

**T. S. J. MURCIA SALA 1 CON/AD
MURCIA**

SENTENCIA: 00333/2022

UNIDAD PROCESAL DE APOYO DIRECTO

Equipo/usuario: UP3
Modelo: N11600
PALACIO DE JUSTICIA, RONDA DE GARAY, 5
DIR3:J00008050
Correo electrónico:

N.I.G: 30030 33 3 2019 0001527

Procedimiento: PO PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000370 /2019

Sobre: RESPON. PATRIMONIAL DE LA ADMON.

De

ABOGADO IGNACIO MARTINEZ GARCIA, IGNACIO MARTINEZ GARCIA

PROCURADOR D. MIGUEL ANGEL GALVEZ GIMENEZ, MIGUEL ANGEL GALVEZ GIMENEZ

Contra. CONSEJERIA DE SALUD (SER. MURCIANO SALUD), AIG EUROPE LIMITED SUCURSAL ESPAÑA

ABOGADO LETRADO DE LA COMUNIDAD, ISABEL BURON GARCIA

PROCURADOR MANUEL SEVILLA FLORES

RECURSO Núm. 370/2019

SENTENCIA Núm. 333/2022

**LA SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MURCIA**

SECCIÓN PRIMERA

Compuesta por las Ilmas. Sras.:

Doña María Consuelo Uris Lloret
Presidenta

Doña Pilar Rubio Berná

Doña Gema Quintanilla Navarro
Magistradas

ha pronuncia

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA N.º 333/22

En Murcia, a ocho de julio de dos mil veintidós.



I. - ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El escrito de interposición del recurso contencioso administrativo fue admitido a trámite, y previa reclamación y recepción del expediente, la parte demandante formalizó su demanda deduciendo la pretensión a que antes se ha hecho referencia.

SEGUNDO. - La parte demandada y codemandada se han opuesto pidiendo la desestimación de la demanda, por ser ajustada al Ordenamiento Jurídico la resolución recurrida solicitando el recibimiento del juicio a prueba.

TERCERO. - Ha habido recibimiento del proceso a prueba, con el resultado que consta en las actuaciones y cuya valoración se hará en los fundamentos de derecho de esta sentencia.

CUARTO. - Después de evacuarse el trámite de conclusiones se señaló para la votación y fallo el día 24 de junio de 2022.

II. - FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Se impugna en el presente recurso la desestimación de la reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial instada en el expediente n.º 188/2019 iniciado por escrito de 25 de marzo de 2019.

Funda la actora su reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, en las siguientes consideraciones:

1º) Daño iatrogénico y desproporcionado indubitado. [REDACTED]

[REDACTED], joven esposa y madre de los actores, fue intervenida quirúrgicamente de una operación programada de nefrolitotomía percutánea izquierda durante la cual se le introdujo aire por una vena, es decir, se le causó un embolismo vascular aéreo con resultado de muerte.

2º) Proceso médico que se denuncia. En virtud de lo plasmado en el protocolo quirúrgico -f 14 exp advo- se utilizó en dicha cirugía la siguiente técnica: *cateterismo ureteral izquierdo. Se realiza pielografía retrógrada. Punción de grupo calicial inferior izquierdo mediante asistencia ecográfica y radiológica. Paso de guía tras comprobación de salida de orina. Guía en caliza inferior sin paso a pelvis por ocupación litiásica. Dilatación progresiva hasta 10 Fr posteriormente con balón hasta 30 Fr. Se introduce vaina de trabajo. Paso de nefroscopio hasta límite de vaina sin visualización de litiasis. Neumopielografía con intención de encontrar comunicación con vía urinaria. Al poco de dicha maniobra la paciente presenta de manera brusca desaturación de oxígeno por lo que se paraliza nuestra actuación de manera momentánea. La paciente entra en*

shock cardiogénico y tras múltiples maniobras de reanimación cardiopulmonar la paciente fallece en quirófano.

Tras el óbito se practicó autopsia clínica, emitiéndose al efecto informe de anatomía patológica (f 15 exp advo) en el que se estableció como causa de la muerte embolismo vascular aéreo.

3º) Antijuridicidad y mala praxis. Acto quirúrgico temerario. Se aporta informe pericial del especialista en urología Dr. López Tello que explica lo ocurrido durante la operación: *"... ..A través del catéter uretral está aceptado, aunque en claro desuso (son anecdóticas las publicaciones de grupos que lo hagan), hacer una neumopielografía. Esta técnica se usa para ver la vía urinaria utilizando el aire a modo de medio de contraste mientras se explora con rayos X. Como el propio informe del urólogo que operó a la paciente indica, no realizó una neumopielografía, sino que inyectó aire, lógicamente a presión, por el catéter uretral para que llenara la pelvis y pasara por algún mínimo orificio que dejara la piedra impactada, con el fin intentar ver con el nefroscopio si salían burbujas. Este aspecto lo indica claramente el urólogo en su informe.*

Pues bien, este perito ha realizado una búsqueda bibliográfica exhaustiva y no ha encontrado ninguna publicación que describa esta técnica. Es por ello que considero que la utilización de la misma, no probada ni validada por las sociedades científicas, fue una temeridad, una imprudencia.

...

Todo ello máxime tendiendo en cuenta que cuando introducimos contraste con cierta presión por un catéter ureteral, no es raro el reflujo pielovenoso del mismo, es decir, el paso del contraste de la vía urinaria a la circulación venosa. El médico debería haber pensado que ello podría ocurrir al meter aire.

Esta gravísima actuación carente de la mínima prudencia provocó la embolia gaseosa que, como se describe en el apartado anterior, llevó a la paciente a la muerte en quirófano"

4º) Antijuridicidad y mala praxis: vicio en el consentimiento informado.
Conclusiones del perito:

"PRIMERA: Que no se actuó conforme a la lex artis al no informar a la paciente de la posibilidad de ureteroscopia flexible para resolver la litiasis que padecía, método muy resolutivo y con menos complicaciones que la nefrolitotomía percutánea y aceptado en casos como éste por las sociedades científicas.

...

Según la guía clínica de la Asociación Europea de Urología, habría que haberle ofrecido, por el tipo de litiasis que padecía, dos opciones de tratamiento además de la Nefrolitotomía Percutánea (NLP):

Ureteroscopia flexible (RIRS)

Litotricia extracorpórea por ondas de choque (LEOC)

Solo hay constancia en el consentimiento de que se le ofreciera la alternativa de LEOC, pero no se puede privar a la paciente de optar por posibilidades endourológicas menos invasivas y con menores complicaciones que la NLP, suponiendo ello una clarísima vulneración de la lex artis ad hoc"

5º) Antijuridicidad y mala praxis: Se acepta de contrario que el daño es iatrogénico y desproporcionado pero no se justifica el mecanismo de este. En el exp. advo. obra al f 27 y ss informe del facultativo que operó a la paciente en el que sin ambages califica el daño de iatrogénico y desproporcionado: *"Segundo: coincido plenamente con la primera parte del punto cuarto en lo referente al daño desproporcionado y en cuanto a la definición de iatrogénico..."*

Noveno: Resulta tan desproporcionado el daño causado a la paciente y a su familia, y tan inesperado e imprevisible, que no puedo hacer otra cosa que mostrar mi comprensión y condolencias hacia la familia, sin discutir lo mas mínimo sus reclamaciones, no me compete a mi este aspecto, ni me atrevería nunca a poner precio a la muerte de una madre o esposa"

Finalmente viene a concluir que no tiene ni idea de cómo se produjo el embolismo.

Asimismo, consta informe pericial de Promede -f 36 yss- en el que el perito reconoce que estamos ante un daño iatrogénico que *"no se encuentra descrito en la bibliografía consultada"*.

Con lo expuesto la demanda ha de ser estimada:

- Se afirma de contrario que el embolismo y posterior muerte se produjo como consecuencia del acto quirúrgico.
- Se califica el daño como de desproporcionado y tan extraordinario que *"no se encuentra descrito en la bibliografía consultada"*.
- Y se reconoce no tener la más mínima idea de cómo se produjo.

Es claro que la doctrina antes citada exige para desestimar la reclamación que de contrario se explique qué ocurrió, y que tal cosa fuera ajena a una mala praxis.

6º) Nexo Causal. Consideraciones:

- Es indubitado el nexo directo y exclusivo entre la cirugía y la muerte, y por lo tanto, la iatrogenia del daño.
- No es carga de la prueba de la actora por la doctrina citada demostrar cuál fue el mecanismo fisiológico por el que el aire insuflado a presión por el cirujano se introdujo en las venas causando una embolia fatal.
- La pericial aportada sí demuestra ese mecanismo y su relación con un acto médico temerario y negligente.

7º) Daño y Valoración. Conforme a la doctrina del TS es posible modificar en vía judicial la cuantía solicitada en vía administrativa - STS 332/2021, de 28 de enero. N.º de recurso 5982/2019-.

Se modifica la cuantía indemnizatoria inicialmente reclamada en la reclamación patrimonial, con objeto de adaptarla al baremo de tráfico:

██████████ (47 años a la fecha del siniestro / 27 años de matrimonio)

PERJUICIO PERSONAL BÁSICO:

Víctima hasta 67 años: 91.668,60 €

Por cada año de matrimonio > 15 12.222,48 €

PERJUICIO PATRIMONIAL

Sin necesidad de justificación: 407,42 €

Lucro cesante: 25.968 €

TOTAL: 130.266,50 €

██████████ (23 años a la fecha del siniestro)

PERJUICIO PERSONAL BÁSICO

Hijo desde 20 hasta 30 años: 50.927,00 €

PERJUICIO PERSONAL PARTICULAR

(perjudicado único de su categoría) 12.731,75 €

PERJUICIO PATRIMONIAL

Sin necesidad de justificación: 407,42 €

Lucro cesante: 14.343,00 €

TOTAL 78.409,17 €

SEGUNDO. – El Letrado de la Comunidad Autónoma, por su parte, se opone al recurso y manifiesta discrepar totalmente de las afirmaciones que sostiene la demanda y el informe pericial en el que se sustenta, alegando los siguientes motivos de oposición:

1º) ██████████ se sometió a la cirugía urológica indicada, “Nefrolitotomía Percutánea Izquierda”, para resolver las dolencias renales que padecía, de “Litiasis renal”. Durante la intervención quirúrgica practicada, al inicio del procedimiento, y poco después realizar una “Neumopielografía” para poder acceder al interior de la vía urinaria, la paciente comenzó a desaturarse y presentó un “shock cardiogénico” del que no se recuperó, a pesar de las múltiples maniobras de reanimación a las que se la sometió. La actuación del cirujano fue diligente en todo momento y lo ocurrido fue un riesgo muy infrecuente en esta cirugía, que se podía producir, y que, en este caso, lamentablemente, ocurrió.

2º) No hubo mala praxis. El informe aportado por la actora carece de la fundamentación médica necesaria que les otorgue la virtualidad que pretende, por los siguientes motivos:

1º.- Patología que padecía la paciente y técnica quirúrgica empleada.

La paciente tenía una historia clínica de patología renal desde siete años atrás, año 2012, por litiasis y cuadros de infecciones urológicas de repetición, que le producían dolor y fiebre y por los que hubo de permanecer ingresada en el hospital durante varios periodos, a lo largo de los años, tal como constaba en su historia clínica.

A fin de resolver esas dolencias renales se le indicó que se sometiera a una "Nefrotilomía percutánea", que es la técnica quirúrgica que se utiliza para extraer cálculos del interior de la vía urinaria, (del riñón o del uréter proximal) mediante cirugía percutánea, después de visualizarse radiológicamente los cálculos a través de la pielografía. Dicha técnica quirúrgica es la idónea para el tipo de litiasis que tenía [REDACTED]. Así lo señaló el cirujano actuante al indicar que era la primera opción para el tratamiento de la patología que sufría, "Litiasis Piélica" en el riñón izquierdo. Así lo recogían todas las Guías Clínicas de tratamiento de la "Litiasis Renal". Era una litiasis mayor de 2 cms, con crecimiento, no solo en pelvis renal, sino también con afectación de cáliz inferior.

Ahora bien, ante las dificultades para acceder al riñón por el cáliz inferior debido a que el cálculo ocupaba todo el espacio y no lo permitía, el cirujano utilizó de forma complementaria, la Neumopielografía, que es una técnica radiológica por la que se inyecta oxígeno a través de un catéter alojado en el interior de la vía urinaria. En el caso de la paciente se utilizó, excepcionalmente, para visualizar la salida de burbujas de aire y así poder identificar el punto de acceso a la vía urinaria. Como señaló el cirujano actuante en el informe emitido, al poco de iniciarse la cirugía se produjo una incidencia que consistió en la imposibilidad de colocación de la vaina de acceso del nefroscopio en posición correcta en el interior de la vía urinaria, debido a la gran ocupación de todo el cáliz por la litiasis impactada. Al resultar imprescindible la introducción en la vía urinaria de este instrumento, el cirujano recurrió a esta técnica que consistió en la inyección de aire por el catéter ureteral, previamente colocado, para visualizar la salida de aire por la solución de continuidad ya establecida, lo que permitiría avanzar despacio en la dirección correcta, para con el nefroscopio iniciar la fragmentación de la "litiasis", que desocupara parcialmente el cáliz y permitiera alojar de forma definitiva la vaina de acceso en su posición correcta para continuar la cirugía.

El cirujano añadió que era muy raro e infrecuente que el cálculo ocupara todo el espacio del cáliz inferior, de manera, que no fuera posible

colocar la vaina de acceso del nefroscopio en correcta posición. Por tanto, aunque había utilizado este procedimiento, "Neumopielografía", en escasas ocasiones, en sus 20 años de experiencia profesional, nunca se había producido ninguna complicación con el mismo.

Y ello se debía a que, mediante esta técnica, el aire se introducía en la vía urinaria, no en la vía sanguínea, es decir, en el sistema circulatorio, venoso o arterial. Y, por otro lado, la vía urinaria no estaba estanca pues existía una solución de continuidad, al haber dos vías de entrada y salida de aire, el conducto del uréter por el que se introducía la inyección de aire y el punto de entrada en riñón con el nefroscopio, con un orificio de 1 cm. De manera que dentro del riñón no se alcanzaría nunca una elevada presión al existir un punto de entrada y otro de salida del aire. Además, se introducía escasa cantidad de aire. La técnica utilizada era una de las alternativas para poder localizar el punto de acceso a la vía urinaria.

La "Nefrolitotomía percutánea" se realizó de forma adecuada según los protocolos aplicables. La utilización de la "Neumopielografía" estuvo también bien indicada al aparecer una dificultad técnica al inicio de la cirugía. El hecho de esta segunda técnica empleada no se utilizará de forma habitual no significaba que su uso no fuera correcto. Así lo confirmaron en los informes en su día emitidos, Inspección Médica y el Perito especialista en Urología de la Compañía Aseguradora.

Procede puntualizar que ante la alusión que hacía el informe pericial de parte, de que dicho aire se insufló "a presión" por la vía urinaria, el cirujano precisó que dicha afirmación no era cierta, pues el aire insuflado era de 20 c.c., es decir, una cantidad muy escasa que se introducía con una jeringa estándar y a través de un catéter ureteral, de pequeño calibre, lo que impedía que la insuflación fuera "a presión", como indicaba el citado perito.

2º.- La aparición de una complicación tras el inicio de la cirugía renal.

Al poco tiempo de realizarse las maniobras anteriormente descritas, se produjo una brusca desaturación de oxígeno en la paciente y desarrolló un "shock cardiogénico" por "embolismo aéreo coronario".

Se produjo un "embolismo gaseoso vascular", que consistía en la entrada de gas en el interior de las vías arteriales y venosas. Resultaba inexplicable las razones médicas por las que se pudo producir dicho evento a la vista del resultado de la Necropsia realizada a la paciente. Efectivamente había burbujas de aire en el corazón, pero no en el resto de los órganos de la paciente, (pulmón, riñones, cavidad abdominal, retroperitoneo, etc....). No se explica cómo se pudo producir la entrada de aire al torrente circulatorio de su organismo. La única justificación razonable consistía en que hubiera alguna fístula arteriovenosa por la que el aire se hubiera introducido, pero la autopsia no reveló la existencia de ninguna.

Además, como señaló el cirujano actuante respecto de su actuación, solo se podía producir el paso del aire al torrente circulatorio si se insuflaba de forma masiva y a presión y sin punto de escape, lo que como se había explicado, en este caso, no ocurrió, ya que el aire en la vía ureteral no entraba a presión y en una cantidad muy escasa, de 20 c.c., con jeringa estándar y catéter ureteral de pequeño calibre.

Según indicó Inspección Médica en su informe, la necropsia demostró en su inspección macroscópica que las arterias coronarias principales, como las intraventricular anterior y posterior, contenían burbujas de gas en su interior, de un tamaño que ocupaba el diámetro arterial completo, sin embargo, los grandes vasos pulmonares no estaban afectados, ni los lóbulos pulmonares derecho e izquierdo. Por otro lado, la descripción microscópica demostró que el miocardio no tenía signos de isquemia, de infiltrados inflamatorios, ni signos de hipertrofia miocárdica, igual que el parénquima pulmonar que estaba preservado. Otros órganos, como los riñones, los uréteres y la vejiga no tenían ninguna afectación.

Lo que no tenía justificación médica.

El resultado de la anatomía patológica evidenció que la paciente sufrió un "embolismo vascular aéreo", en las arterias coronarias, que dio lugar al repentino fallecimiento, pero no pudo demostrar cómo se produjo, pues no tenía explicación médica que permitiera sostener ninguna hipótesis fundamentada.

Así lo indicaron en los informes emitidos, Inspección Médica y por el perito especialista en Urología de la Compañía Aseguradora.

3º) Sobre la corrección del documento de Consentimiento Informado suscrito por la paciente. La indicación de la técnica utilizada se recogía como primera opción de tratamiento, ya que era la que obtenía mayor tasa libre de cálculos (SFR) tras un solo procedimiento quirúrgico, a diferencia de las demás. Mediante esta técnica se accedía de manera percutánea al interior de las cavidades renales donde se encontraba la litiasis para su posterior litotricia y extracción de los fragmentos litiásicos. Era mínimamente invasiva, y estaba indicada en el tratamiento de las litiasis mayores de 2,5 cm de diámetro y con origen infeccioso. No se incluyó la técnica quirúrgica a la que aludía el informe pericial de parte, Uroscopia flexible, porque no estaba indicada para las características de tamaño, localización, y composición de la litotricia que presentaba esta paciente.

Por último, el documento de Consentimiento Informado apercibía de la posibilidad de que se produjera la muerte del paciente, como lamentablemente, en este caso, ocurrió.

4º) Sobre la posible existencia de daño desproporcionado. La cirugía a la que se sometió la paciente no era liviana puesto que el órgano al que afectaba era vital y la técnica a seguir de carácter invasivo, lo que siempre entrañaba la existencia de riesgos, unos típicos y frecuentes y otros muy infrecuentes. Como se había aclarado, las técnicas quirúrgicas utilizadas estaban indicadas, tanto la principal, como la complementaria, aunque esta última se utilizara con poca frecuencia por no ser usual que la litiasis ocupara toda la pelvis y fuera necesario encontrar el espacio por donde colocar la vaina de acceso del nefroscopio. También se había explicado que la actuación del cirujano fue en todo momento diligente y cuidadosa, como avalaba su gran experiencia profesional, de más de 20 años de especialista en dicha técnica quirúrgica, en el hospital de referencia de la Región.

No se puede establecer un nexo causal entre la actuación del cirujano y la complicación ocurrida. No se conoce cual pudo ser el mecanismo fisiopatológico que explicara lo sucedido, que se pudo deber a un problema del propio sistema de vascularización de la paciente que tuviera alguna anomalía, o a una reacción inesperada al proceso de anestesia, etc.... La praxis médica fue correcta y adecuada y se produjo una complicación inexplicable, impredecible e inevitable.

5º) Sobre la valoración del posible daño causado no se realiza objeción alguna

TERCERO. - La mercantil codemandada, por su parte, también se opone al recurso abundando en los mismos argumentos expuestos por la Administración demandada, oponiéndose, igualmente a la cuantía indemnizatoria fijada en la demanda por considerarla improcedente y excesiva.

Añade a lo anterior, que para el cálculo de la indemnización se ha utilizado la actualización del baremo de la Ley 35/2015 publicado en el año 2021, cuando el aplicable en este caso es el del año 2018, fecha en que falleció la paciente.

Teniendo en cuenta esta premisa, muestra su discrepancia sobre los siguientes extremos:

- Respecto a la indemnización solicitada para el marido de la paciente,

██████████:

a. Perjuicio Personal Básico (Tabla 1.A). No procede la indemnización en la cantidad solicitada por los siguientes motivos:

1. Según el baremo del año 2018, si la víctima tenía menos de 67 años (como es el caso), la indemnización ascendería a 90.450,56 €, y no a los 91.668,60 € que figuran en la demanda.

2. Por cada año adicional de matrimonio después de los 15 primeros años (en este caso fueron 27, por tanto, se computan 12 años), el citado baremo establece una indemnización por cada año adicional de 1.005,01 €, lo que haría un total de (12 x 1.005,01 €) 12.060,12 € (en la demanda se piden 12.222,48 €).

b. Perjuicio Patrimonial (Tabla 1.C). Tampoco procede en las cantidades que se solicitan por los siguientes motivos:

1. El daño emergente sin necesidad de justificación asciende, según el tan mencionado baremo, a 402,00 € y no a los 407,42 € que se piden.

2. El lucro cesante, valorado en 25.968 € no está acreditado ni las pérdidas netas ni que el cónyuge dependiera económicamente de la paciente.

- Respecto a la indemnización solicitada por la hija de la paciente,

a. Perjuicio Personal Básico (Tabla 1.A). No procede la indemnización en la cantidad solicitada por los siguientes motivos:

1. Según el baremo del año 2018, a cada hijo que tenga entre 20 y 30 años (la reclamante tenía 23 años), le corresponde una indemnización de 50.250,31 €, y no de 50.927,00 € que figura en la demanda.

2. Por el perjuicio personal particular (Tabla 1.B), al ser hija única, le corresponderían 12.562,57 € y no la cantidad que consta en la demanda.

b. Perjuicio Patrimonial (Tabla 1.C). Tampoco procede en las cantidades que se solicitan por los siguientes motivos:

1. El daño emergente sin necesidad de justificación asciende, según el mencionado baremo, a 402,00 € y no a los 407,42 € que se piden.

2. El lucro cesante, valorado en 14.343 € no está acreditado ni las pérdidas netas ni que la hija dependiera económicamente de la paciente.

Y concluye que la cantidad solicitada en concepto de indemnización no está debidamente justificada y resulta claramente excesiva. Y, en todo caso, en el supuesto de que fuera apreciada la responsabilidad patrimonial que se interesa, el cálculo indemnizatorio correcto sería de 166.127,56 €.

CUARTO. - Con respecto a la responsabilidad patrimonial debemos destacar que la Constitución Española, en su art. 106.2 reconoce a los particulares, en los términos establecidos por la Ley, el 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. Dicha previsión constitucional vino a hacerse realidad a través de la Ley 30/1992, Art. 139 y siguientes, al sentar el derecho de los particulares a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes de toda lesión que sufran en

cualquiera de su 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, y que se trate de lesiones provenientes de daños que el particular no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. Regulación que en la actualidad se contiene en los artículos 32 y ss de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público

En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas, según puntualiza la expresada Ley, en su art. 32.2.

Para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración es necesaria una actividad administrativa (por acción u omisión -material o jurídica-), un resultado dañoso no justificado, y relación de causa a efecto entre aquélla y ésta, incumbiendo su prueba al que reclama, a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de fuerza mayor, cuando se alegue como causa de exoneración.

Como viene fijando la doctrina del Tribunal Supremo, para exigir responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos es necesario que concurran los siguientes requisitos:

- 1.- Hecho imputable de la Administración.
- 2.- Lesión o perjuicio antijurídico, efectivo, económicamente evaluable e individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- 3.- Relación de causalidad entre hecho y perjuicio.
- 4.- Que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Se trata de una responsabilidad de carácter objetivo y directo. Con ello se pretende significar -señala el Tribunal Supremo- que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño; sin embargo este concepto genérico tiene matizaciones en el ámbito de la responsabilidad patrimonial del sector sanitario en el que se introduce como factor corrector el de la "Lex artis" y "lex scientiae" que la acercan a un sistema próximo al de la responsabilidad por funcionamiento anormal, toda vez que los principios del sistema objetivo son manifiestamente inadecuados para fundar la responsabilidad derivada de la asistencia sanitaria donde el servicio asistencial parte de una situación de riesgo -patología- no creada por la propia Administración sino derivada de la naturaleza humana y cuyo curso evolutivo también está marcado por esa misma naturaleza. Así las cosas, la actuación médica debe ajustarse a los conocimientos científicos existentes en el momento en el que la misma se desarrolla y en función de los medios de los que se dispone en el momento concreto en el que la asistencia sanitaria se presta.

QUINTO. - Alega la actora, en primer lugar, la existencia de un daño iatrogénico y desproporcionado indubitado, que la muerte tuvo un nexo causal exclusivo y directo con la cirugía, y que la muerte por embolismo vascular aéreo con ocasión de una nefrolitotomía percutánea izquierda constituye un daño desproporcionado cuyo mecanismo no ha sido esclarecido por la Administración.

Se plantea en la demanda la posibilidad de que se produjera un daño desproporcionado, como situación en la que quien se enfrenta a una intervención aparentemente sin riesgo importante, al menos no específicamente descrito y previsto, se somete a la misma y, de forma imprevisible y difícilmente evitable, resulta con un daño igualmente imprevisible, y desproporcionado en relación con la entidad de la intervención. La STS n.º 1136/2016, de 14 de mayo de 2016, recurso 2822/2014, lo resume así:

“DÉCIMO CUARTO. - Sobre la base de lo expuesto y una vez excluida como jurisprudencia infringida la procedente de la Sala de lo Civil de este Tribunal - pues a efectos del artículo 88.1.d) de la LJCA se está a la de este orden jurisdiccional -, la doctrina del daño desproporcionado o "resultado clamoroso" significa lo siguiente:

1º Que el resultado dañoso excede de lo previsible y normal, es decir, no guarda relación o proporción atendiendo a la entidad de la intervención médica pues no hay daño desproporcionado, por ejemplo, si el resultado lesivo es un riesgo inherente a la intervención, pero ha habido una errónea ejecución.

2º El daño desproporcionado implica un efecto dañoso inasumible - por su desproporción - ante lo que cabe esperar de la intervención médica; es, por tanto, un resultado inesperado e inexplicado por la demandada.

3º Ante esa quiebra de lo normal, de lo esperable y lo desproporcionado del efecto dañoso, se presume que el daño es causado por una quiebra de la lex artis por parte de la Administración sanitaria, presunción que puede destruir si prueba que la causa está fuera de su ámbito de actuación, es decir, responde a una causa de fuerza mayor.

4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño.

5º De no asumir esa carga, la imprevisibilidad o la anormalidad del daño causado atendiendo a la entidad de la intervención médica es lo que hace que sea antijurídico, sin que pueda pretextarse un caso fortuito, excluyente de la responsabilidad por el daño causado.”

En el presente caso el proceso médico que se denuncia es la intervención quirúrgica -nefrolitotomía percutánea izquierda- a la que fue sometida ■■■■■ el día 27 de junio de 2018 y que terminó con su fallecimiento en quirófano por embolismo vascular aéreo.

A la vista de la prueba practicada y haciendo una valoración conjunta de la misma, en especial los informes médicos aportados con las aclaraciones realizadas a presencia judicial, considera esta Sala que ha quedado debidamente acreditado:

1º.- Que la técnica utilizada era la indicada para la patología de la paciente, que no tenía sentido ofrecerle en el consentimiento informado otras posibilidades terapéuticas como la ureteroscopia flexible que señala la actora por no estar indicada en este supuesto.

En efecto, consta en la historia clínica de la paciente que ya en abril de 2012 ingresó en la Unidad de Corta Estancia del Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca, de Murcia, por “cólico nefrítico derecho e hidronefrosis grado II”.

Posteriormente, en febrero de 2017 tuvo otro episodio de “Uretero-hidronefrosis derecha, grado II”, sin poder identificar causa obstructiva y “litiasis renal derecha”

En junio de 2017 hubo de permanecer ingresada varios días en la misma Unidad por sufrir una “pielonefritis aguda por Proteus Mirabilis” y “litiasis renal izquierda” de 6 mm, no obstructiva. Presentaba una inflamación de riñón con destrucción de tejido renal y compromiso de vía urinaria y cálculos en riñón izquierdo. Al alta se le prescribió seguir con antibiótico y su tratamiento crónico habitual. Así como revisiones en su Médico de Familia y especialistas habituales.

El 8 de noviembre de 2017 volvió a ingresar en el Servicio de Medicina Interna por fiebre y dolor. En la ecografía abdominal que se le realizó se informó lo siguiente:

“Riñón derecho de tamaño y eco-estructura normal, sin dilatación de sus sistemas excretores. Grosor y diferenciación cortico medular normales. No se identifican litiasis. Riñón izquierdo de tamaño y eco-estructura normal, sin dilatación de sus sistemas excretores. Grosor y diferenciación cortico medular normales. Se identifican múltiples litiasis renales, la mayor de ellas en grupo calicial medio hasta 14 mm. de diámetro de probable morfología coraliforme. Se identifican muchas otras de menor tamaño, agrupadas en polo inferior con

tamaño en torno a los 3 mm de diámetro. Vejiga sin alteraciones ecográficas aparentes a su pared o contenido. No líquido libre en pelvis. Conclusión: Nefrolitiasis izquierdas no obstructivas. "

Durante el periodo de ingreso permaneció asintomática con tratamiento de Ceftriaxona dirigido por aislamiento en cultivo de orina de *Proteus Mirabilis*. Se le diagnosticó una "sepsis de origen urinario por "Proteus Mirabilis"

Valorada por el servicio de Urología en fecha 23 de enero de 2018 se solicitó estudio por anestesiología para intervención quirúrgica, haciendo constar los siguientes datos clínicos: *"litiasis renal izquierda infecciosa con pielonefritis de repetición"*

Atendiendo a la patología de la paciente, origen infeccioso de la litiasis y tamaño de la misma, todos los informes obrantes en el expediente, salvo el presentado por la actora, concluyen que el tratamiento de elección era el elegido "Nefrolitotomía Percutánea" por ser una técnica mínimamente invasiva y adecuada para la litiasis superior a 2 cm y de origen infeccioso como era la que sufría la paciente. Aunque en el consentimiento informado se ofrece como alternativa terapéutica la Litotricia Extracorpórea por Ondas de Choque, (LEOC), no resultaba adecuado por estar previsto para litiasis de pequeño tamaño.

En definitiva, se concluye que la utilizada era la técnica a priori que podría alcanzar la mayor tasa libre de cálculos, con las mínimas complicaciones posibles, tal y como recogían las Guías Clínicas de tratamiento de la litiasis para cálculos de más de 2 cm.

El informe aportado por la actora defiende como técnica idónea que por ser menos invasiva debió ofrecérsele a la paciente la Ureteroscopia flexible (RIRS o Retrograde Intra Renal Surgery)), pero no se analiza en dicho informe si se han tenido en cuenta las especiales circunstancias de tamaño, origen y situación de la litiasis de la paciente. Aclara [REDACTED] que esta técnica resultaba desaconsejada en este caso, por cuanto al tratarse de un cálculo infeccioso la Uroscopia flexible habría provocado una transmisión de gérmenes al torrente sanguíneo al pulverizar la litiasis.

En cualquier caso, se trata de una técnica quirúrgica prevista y no parece que su elección pueda ser calificada como mala praxis.

2º.- Según se describe en la historia clínica de la paciente la técnica seguida consistió en realizar un cateterismo ureteral izquierdo y una pielografía retrógrada, (visualización mediante RX del riñón). A continuación, se realizó una punción de grupo calicial inferior izquierdo mediante la asistencia de ecografía y radiografía. Se introdujo una guía, tras comprobar la salida de orina.

Se comprobó que la guía en cáliz inferior no pasaba a pelvis por existir una ocupación litiásica. Se realizó una dilatación de la zona de acceso progresiva hasta 10 Fr y posteriormente con balón hasta 30 Fr. Se introdujo una vaina de trabajo. Se introdujo el Nefroscopio hasta el límite de la vaina, sin poderse visualizar la litiasis. Ello impedía, según explica el propio Doctor que practicó la intervención, la correcta colocación de a vaina de acceso para el nefroscopio en el interior de la vía urinaria, imprescindible para iniciar la litofragmentación.

Para superar esta complicación, el urólogo decide inyectar aire por el catéter uretral previamente colocado para visualizar la salida de aire por la solución de continuidad ya establecida y avanzar de manera cuidadosa. Esta inyección de aire que por sus similitudes se le denomina "Neumopielografía" en algunos informes, no es tal, sino una "técnica accesoria" "maniobra auxiliar" o "recurso quirúrgico" que no se realiza de forma habitual en esta cirugía, sino que, en palabras del propio Dr. [REDACTED], se trata de un "truco" usado para localizar el punto de entrada a la vía urinaria.

No es pues, una técnica descrita en las guías médicas ni validada, y hasta la "Neumopielografía" con la que presenta ciertas similitudes, por cuanto también supone la inyección de aire para usarlo como contraste en pruebas diagnósticas se considera poco habitual y en desuso.

En cualquier caso, a juicio de esta Sala lo verdaderamente importante es la relación cronológica de esta inyección de aire por el catéter ureteral y la brusca desaturación de la paciente que hace pensar en un verdadero nexo de causalidad entre esta maniobra auxiliar y el fallecimiento.

Y así se describe en la propia historia clínica que, al momento de realizar esta inyección de aire en el catéter uretral, *la paciente presenta de manera brusca desaturación de oxígeno por lo que se paraliza nuestra actuación de manera momentánea. La paciente entra en shock cardiogénico y tras múltiples maniobras de reanimación cardiopulmonar la paciente fallece en quirófano.*

En realidad, todos los especialistas que han informado en este procedimiento, incluido el urólogo que practicó la intervención, relacionan la inyección de aire con el empeoramiento y fatal fallecimiento de la paciente en quirófano, aunque no encuentran explicación médica que pueda justificar el paso de aire desde el uréter al torrente sanguíneo.

En el informe de PROMEDE emitido a instancias de la codemandada por el Dr. D. Eduardo Laborda Calvo, especialista e Urología (folios 36 y ss del EA) podemos leer:

"... y al realizar una Neumopielografía retrograda ya que no se conseguía visualizar la comunicación con vía urinaria.

Cuadro de desaturación de oxígeno, shock cardiogénico. Exitus.

Autopsia clínica: Burbujas gaseosas en el ventrículo izquierdo y derecho, también en arterias principales derechas e izquierdas, interventricular anterior y posterior.

Embolismo vascular aéreo..”

Y en otro momento del mismo informe:

“Es evidente que nos encontramos ante un daño iatrogénico, pero que es imprevisible y por tanto inevitable. NO se encuentra descrito en la bibliografía consultada.

....

La realidad clínica es que durante el acto quirúrgico se produjo el paso masivo de aire al torrente circulatorio de tal manera que se evidencia la presencia de burbujas gaseosas en el ventrículo izquierdo y derecho, también en arterias principales derechas e izquierdas, interventricular anterior y posterior; lo que implicaría que se desarrolló/produjo una fístula arteriovenosa, situación que la autopsia clínica no puede de manifiesto; porque la única posibilidad es la de el paso de aire al torrente circulatorio, situación que difícilmente podrá explicar cualquier especialista médico, por ser algo excepcional e inhabitual.

NO esta acreditado el mecanismo por el que se produjo el paso de aire al torrente circulatorio...”

En sus conclusiones señala, primero que no puede establecer una actuación inadecuada por parte de los servicios médicos, pero reconoce “3ª.- que el resultado es dramático y desproporcionado, pero no es posible evidenciar ninguna infracción de la lex artis, ni de los protocolos urológicos. 4ª Que no es posible establecer un nexo de causalidad inequívoco, no siendo posible establecer un mecanismo fisiopatológico que explique lo sucedido; siendo evidente que la praxis médica fue la adecuada y correcta, siendo una complicación inexplicable, impredecible y por tanto inevitable”

En este mismo sentido se expresa el informe de la Inspección Médica cuando señala que “Sin evidencia de mala praxis, al poco tiempo de realizar la neumopielografía se produce de forma inesperada un embolismo aéreo coronario con un shock cardiogénico, que causó el fallecimiento de la paciente en quirófano a pesar de las maniobras de resucitación...”

3. No ha quedado demostrada la causa del embolismo aéreo coronario ni el mecanismo fisiológico que explique los motivos de un hecho catastrófico e impredecible, a pesar de prestar la debida asistencia médica”

El propio Dr. ██████████, que realizó la intervención, en el informe emitido (ff 26 y ss del EA) podemos leer “Sexto: Los hechos acontecidos a continuación de la inyección de aire a través de un catéter ureteral previamente colocado demostraron el paso masivo de aire al torrente vascular de la paciente y al desarrollo de un embolismo aéreo coronario que fue lo que causó el fallecimiento de la paciente”

Aunque se ignore el mecanismo de producción, como decimos, al menos la cronología de los hechos permiten relacionar la inyección de aire en el catéter con el embolismo aéreo que causó la muerte de la paciente.

Si tenemos en cuenta que todos los especialistas médicos que han informado califican dicho resultado como desproporcionado e imprevisible, esta Sala considera que concurren todos los elementos para aplicar la doctrina descrita. Pues, aunque está previsto el posible resultado de muerte como consecuencia de la intervención quirúrgica, el que la misma se produzca por un embolismo aéreo no es normal ni aparece descrita en el consentimiento informado. Todos los especialistas intervinientes califican el daño como desproporcionado e inexplicable, y en estas condiciones, por aplicación de la doctrina expuesta será la propia administración la que habrá de acreditar que no ha existido mal praxis, sobre todo cuando el embolismo se produce tras la realización de una maniobra quirúrgica no descrita ni avalada científicamente y sobre su forma de ejecución solo contamos con la declaración del mismo profesional que la practicó.

Sobre la aplicación de la doctrina del daño desproporcionado, el Tribunal Supremo en sentencia de 21 de octubre de 2005, dictada en el recurso de casación n.º 758/2005, rec. 1039/1999, señala al respecto "... Y asimismo hay que descartar "in limine" que sea posible aplicar la doctrina del "resultado desproporcionado o enorme" porque ésta hace referencia al resultado "clamoroso" "inexplicado o inexplicable".

En la Sentencia n.º 5791/2010, de 29 de octubre, señala que "*El daño médico desproporcionado es aquél **no previsto ni explicable** en la esfera de la actuación profesional médico-sanitaria (SSTS 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007). En estos casos en virtud del principio de facilidad y proximidad probatoria, el profesional médico puede estar obligado a probar las circunstancias en que el daño se produjo si se presenta en la esfera de su actuación profesional y no es de los que habitualmente se originan sino por razón de una conducta negligente, cuyo enjuiciamiento debe realizarse teniendo en cuenta, como máxima de experiencia, la necesidad de dar una explicación que recaea sobre el que causa un daño no previsto ni explicable, de modo que la ausencia u omisión de la misma puede determinar la imputación (SSTS de 23 de mayo de 2007, 8 de noviembre 2007; 10 de junio y 23 de octubre 2008).*"

En el caso de daño desproporcionado, o resultado clamoroso, el profesional médico está obligado a acreditar las circunstancias en que se produjo el daño por el principio de facilidad y proximidad probatoria (S. 10 de

junio de 2.008, núm. 508). Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida (SS. 16 de abril de 2007, núm. 417; 30 de abril de 2007, núm. 465; 14 de mayo de 2008, núm. 431), de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación (S. 23 de mayo de 2007, núm. 546), creando o haciendo surgir una deducción de negligencia (SS. 16 y 30 de abril de 2007).

La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, alterando los cánones generales sobre responsabilidad civil médica en relación con el "onus probandi" de la relación de causalidad y en el ámbito de la responsabilidad patrimonial, una inversión de la carga de la prueba, de tal manera que deberá ser la Administración la que deberá acreditar que no ha habido infracción de la lex artis.

En estos casos de daño desproporcionado, o resultado clamoroso, daño no previsto ni explicable en la esfera de actuación profesional y obliga al médico o a la administración sanitaria, a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia. La existencia de un daño desproporcionado incide en la atribución causal y en el reproche de culpabilidad, si bien en los casos donde el resultado se presenta como una opción posible no es posible aplicar la doctrina del daño desproporcionado, ya que el resultado insatisfactorio se relaciona con la intervención y tratamiento aplicado (STS 2 de enero de 2012)

En definitiva, acreditada que la muerte de la paciente durante la intervención quirúrgica se produce por un embolismo aéreo que tiene lugar precisamente cuando el urólogo que la realiza inyecta aire por el catéter, resultando inexplicable como ha podido pasar el aire desde la vía urinaria al torrente sanguíneo, habrá que presumir que existió mala praxis, puesto que se presume que de haberse ejecutado correctamente no se hubiera producido el resultado dañoso. En estas circunstancias, la Administración, sobre la que recae la carga probatoria, no ha acreditado que la actuación sanitaria realizada sea conforme a la lex artis y, en consecuencia, procede entender que estamos ante un daño antijurídico, que debe ser indemnizado.

SEXTO. - Por lo que se refiere a la cuantía del daño, Se interesa una indemnización de 130.266,50 € para el viudo y de 78.409,17 € para la hija de 23 años, ajustando la parte actora su reclamación a lo establecido en el Baremo de Tráfico. Mantiene la codemandada que lo solicitado no se ajusta al



baremo aplicable, correspondiente al año 2018, fecha del fallecimiento, ni se acredita la procedencia de indemnización por lucro cesante puesto que no se acredita que la fallecida tuviera un trabajo retribuido por los que percibiera unos ingresos que la familia directa dejara de disfrutar o respecto de la hija, ya mayor de edad, que dependiera económicamente de la madre o que conviviera con ella.

En contra de lo alegado consta en el expediente que la hija era estudiante y convivía con sus padres de los que dependía económicamente

Con estas premisas, teniendo en cuenta que el Baremo citado solo tiene carácter orientativo y las indemnizaciones concedidas tanto por el Tribunal Supremo como por esta misma Sala en supuestos similares, resulta procedente acceder a la reclamación formulada.

Para la actualización de la cantidad reconocida se abonará por la Administración el interés legal correspondiente, sin perjuicio de los intereses procesales que se devenguen a partir de la notificación de la presente sentencia, de conformidad con el artículo 106.2 de la Ley Jurisdiccional.

SÉPTIMO. - En razón de todo ello procede estimar el recurso contencioso administrativo formulado; con imposición de costas a la Administración demandada, conforme a lo dispuesto en el artículo 139 de la LJ.

En atención a todo lo expuesto, y POR LA AUTORIDAD QUE NOS CONFIERE LA CONSTITUCIÓN DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

F A L L A M O S

Estimar el recurso contencioso administrativo núm. 370/2019 interpuesto por [REDACTED] y [REDACTED] Vera, contra resolución de la consejería de Salud, desestimatoria presunta por silencio de la reclamación formulada por responsabilidad patrimonial en el expediente n.º 188/2019 y, en consecuencia, anulamos dicho acto por no ser conforme a derecho, reconociendo el derecho de los demandantes a ser indemnizados con los importes solicitados de 130.266,50 € para el viudo y de 78.409,17 € para la hija, con el interés legal correspondiente desde la fecha de la reclamación; con imposición de costas a la Administración demandada.

La presente sentencia solo será susceptible de recurso de casación ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de conformidad con lo previsto en el art. 86.1 de la Ley reguladora de la

Jurisdicción Contencioso-Administrativa, siempre y cuando el asunto presente interés casacional según lo dispuesto en el art. 88 de la citada ley. El mencionado recurso de casación se preparará ante esta Sala en el plazo de los 30 días siguientes a la notificación de esta sentencia y en la forma señalada en el art. 89.2 de la LJCA.

En el caso previsto en el art. 86.3 podrá interponerse, en su caso, recurso de casación ante la Sección correspondiente de esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se llevará certificación a los autos principales, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.