de la parte actora a que se le abone una indemnización de 12.000 euros, cantidad que no devengará más intereses que los previstos en el art. 106 LJ.

No ha lugar a la imposición de las costas procesales causadas en esta instancia.

Así, por esta nuestra sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN: Leída y publicada que ha sido la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por la Ilma. Sra. Magistrada D^a Ángeles Huet de Sande, Ponente que ha sido para la resolución del presente recurso contencioso administrativo, estando celebrando audiencia pública esta Sección, de lo que, como Secretario de la misma, doy fe.

