

Tribunal Superior de Justicia de Madrid

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Décima

C/ Génova, 10 - 28004

33009750

NIG: 28.079.33.3-2011/0179260



(01) 30129623514

Procedimiento Ordinario 773/2011

Demandante: D./Dña.

PROCURADOR D./Dña. PALOMA SOLERA LAMA

Demandado:

PROCURADOR D./Dña. FRANCISCO JOSE ABAJO ABRIL

SENTENCIA Nº 93/2014

Presidente:

Dña. Mª DEL CAMINO VÁZQUEZ CASTELLANOS

Magistrados:

Dña. FRANCISCA ROSAS CARRION

D. JUAN FRANCISCO LÓPEZ DE HONTANAR SANCHEZ

Dña. Mª JESUS VEGAS TORRES

Dña. CARMEN ALVAREZ THEURER

En la Villa de Madrid, a 12 de febrero de 2014.

Visto el recurso contencioso administrativo número 773/2011 seguido ante la Sección Décima de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que se ha interpuesto por doña representada por la Procuradora doña Paloma Solera Lama y dirigida por el Letrado don Carlos Sardinero García, contra la resolución de 9 de junio de 2011 de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de la Comunidad de Madrid, parcialmente estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada con fecha de 10 de julio de 2009.

Ha sido parte demandada la Comunidad de Madrid, representada y dirigida por la Letrado de sus Servicios Jurídicos doña Alicia Pérez Yuste, y codemandada la entidad “, representada por el Procurador don Francisco José Abajo Abril y dirigida por Letrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el recurso contencioso administrativo, se reclamó el expediente administrativo y siguiendo los trámites legales se emplazó a la parte recurrente para que formalizase la demanda, lo que verificó mediante escrito en el que hizo alegación de los hechos y fundamentos de Derecho que consideró de aplicación y terminó solicitando sentencia en que se declare la responsabilidad de la Administración demandada, condenándola a que indemnice a doña en la cantidad de 300.000 euros, más los intereses correspondientes, con expresa imposición de costas.

SEGUNDO.- La Administración demandada contestó y se opuso a la demanda de conformidad con los hechos y fundamentos que invocó, terminando por solicitar que se dictara sentencia desestimatoria del recurso contencioso administrativo. Por su parte, la entidad “se personó en el proceso una vez precluido el trámite de contestación a la demanda.

Habiéndose recibido el proceso a prueba, se practicaron los medios probatorios propuestos y admitidos con el resultado que obra en autos, presentando posteriormente las partes sus respectivos escritos de conclusiones.

TERCERO.- Finalizada la tramitación del proceso, se señaló para votación y fallo del recurso el día 5 de febrero de 2014, fecha en que tuvo lugar.

En la tramitación del proceso se han observado las reglas establecidas por la Ley.

Ha sido Magistrado Ponente doña Francisca María Rosas Carrión, quien expresa el parecer de la Sección.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Doña ha interpuesto el presente recurso contencioso administrativo contra resolución de 9 de junio de 2011 de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria de la Comunidad de Madrid, parcialmente estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 10 de julio de 2009, en la que se solicitó una indemnización de 300.000 euros por los daños y perjuicios derivados de mala praxis en la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital, posteriormente el recurso contencioso administrativo se amplió a la resolución de 2 de abril de 2012, de rectificación de error material y actualización del montante indemnizatorio a la cantidad de 25.792,76 euros.

Conviene recordar que en la resolución administrativa de 9 de junio de 2011, con base en un informe del Consejo Consultivo que se había ajustado a la valoración de daños corporales efectuada por la compañía aseguradora del, se le reconoció a doña una indemnización de 24.944,65 euros por mala praxis derivada del olvido de un cuerpo extraño intra-abdominal en una intervención de histerectomía.

También tendremos en cuenta que la descripción de hechos que efectuó la compañía aseguradora fue: *“Paciente sometida a histerectomía abdominal en el Hospital que precisa reintervención por pelviperitonitis por cuerpo extraño, colostomía de descarga, reconstrucción de colostomía que se complica con perforación de íleon que se resuelve”*. Asimismo, la precitada compañía de seguros señaló las siguientes lesiones y secuelas: pelviperitonitis por c. extraño que precisa resección colónica del segmento afecto, cicatriz quirúrgica laparotomía media, con 64 días de ingreso hospitalario, 115 días improductivos y 30 días no improductivos susceptibles de indemnización conforme a Baremo, y atribuyendo 5 puntos a colectomía parcial sin trastorno funcional, 10 puntos por cicatriz de laparotomía media, más un factor de corrección del 10%.

Se afirma en la demanda que con fecha de 14 de septiembre de 2007 se le diagnosticó a doña un mioma subseroso en cara anterior de 102 x 70 mm y masa intracavitaria de 38x 15 mm sugestiva de pólipo/mioma submucoso.

En un control ecográfico del mes de febrero de 2008 se informó mioma sin cambios en el crecimiento, pero con características ecográficas sospechosas, por lo que se le aconsejó que se sometiera a una intervención de histerectomía, sin ofrecerle alternativas de tratamiento conservador o medicamentoso ni información sobre los riesgos y complicaciones

de la operación, y sin que en la hoja de consentimiento informado, obrante al folio 73 de la historia clínica, apareciera cumplimentado el apartado de riesgos personalizados.

La intervención se practicó el 21 de febrero de 2008, y durante la misma los facultativos dejaron olvidado material quirúrgico en la grasa perivisceral. Además en el protocolo de la operación, obrante al folio 79 y 80 del expediente administrativo, se hizo constar que el acto quirúrgico fue extremadamente complejo debido a las múltiples adherencias del útero a diversas estructuras abdominales, que fue necesario liberar, lo que se hizo con dificultad y doble anexectomía, sin que en ningún momento anterior a la intervención se hubiera comunicado a la paciente la existencia de dichas adherencias y la repercusión que podrían tener en el curso de la operación, sino tan sólo que una de las lesiones era sospechosa de malignidad.

Continúan la demanda alegando que, pese a que durante su estancia en planta la paciente presentó fiebre elevada, dolor e inflamación abdominal, diarrea y anemia, se le dio de alta precipitadamente el 26 de febrero de 2008.

Tuvo que reingresar el día 27 y, dada la falta de mejoría, el día 5 de marzo se le realizó un TAC abdominal, evidenciándose una imagen sospechosa de cuerpo extraño con gas y colecciones líquidas alrededor, por lo que se le realizó una laparotomía exploradora urgente, bajo anestesia general, que puso de manifiesto la existencia de perforación de sigma, con pelviperitonitis e intenso hematoma y fibrosis englobando un cuerpo extraño. Se le tuvo que realizar una intervención de Hartman, y fue dada de alta el 22 de marzo.

Doña reingresó en el Hospital, de manera programada, el 15 de julio para reconstrucción de colostomía. En el protocolo de la intervención, obrante al folio 132 del expediente, se recoge que en el recuento del material quirúrgico faltaba una compresa.

Durante el desarrollo de esta tercera intervención se produjo una perforación puntiforme del íleon distal, que pasó desapercibida hasta que debutó, y que precisó una reintervención el 20 de julio de 2008.

En el postoperatorio la paciente presentó múltiples complicaciones por infección abdominal, habiéndosele dado de alta el 23 agosto 2008.

Doña aduce en su demanda que, como consecuencia de la incorrecta praxis, permaneció de baja laboral más de 380 días, 73 de ellos de ingreso hospitalario, se tuvo que someter a diversas intervenciones quirúrgicas, que comportaban graves riesgos de morbilidad y mortalidad, habiéndose visto obligada soportar una colostomía de descarga, y que se le han formado adherencias abdominales que le provocan intenso dolor y repercuten negativamente en el desarrollo de su profesión habitual, de auxiliar de geriatría, con pérdida de expectativas de promoción, así como que se le han causado importantes perjuicios estéticos, por cicatrices en el abdomen, y daño psicológico pues ha desarrollado fobia a los tratamientos médicos y al entorno hospitalario, con merma de su estado de ánimo, y de sus relaciones sociales y personales.

Con base en lo anterior, se afirma en la demanda que en el caso litigioso ha concurrido una pluralidad de actuaciones de mala praxis, en concreto:

1.- Falta de información previa a la histerectomía de los riesgos, complicaciones y alternativas, así como de la existencia de adherencias abdominales y de su repercusión en la dificultad de la correspondiente intervención.

2.- Olvido del material quirúrgico durante la primera intervención, que dio lugar a que la paciente desarrollara un proceso infeccioso, que pasó desapercibido durante su estancia hospitalaria, pese a los síntomas que presentaba, habiendo sido dada de alta indebidamente el 26 de febrero.

3.- Retraso en el diagnóstico de la perforación, por tardanza de 10 días en realizar un TAC después del reingreso del día 27, a la vista del cual la paciente hubo de ser operada de urgencias, a pesar de lo sugestivo de la sintomatología que anteriormente había presentado, y de que ésta sólo podía referirse a la reciente intervención quirúrgica.

4.- Perforación del intestino durante otra intervención, precisando reintervención de urgencias por peritonitis con múltiples complicaciones postoperatorias y un prolongado ingreso hospitalario.

La demanda sostiene, en definitiva, que en el supuesto litigioso se ha producido un resultado desproporcionado, porque la paciente ingresó para la extirpación de un mioma uterino y precisó de tres intervenciones quirúrgicas posteriores, de elevado riesgo y con

importantes complicaciones postoperatorias, razón por la cual invoca la doctrina del daño desproporcionado e inversión de la carga de la prueba con independencia de que no se conozca la causa concreta del resultado, debiendo probar la Administración sanitaria que el daño no se ha producido por sus actuaciones.

Afirma, por tanto, la existencia de un muy deficiente funcionamiento de la Administración sanitaria, con resultados lesivos directamente derivados de aquélla, lo que conlleva el deber de indemnizar los daños y perjuicios causados en la cantidad de 300.000 euros.

En su contestación a la demanda, la Comunidad de Madrid parte de que la resolución de 9 de junio de 2011 reconoció a la demandante una indemnización por mala praxis en la primera de las intervenciones quirúrgicas, otorgándole una indemnización por los días de incapacidad temporal y por las lesiones permanentes. Respecto de los demás conceptos reclamados, se afirma la buena praxis con base en el informe de la Inspección Sanitaria.

Como se ha dicho, la entidad no presentó escrito de contestación a la demanda, habiéndose personado en las actuaciones con posterioridad a dicho trámite.

SEGUNDO.- Conviene recordar que el artículo 106.1 de la Constitución Española dispone que los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tienen derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; esta previsión constitucional tiene su desarrollo normativo en el artículo 139 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en el que se establece: "*1. 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. 2. En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (...)*".

Entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 se declaraba al respecto que *"la responsabilidad de las Administraciones públicas en nuestro ordenamiento jurídico tiene su base no solo en el principio genérico de la tutela efectiva que en el ejercicio de los derechos e intereses legítimos reconoce el art. 24 de la Constitución, sino también, de modo específico, en el art. 106.2 de la propia Constitución 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 los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; en el artículo 139, apartados 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , y en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa, que determinan el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado, habiéndose precisado en reiteradísima jurisprudencia que para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque, como hemos declarado igualmente en reiteradísimas ocasiones es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido"* .

En interpretación de la citada normativa en asuntos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial derivadas de asistencia sanitaria, la doctrina jurisprudencial -por todas, la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2008- tiene declarado que

<<(…) el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no impide que para su exigencia, como señala la sentencia de 7 de febrero de 2006, sea imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. A tal efecto, la jurisprudencia viene modulando el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, rechazando que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con el mismo que se pueda producir, lo que supondría convertir a la Administración en aseguradora universal de todos los riesgos, con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, siendo necesario, por el contrario, que esos daños sean consecuencia del funcionamiento normal o anormal de la Administración (Ss. 14-10-2003 y 13-11-1997). La concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que se mantiene por la parte recurrente no se corresponde con la indicada doctrina de esta Sala y la que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, según la cual: "esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar" (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003)>>.

Se ha de precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial también viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas 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, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico – sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, con cita de la de 22 de diciembre de 2001-.

En este sentido, en la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012 se declaraba:

“(…) debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004 , con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).

Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la lex artis (…)”.

TERCERO.- Y a la vista de que en la demanda también se acusa falta de la información debida, hemos de hacer referencia a la doctrina jurisprudencial sobre el derecho de información en el específico ámbito de la asistencia sanitaria, recogido en el artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente, que dispone que “el consentimiento informado supone 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”, así como en el artículo 8.3 de la precitada Ley, que impone que al mismo se incorpore información sobre los posibles riesgos.

Entre muchas otras, la sentencia de Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, con cita de la de 26 de marzo del mismo año, declaraba lo siguiente:

<<Resulta claro que tanto la vigente regulación, más detallada y precisa, como la anterior coinciden en un punto esencial, esto es la exigencia del "consentimiento escrito del usuario" (art. 10.6 Ley General de Sanidad, 14/1986, art. 8.2. Ley 41/2002) para la realización de intervenciones quirúrgicas. Si bien actualmente también se prevea respecto de procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente. Todo ello, a salvo claro está de situaciones en que deban adoptarse decisiones urgentes adecuadas para salvar la vida del paciente o cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones.

Se ha recordado en la Sentencia de 29 de junio de 2010, recurso de casación 4637/2008 lo dicho en la Sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 sobre que "El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos".

.../...Por ello 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. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración)".

Y una constante jurisprudencia (Sentencias de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002, 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003, de 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008, sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008) insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

... En fecha reciente el Tribunal Constitucional ha declarado (FJ 7º) en su STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011, estimando un recurso de amparo por quebranto de los arts. 15 y 24.1. CE que "no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad".

Nuestra jurisprudencia (SSTS 29 de junio 2010, rec. casación 4637/2008 , 25 de marzo de 2010 , rec. casación 3944/2008), sostiene que no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales.

Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar una vez iniciada una asistencia hospitalaria con cambio de centro médico y tipo de anestesia.

Debe insistirse en que una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento.

Además hemos desvinculado la falta o insuficiencia de consentimiento informado, de la existencia de mala praxis, pues el defecto o insuficiencia en el consentimiento constituye, en sí mismo, mala praxis. Así lo acabamos de afirmar en nuestra sentencia de fecha 30 de septiembre de 2011, recurso 3536/2007 y las que en ella se citan>>.

Diremos también, refiriéndonos a la sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, ya citada, que en ella se consideró que la ausencia o el defecto del consentimiento informado no sólo constituyen una mala praxis por vulneración de los derechos reconocidos en la Ley Básica de Autonomía del Paciente, sino también una lesión de los derechos fundamentales a la integridad física y a la libertad, que no son meros derechos subjetivos que sólo vinculen negativamente a los poderes públicos, sino que éstos también tienen el mandato constitucional de proteger, coadyuvando a que su disfrute sea real y efectivo (entre otros, auto del Tribunal Constitucional 333/1997, con cita de sus sentencias 25/1981, 53/1985 y 129/1989 y de su auto 382/1996).

Hemos de añadir a lo anterior que el artículo 10 de la Ley 41/2002, de 14 noviembre, Básica Reguladora de Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, al regular las condiciones de la información y consentimiento por escrito, dispone que la misma comprenda: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención; y d) Las contraindicaciones.

La jurisprudencia que ha interpretado el precepto citado, expresada, entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2012, ha venido declarando que *“(...) no cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario”*.

CUARTO.- Tal y como se desprende de los términos en que se ha planteado el debate, y puesto que, frente a lo afirmado por la parte actora, se sostiene de contrario la correcta actuación de los servicios sanitarios de la Administración demandada en aquellos extremos que no han sido expresamente reconocidos en la resolución de 9 de junio de 2011, resulta preciso determinar si en este proceso se ha acreditado el defectuoso funcionamiento de dichos servicios y el daño derivado del mismo en cuanto que no hayan sido reconocidos por la Administración, para lo cual hemos de examinar los elementos probatorios aportados al proceso y valorarlos en su conjunto y según las reglas de la sana crítica -puesto que en nuestras leyes procesales no rige el principio de prueba tasada-, y aplicando las reglas sobre la carga probatoria establecidas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En el caso de autos parte de las cuestiones litigiosas son eminentemente técnicas, en cuanto pertenece al ámbito de la ciencia médica dilucidar si la asistencia sanitaria fue prestada adecuadamente, cual ha sido el resultado finalmente producido y si el mismo pudo evitarse empleándose medios y procedimientos distintos a los utilizados.

Resulta que, cuando para apreciar algún punto de hecho de relevancia para resolver la litis, sean necesarios o convenientes conocimientos especiales, se establece, como cauce adecuado para hacerlos llegar al proceso, el de la prueba pericial, estándose en el caso de que la parte actora ha aportado a este proceso un informe del perito de su designación don Jaume Bofill i Soliguer, Licenciado en Medicina y Cirugía, Especialista en Cirugía General y Magister Universitario en Valoración del Daño Corporal.

Dicho informe tiene por objeto el tratamiento practicado a doña a partir del 21 de enero de 2008, y en él se exponen los datos más relevantes de la historia clínica y se valoran los hechos en que se basan cada uno de los motivos de reclamación, para finalizar con las siguientes conclusiones:

“Primera: Que Dña. fue intervenida de Histerectomía y anexectomía bilateral por presentar una tumoración miomatosa de carácter benigno.

Segunda: Que a los 10 días del postoperatorio debió reintervenirse por el propio Servicio de Ginecología y Obstetricia al detectar la TAC imagen compatible con la presencia de un cuerpo extraño o textiloma abdominal olvidado en la intervención previa.

Tercera: Que durante la 2ª intervención, tuvo que ser reclamada la asistencia del Servicio de Cirugía por detectar una perforación con tejido necrótico en la cara anterior del colon, secundaria a la presión que el textiloma efectuaba sobre dicha porción del colon.

Se realizó resección del segmento de colon perforado, colostomía terminal y sutura del muñón del recto restante (operación de Hartmann).

Cuarto: Que al intervenir por 3ª vez para cerrar la colostomía, se produjo una perforación puntiforme del intestino delgado, que alargó considerablemente la estancia hospitalaria.

Quinto: Que existe un Nexo de Causalidad Cierto, Directo y Total entre el olvido de la compresa y el rosario de complicaciones que luego se sucedieron:

Compresa – Perforación Hartmann – Cierre colostomía – Perforación intestino delgado”.

Se ha de señalar que a los folios 186 y siguientes del expediente administrativo obra informe de la Inspección Sanitaria, emitido el 20 de abril de 2010 por la Médico Inspectora doña en el que, después de recogerse los datos identificativos, los motivos de la reclamación, las fuentes documentales del informe y una relación de hechos resultantes de la historia clínica, se pasa a valorar los hechos y a expone las conclusiones de la Inspectora, que dicen así:

<<Primero: Respecto a la falta de información relativa al procedimiento quirúrgico (histerectomía).

En la documentación que obra en el expediente consta un documento de “Consentimiento para la histerectomía abdominal” firmado por la reclamante el 1-02-08 donde se reflejan los siguientes aspectos:

-En qué consiste la histerectomía abdominal y la vía de acceso.

-Una enumeración de los posibles riesgos y las complicaciones más frecuentes, tanto durante la intervención como con posterioridad a la intervención.

-El consentimiento de la paciente a que se le practique la intervención quirúrgica descrita.

-La manifestación expresa de la paciente de que ha comprendido toda la información que se le ha proporcionado, que se le han explicado las posibles alternativas terapéuticas existentes y que todas sus dudas y preguntas han sido aclaradas a su entera satisfacción.

Por lo tanto se puede objetivar que no existió la falta de información respecto a la intervención quirúrgica (histerectomía) alegada por la reclamante.

Segundo. Respecto a la falta de información, previa a la realización de la histerectomía, relativa la existencia de adherencias abdominales y su repercusión en la dificultad de la intervención quirúrgica.

Las adherencias abdominales no se objetivaron en la ecografía ginecológica realizada, luego no se puede informar de la existencia de hallazgos no objetivados.

Por otra parte, las pruebas diagnósticas de imagen, en este caso la ecografía abdominal, tienen un límite de resolución. Por ello, en la práctica totalidad de los casos, la existencia de adherencias abdominales no se objetiva en la ecografía abdominal. El diagnóstico suele ser por visión directa mediante laparoscopia y/o laparotomía abdominal.

Tercero. Alta hospitalaria precipitada el 26-02-08.

Durante los cinco días posteriores a la histerectomía que la paciente permaneció ingresada, únicamente consta que presentó fiebre/febrícula los dos primeros días; los otros tres días no presenta fiebre. El tercer día, ante la presencia de dolor abdominal se practica una ecografía abdominal (sin hallazgos significativos).

El día del alta hospitalaria está sin fiebre. Los diagnósticos que se realizan en ese momento (anemia postquirúrgica infección urinaria) son susceptibles de tratamiento ambulatorio, como así se prescribió (hierro oral y fosfomicina)

Por otra parte, en ese momento no se objetivaron datos clínicos, analíticos o de exploración que orientaran a la existencia de una perforación intestinal.

Por todo lo expuesto se considera que, con el estado clínico de la paciente en ese momento, no fue incorrecta la indicación de alta hospitalaria de 26-02-08.

Cuarto. Retraso en el diagnóstico de la perforación de sigma.

a) La producción de una perforación intestinal durante la realización de una histerectomía, es una de las complicaciones descritas en la bibliografía y así consta en el documento de Consentimiento Informado firmado por la reclamante para histerectomía abdominal como “lesiones intestinales”.

No se puede objetivar en la documentación que obra en el expediente si, en el presente caso, la aparición de la citada complicación fue debido a una aplicación incorrecta de la técnica quirúrgica o fue inevitable a pesar de la correcta realización de la misma.

En el presente caso existía, como factor de riesgo individual propio de la idiosincrasia de la paciente, que aumentaba la dificultad de realización de la técnica quirúrgica, la presencia de firmes adherencias del útero y los ovarios y también del recto a la cara posterior uterina.

- b) Respecto al retraso en el diagnóstico de la perforación de sigma, transcurren cinco días (del 27-02-08 al 4-03-08) desde que la paciente reingresa hasta que se solicita el TAC abdominal, a resultas del cual se decide laparotomía exploradora donde sí objetiva la perforación intestinal.*

Durante estos cinco días tampoco la sintomatología clínica presentada por la paciente (se puede calificar de inespecífica: fiebre inicialmente que luego se transforman en febrícula, deposiciones líquidas, dolor abdominal de tipo cólico, dolor retroesternal auto limitado acompañado de un cuadro de ansiedad intensa, disuria), como los datos de exploración (abdomen blando, depresible sin síntomas de irritación peritoneal) como los resultados de la ecografía abdominal realizada (imagen ecomixta de 46 x 28 mm compatible con hematoma en cúpula vaginal) no eran sugestivos de la existencia de una perforación abdominal.

Desde el punto de vista clínico, el principal dato que orienta al diagnóstico de presunción de la perforación intestinal, es la existencia de síntomas de irritación peritoneal, a saber, dolor abdominal generalmente intenso y agudo, tendencia del paciente a la inmovilidad con peritonismo (dolor de rebote) en la exploración abdominal.

Por lo expuesto en párrafos precedentes, se considera que la asistencia sanitaria prestada hasta el momento de realizarse el diagnóstico de la perforación intestinal se adecuan los síntomas, datos de exploración y resultado de las pruebas diagnósticas que presentó la paciente durante ese período.

Quinto. Producción de la perforación puntiforme de íleon distal durante la intervención quirúrgica para la reconstrucción de la colostomía.

De la documentación que obra en el expediente no puede objetivarse si la aparición de la citada complicación (perforación puntiforme de íleon distal durante la reconstrucción de la colostomía) fue debida a una aplicación incorrecta de la técnica quirúrgica o fue inevitable a pesar de la correcta realización de la misma.

En el presente caso existía como factor de riesgo individual, propio de la idiosincrasia de la paciente, que aumentaba la dificultad de realización de la técnica quirúrgica, la existencia de múltiples adherencias fibrosas de las asas del intestino delgado al peritoneo parietal anterior y del asa colónica distal al peritoneo pélvico anterior”.

QUINTO.- Ya hemos explicado anteriormente que la jurisprudencia ha modulado el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, y que la Administración no asume cualquier daño derivado del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, sino solo aquellos que, por ser antijurídicos, los administrados no tienen el deber de soportar, siendo de significar que en materia de responsabilidad patrimonial sanitaria lo determinante para la antijuricidad del daño es que la actuación médica no haya sido correcta y se haya apartado de la “lex artis”; a sensu contrario, si el servicio sanitario se prestó de acuerdo con el estado del saber y con los medios disponibles, la lesión causada no constituye un daño antijurídico.

Es, por lo tanto, erróneo sustentar la responsabilidad de la Administración en la mera existencia del daño, porque en la medicina curativa la obligación administrativa es de medios, no de resultado, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa de una auténtica infracción de la lex artis, pero no aquella que no haya podido ser evitada con la aplicación tempestiva de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en el momento en que se ha dispensado la prestación.

Así las cosas, hemos de valorar ahora los elementos probatorios traídos al proceso para determinar si, en aquellos extremos no reconocidos en la resolución de 9 de junio de

2011, a doña se le prestó una asistencia sanitaria acorde con la “lex artis”, es decir, si en la paciente fue correctamente informada y si fue también atendida en todos los casos en forma tempestiva y según el estado de los conocimientos científicos o técnicos en el nivel más avanzado y con empleo de los medios diagnósticos y terapéuticos disponibles.

A tal efecto conviene tener en cuenta que conforme a lo dispuesto en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 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*”, y corresponde 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 precitadas reglas generales se matizan en el apartado 7 del precepto citado, en el sentido de que se “*deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*”.

En cualquier caso, el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil contiene las reglas generales o principios de carga de la prueba y, como norma reguladora de la sentencia, entra en juego cuando en la misma se estime que no se han probado hechos básicos, para atribuir las consecuencias de la falta de prueba a la parte a la que le correspondía el “onus probandi”, según las reglas aplicables para su imputación a una u otra parte, pero no cuando se considera que uno o varios presupuestos fácticos esenciales para la resolución de la litis han quedado debidamente acreditados mediante cualesquiera elementos probatorios, sin que, en virtud del principio de adquisición procesal, importe qué parte aportó las pruebas, siendo de significar que, aunque nuestras leyes procesales no formulan el citado principio de adquisición procesal, también llamado de comunidad de prueba, el mismo tiene pleno reconocimiento en doctrina jurisprudencial pacífica expresada, entre otras, en las sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 31 de enero y 14 de febrero de 2012, de 17 de noviembre de 2008 y de 1 de marzo de 2010.

Así las cosas, y conforme se anticipó en el informe de la Inspección Sanitaria, hemos de concluir, en primer lugar, que a la paciente se le dio una información correcta en la hoja de consentimiento informado firmada el 1 de febrero de 2008 – obrante al folio 73 del expediente-, en la que se recoge en qué consiste la histerectomía abdominal y la vía de

acceso y la enumeración de los posibles riesgos y complicaciones más frecuentes durante la intervención, entre los que se encuentran las lesiones intestinales.

Ese documento también contiene información sobre los riesgos y complicaciones posteriores a la intervención, así como la manifestación expresa de la paciente de haber comprendido la información, que se le han explicado las posibles alternativas terapéuticas existentes y que todas sus dudas y preguntas le han sido aclaradas.

En el apartado de riesgos concretos no aparece ninguno reseñado, pero en la demanda no se indica, ni tampoco se ha probado, que existiera algún riesgo concreto de esa paciente, salvo las adherencias abdominales, que no puede considerarse riesgo necesitado de información previa a la histerectomía porque las mismas no se objetivaron en la ecografía ginecológica previamente realizada a la paciente, habiendo sido descubiertas durante la intervención de 20 de febrero de 2008, y no antes.

En cualquier caso, no se ha alegado ni acreditado defecto en la realización de la ecografía ginecológica, ni que ésta hubiera sido incorrectamente informada, ni que las adherencias contraindicasen la histerectomía que, sin embargo, sí estaba indicada ante la sospecha de malignidad del mioma.

El olvido del material quirúrgico en el abdomen de la paciente no sólo se ha acreditado durante el proceso, sino que es un hecho que se recoge en la resolución administrativa de 9 de junio de 2011.

Es cierto que la precitada resolución se remite al informe de la Inspección Sanitaria, si bien se hace notar que dicho informe no se pronuncia ni llega en él a ninguna conclusión sobre la incidencia que pudo tener la presencia de ese cuerpo extraño en la evolución posterior de la paciente. Así es: La Médico Inspectora se limita a señalar que no se puede objetivar si la perforación intestinal fue una complicación o una aplicación incorrecta de la técnica quirúrgica, sobre todo dada la circunstancia de que la paciente presentaba adherencias que aumentaban la dificultad de la operación, y nada dice sobre los efectos que pudiera haber tenido el hecho de haber dejado material quirúrgico en la zona pélvica del abdomen.

Sin embargo, tales hechos han quedado debidamente justificados mediante el informe del perito designado por la parte actora, según el cual el desencadenante de las complicaciones tienen su origen en una actuación negligente consistente en no revisar el campo quirúrgico después de la intervención de histerectomía y olvidar en la zona pélvica del abdomen un cuerpo extraño, cuya existencia no se advierte hasta el décimo día del postoperatorio, en el TAC realizado el 5 de marzo. A consecuencia de esa prueba, se efectuó una laparotomía exploradora, que requirió la presencia del Servicio de Cirugía por haberse objetivado durante la misma una perforación intestinal, de manera que la perforación del recto fue un hallazgo intraoperatorio de esa intervención.

El perito Dr. Bofill sostiene que el cuerpo extraño comprimía sobre el recto y favoreció la isquemia, degenerando hacia la muerte tisular en la cara anterior del colon, lo que obligó a realizar una colostomía para evitar que el contenido fecal se vertiera en la cavidad abdominal y provocara una peritonitis fecaloidea.

Pero en cualquier caso, lo que sí afirma la resolución administrativa es que la existencia de un cuerpo extraño intra-abdominal tras la primera intervención, aunque se hubiera prestado consentimiento informado, evidencia mala praxis y determina la antijuricidad del daño que la reclamante no tiene la obligación de soportar, y con base en ello la Administración demandada acordó la indemnización de los daños y perjuicios causados, que concretó en 64 días de ingreso hospitalario, 115 días improductivos y 30 días no improductivos, así como la de las lesiones permanentes, valorándolas en 5 puntos por colectomía parcial sin trastorno funcional, y en 10 puntos por cicatriz media de laparotomía, a lo que añadió el 10% del factor de corrección. Es decir, que la resolución administrativa dio por supuesto que el olvido de material quirúrgico en el interior de la paciente fue la causa de la ulterior operación y de la colectomía.

Sin embargo lo que no se reconoce en la resolución administrativa impugnada en este proceso fue que la paciente hubiese sido dada de alta de forma precipitada el día 26 de febrero de 2008, conclusión que compartimos, pues la historia clínica no revela que en ese momento existieran síntomas o signos de perforación intestinal; tal se afirma por la Médico Inspectora que, con base en informes del Servicio de Ginecología, sostiene que, durante los dos días siguientes a la operación, doña sólo presentó febrícula, dejando de tenerla después hasta el mismo día en que se le dio el alta, así como que no se encontraron hallazgos

significativos en una ecografía abdominal que se efectuó por aquejar la enferma dolor en dicha zona, y que tanto la anemia postquirúrgica como la infección urinaria que presentaba eran susceptibles de tratamiento ambulatorio, el cual se le pautó.

Tampoco procede acoger la imputación de mala praxis por retraso en el diagnóstico de la perforación de sigma, ya que en los cinco primeros días siguientes al reingreso de la paciente en el hospital sólo presentaba síntomas inespecíficos, sin que se hubiesen objetivado síntomas o datos de irritación perineal.

Aún cuando el informe de la Inspección Sanitaria no haya acusado mala praxis en la perforación del íleon durante la intervención quirúrgica llevada a cabo para la reconstrucción de la colostomía, y aún cuando sostenga que concurrían factores de riesgo individuales, se está en el caso de que del informe pericial aportado por la parte actora se deriva que es posible atribuye la perforación del intestino delgado a que no se revisaron las zonas intestinales desplegadas para la reconstrucción del Hartmann suturando las zonas deserosadas, gesto quirúrgico que, en la opinión del perito, protege el intestino de una eventual perforación.

En todo caso, es claro que, de no haberse producido la primera infracción de la “lex artis”, tampoco habría tenido lugar esa perforación puntiforme del íleon distal, cuyas consecuencias prolongó la estancia hospitalaria de la paciente hasta el día 23 de agosto de 2008, fecha recogida como de alta hospitalaria en el informe de la Inspección Sanitaria, sin que la recurrente haya acreditado en este proceso haber estado incapacitada con posterioridad a dicha fecha.

De todo lo expuesto resulta que la cuestión litigiosa se resume ahora a la determinación de los daños y perjuicios indemnizables, resultando de lo actuado que, por los diversos actos de mala praxis médica, doña estuvo impedida para sus ocupaciones habituales durante 184 días, de los cuales 74 fueron de ingreso hospitalario, por lo que, en aplicación de lo dispuesto en la resolución de 21 de enero de 2013, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, le corresponde una indemnización de 11.707,02 euros, a razón de 71,63 por cada uno de los 74 días de ingreso hospitalario, y de 58,24 euros, por cada uno de los 110 días de incapacidad sin ingreso hospitalario. Debe añadirse a lo anterior una indemnización de 940 euros, por los 30 días no impositivos reconocidos en la resolución administrativa, a razón de 31,34 euros diarios.

Diremos también que la resolución administrativa recurrida en este proceso no ha valorado la secuela de colostomía de conformidad con los criterios establecidos en el Real Decreto Legislativo 8/2004. En realidad, ha valorado una secuela distinta, la colectomía, considerándola parcial y sin trastorno funcional, a la que le ha asignado 5 puntos.

Teniendo en cuenta que la colostomía no constituye en el supuesto de autos una secuela permanente, sino que duró algo más de cuatro meses, desde el 5 de marzo de 2008, en que se efectuó, hasta el 15 de julio de 2008, en que se reconstruyó, resulta que en el caso que nos ocupa ha de valorarse por la regla especial relativa a las denominadas secuelas temporales, es decir, aquellas que están llamadas a curarse a corto o medio plazo, y que, por no tener la consideración de lesión permanente, deben valorarse de acuerdo con las reglas del párrafo a) de la tabla V, computando, en su caso, su efecto impeditivo o no y con base en el cálculo razonable de su duración, después de haberse alcanzado la estabilización lesional. En consecuencia, habrá de estarse al período impeditivo comprendido entre el 5 de marzo y el 15 julio de 2008, a razón de 58,24 euros por cada uno de los 133 días de duración de dicha secuela, lo que importa la cantidad de 7.745,92 euros.

Compartimos la valoración de la cicatriz de laparotomía, por la que la Administración demandada ya ha reconocido 10 puntos por perjuicio estético moderado, siendo el valor del punto 935,02 euros, lo que asciende a 9.230,20 euros.

Se ha de señalar que, aunque en el escrito de contestación a la demanda se ha solicitado la aplicación de la regla de determinación de las secuelas concurrentes, no resulta procedente, al no entrar en juego los perjuicios estéticos.

Por lo demás, la resolución administrativa también ha reconocido el 10% factor de corrección, todo lo cual hace, salvo error u omisión, un total de de 32.586 euros, siendo dicha cantidad redondeada y estando actualizada a la fecha de la presente resolución.

SEXTO.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, no procede formular condena al pago de las costas procesales.

Vistos los preceptos citados y los demás de general y pertinente aplicación

FALLAMOS: Que estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por doña contra las resoluciones de 9 de junio de 2011 y de 2 de abril de 2012, a que este proceso se refiere, y le reconocemos el derecho a que la Comunidad de Madrid le abone la cantidad de 32.586 euros, más los intereses legales que se devenguen hasta su completo pago, sin formular condena en costas.

Notifíquese a las partes la presente resolución con indicación de que contra la misma no cabe interponer recurso de casación conforme a lo dispuesto en el artículo 86 de la Ley Jurisdiccional.

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

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada Ponente Dña. FRANCISCA MARIA ROSAS CARRION, estando la Sala celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, de lo que, como Secretario, certifico.