





Procurador D.

, actuando bajo asistencia Letrada de

D. José Antonio Ramos Mesonero, contra la CONSEJERIA DE SALUD DEL PRINCIPADO, representada por la Procuradora Dña

actuando con asistencia letrada de D.

y como parte

codemandada,

representada por la Procuradora Dña. Pilar Ona Rodriguez, actuando bajo la dirección letrada de D.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Interpuesto el presente recurso, recibido el expediente administrativo se confirió traslado al recurrente para la formalización de la demanda, lo que se efectuó en legal forma, donde se hizo una relación de Hechos, que en lo sustancial se dan por reproducidos. Exponiendo en Derecho lo que se estimó pertinente y suplicando que, en su día se dicte sentencia acogiendo en su integridad las pretensiones solicitadas en la demanda, y en cuya virtud se revoque la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte contraria. A medio de otrosí, se solicitó el recibimiento del recurso a prueba.

SEGUNDO.- Conferido traslado a la parte demandada para su contestación a la demanda, se hizo en tiempo y forma, alegando: Se niegan los hechos de la demanda, en cuanto se opongan, contradigan o no coincidan con lo que resulta del expediente administrativo. Se expuso en Derecho lo que se estimó pertinente y suplicando que previos los trámites legales se dicte en su día sentencia, por la que desestimando el recurso se confirme el acto administrativo recurrido, con imposición de costas a la parte recurrente.

TERCERO.- Conferido traslado a la parte codemandada para su contestación a la demanda se realizó en tiempo y forma, solicitando se dicte sentencia con





desestimación del recurso, confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas al actor.

CUARTO.- Por Auto de 31 de junio de 2009 se recibió el procedimiento a prueba, habiéndose practicado las propuestas por las partes y admitidas, con el resultado que obra en autos.

QUINTO.- No estimándose necesaria la celebración de vista pública, se acordó requerir a las partes para que formularan sus conclusiones, lo que hicieron en tiempo y forma.

SEXTO.- Se señaló para la votación y fallo del presente recurso el pasado día 14 de febrero en que la misma tuvo lugar, habiéndose cumplido todos los tramites prescritos en la ley.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El presente recurso contencioso administrativo se interpone, en nombre de Dña. [REDACTED] y otros, ya relacionados, contra la desestimación presunta de la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias, de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada el 16 de junio de 2008.

SEGUNDO.- Recoge la parte actora, como idea general de los hechos, que la reclamación se refiere a un supuesto de responsabilidad patrimonial, consecuencia del fallecimiento de D. [REDACTED] tras una intervención quirúrgica de reducción de estómago, en el que no se informó adecuadamente al paciente de las alternativas terapéuticas y en el que no se cumplió rigurosamente con el protocolo de selección de candidatos a intervenir, relatando los hechos que, en síntesis, se resumen en la operación llevada a cabo el 20 de junio de 2007 para la reducción de estómago (cirugía bariátrica), tratándose de un varón de 41 años con obesidad mórbida y apnea



del sueño, que al momento del ingreso tenía un peso de 124 kg. y un índice de masa corporal de 40,5. Dicha intervención sufrió complicaciones pues se produjeron dos reintervenciones, los días 23 y 26 de junio de 2007, realizándose en la primera una laparotomía y una sutura de una dehiscencia en anastomosis de pie de asa y lavado de cavidad, así como la colocación de drenajes por peritonitis biliar, no siendo posible localizar la fuga. Tras el postoperatorio presentó los episodios que señala y en la UVI se detectó mediante TAC una moderada cantidad de líquido libre en el abdomen y una peritonitis generalizada por dehiscencia de suturas, produciéndose posteriormente un fallo multiorgánico secundario a shock séptico, con lo que se revela en el TAC posterior de 18 de julio de 2007, estableciéndose un diagnóstico al momento del fallecimiento como causa del mismo, cirugía bariátrica por obesidad mórbida, shock séptico y fallo multiorgánico secundarios a peritonitis, y sepsis de origen abdominal, argumentado sobre la causa de la muerte y las fugas, existiendo otras alternativas terapéuticas para abordar el problema de obesidad mórbida, no tratándose de una intervención necesaria ni urgente, estimando que ha quedado acreditada la relación de causalidad y que el daño es antijurídico, que valora, alegando en derecho el fundamento constitucional de la responsabilidad patrimonial, y el artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, recogiendo los requisitos para que surja la responsabilidad patrimonial, la no exigencia de una prueba absoluta de la relación de causalidad, la obligación de informar y el consentimiento informado, la doctrina del daño desproporcionado, la carga de la prueba, la medicina basada en la evidencia como criterio evaluado de la *lex artis*, todo ello según los razonamientos vertidos en la demanda y que se dan por reproducidos, por todo lo cual, solicita se dicte sentencia por la que se condene a los demandados al pago a los actores de la cuantía conjunta de 284.322, 67 euros, más los intereses legales desde la presentación de la reclamación en fecha 16 de junio de 2008.

TERCERO.- La Administración, con los antecedentes del paciente y las intervenciones realizadas al paciente que detalla, con la firma del documento de consentimiento informado, en el que se recoge el riesgo de muerte, estima, partiendo de los requisitos necesarios para que surja la responsabilidad patrimonial, que los mismos no concurren en el presente caso, pues la técnica quirúrgica utilizada fue

adecuada a las circunstancias del paciente y no existe prueba de que el daño sea consecuencia de una negligencia o deficiente asistencia sanitaria, como así se desprende de los informes que señala, por lo que impugnando, en todo caso, la cuantía reclamada, solicita la desestimación del recurso; lo que también interesa la entidad

partiendo de la doctrina que recoge sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, razonando sobre la correcta indicación de la intervención quirúrgica, así como la elección de la técnica a realizar, adecuándose la actuación médica a la *lex artis ad hoc*, acotando con el informe aportado y que consta en el expediente, y de la Inspección médica, habiendo sido adecuadamente informado, impugnando también, en todo caso, la cuantía reclamada y que no procede aplicar lo dispuesto en el art. 20 de la Ley del Contrato de Seguro.

CUARTO.- Con tal planteamiento, se ha de recordar que la legislación sobre responsabilidad administrativa, constituida por los artículos 106.2 de la Constitución, y artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, ha sido reiteradamente aplicada por la jurisprudencia, señalando los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que se pueden concretar, como hace-entre otras muchas- la STS de 9-3-1998, del siguiente modo: a) El primero de los elementos es la lesión patrimonial equivalente a daño o perjuicio en la doble modalidad de lucro cesante o daño emergente. b) En segundo lugar, la lesión se define como daño ilegítimo. c) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la Administración, implica una actuación del poder público en uso de potestades públicas. d) Finalmente, la lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, pues el perjuicio tiene naturaleza exclusiva con posibilidad de ser cifrado en dinero y compensable de manera individualizable, debiéndose dar el necesario nexo causal entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado, y ello, en el ámbito de la asistencia sanitaria ha de tener presente el criterio de la *lex artis* como delimitador de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, entendiendo que "el elemento de la responsabilidad 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, 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 este obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente" (STS de 22-12-2001). En definitiva, la jurisprudencia une el concepto de infracción de la lex artis con el relativo a la antijuridicidad de daño y considera que si la intervención estaba indicada y se ha realizado con arreglo al estado del saber del momento de que se trate, el resultado dañoso que pueda producirse no es antijurídico (asimismo, art. 141-1 de la Ley 30/1992, en la redacción dada por la Ley 4/1999). Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de octubre de 1999 "La mecánica de la responsabilidad patrimonial de la Administración no puede objetivizarse hasta el extremo de pretender deducirla siempre que se produce un resultado lesivo por el mero hecho de los servicios sanitarios públicos". Por otra parte, como señala la STS Sala 3ª, sec. 6ª, de 21-3-2006, no basta para dar lugar a la responsabilidad patrimonial la apreciación de deficiencias en la atención médica prestada, siendo necesario que el perjuicio invocado y cuya reparación se pretende sea una consecuencia o tenga como factor causal dicha prestación sanitaria.

QUINTO..-Sentado lo anterior, una valoración conjunta de lo actuado pone de manifiesto que el paciente fue intervenido en fecha 20/6/2007 de reducción de estómago (cirugía bariátrica), presentándose complicaciones postoperatorios, que admite el propio Inspector de prestaciones sanitarias en su informe, siendo reintervenido en dos ocasiones, el 23/6/2007 y el 26/6/2007, detallándose en la primera fistula vertical-intestinal, deshincencia anastomosis de pie de asa y peritonitis, y el 16/7/2007, en la realización de una prueba complementaria se produce un abordaje arterial, con pérdida de sangre, presentándose posteriormente un cuadro séptico, con una infección generalizada, sepsis, produciéndose el fallecimiento, y con ello la primera cuestión que ha de abordarse es la de si, dadas las circunstancias concurrentes en el paciente, estaba indicada la cirugía bariátrica, y para la que consta el consentimiento informado, aunque ello no supone que se pueda vulnerar la lex artis, y en tal sentido, aunque la prueba practicada es contradictoria, lo cierto es que según el informe del Dr una obesidad mórbida con origen bulímico (informe

de alta de cirugía) es una contraindicación formal para la cirugía bariátrica conforme a los protocolos que maneja, pero es que aparte de que para ello el consentimiento informado tenía que ser mucho más detallado y personalizado, se silencian otras alternativas, como incluso recoge el informe de Inspección, cuando al referirse a otras alternativas (banda gástrica, operaciones malabsortivas), dice que efectivamente así es, sin embargo, señala, nadie puede discutir que todas esas intervenciones tienen complicaciones específicas y generales, y desde luego la técnica mas admitida en todo el mundo, en el balance ventajas/inconvenientes es hoy en día el By-pass gástrico, y con ello, no estima este Tribunal suficiente, como se hace en contra, que la asistencia se ajustó a la *lex artis*, pues las complicaciones que surgieron no se acredita que las mismas se produjeron pese a una atención ajustada a la *lex artis*, como fueron, una deshiscencia de sutura, las fugas de fluidos, acumulación de líquidos, abordaje o lesión de arteria con sangrado activo, infecciones, lo que indica sin duda una asistencia no ajustada a la *lex artis*, y si a ello se une que la intervención no estaba clara que fuese lo procedente para el concreto paciente, y que, en todo caso, se le privó de una información de las posibles alternativas, y la realizada no es todo lo detallada y personalizada para el concreto paciente, vulnerándose de la *lex artis ad hoc*, lo procedente es declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada.

SEXTO.- Por lo que se refiere a la cuantía de las indemnizaciones, este Tribunal ponderando todas las circunstancias concurrentes y siguiendo como orientativas las cuantías establecidas en la resolución de 31 de enero de 2010 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, fija las siguientes cantidades al momento de dictarse esta resolución y por todos los conceptos, incluidos intereses, para la esposa 115.000 euros, para cada uno de los tres hijos menores 48.000 euros, para cada uno de los padres 9.000 euros, sin que esté acreditada proceda indemnización al hermano, pues no se acredita que sea menor huérfano y dependiente de la víctima, ni datos que acrediten un concreto daño moral, lo que supone la estimación en parte de la demanda.

SEPTIMO.- Procede condenar a la Administración demandada, y solidariamente a la entidad aseguradora en el alcance de la póliza de aseguramiento, al

abono de las cantidades señaladas, sin que se aprecien circunstancias que fundamenten un especial pronunciamiento sobre costas (art. 139.1 Ley Jurisdiccional).

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación,

FALLO

En atención a todo lo expuesto, la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, ha decidido: Estimar en parte el presente recurso contencioso administrativo interpuesto por el Procurador D.

en la representación que ostenta, contra la resolución de la Consejería de Salud del Principado de Asturias a que el mismo se contrae, que se anula por no ser ajustada a derecho, y declarando la responsabilidad patrimonial de la Administración demandada, se condena a la misma, y solidariamente a la entidad aseguradora en el alcance de la póliza de aseguramiento, a abonar a los recurrentes las siguientes cantidades, por todos los conceptos, incluidos intereses, al momento de dictarse esta resolución:

- 1) A la esposa Dña. [REDACTED] -----115.000 euros.
- 2) A cada uno de los hijos [REDACTED] y [REDACTED] -----48.000 euros.
- 2) A cada uno de los padres (D. [REDACTED] y [REDACTED] [REDACTED]) -----9.000 euros.

Desestimando el recurso en todo lo demás, y sin hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Contra la presente resolución cabe interponer ante esta Sala, RECURSO DE CASACION en el término de DIEZ DIAS, para ser resuelto por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio a los autos, la pronunciamos, mandamos y firmamos.