

Dictamen n^o: **9/10**
Consulta: **Consejero de Presidencia, Justicia e Interior**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **13.01.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 13 de enero de 2010, sobre consulta formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, respecto de reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial presentada por J.C.I. y fundada en presuntos daños sufridos por el funcionamiento normal o anormal de la Unidad de Prestaciones Asistenciales de Madrid, en adelante, UPAM.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, mediante Orden de 1 de diciembre de 2009, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, en virtud de reparto de asuntos, a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 13 de enero de 2010.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo es acompañado de documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se considera suficiente.

SEGUNDO.- Mediante escrito a la Secretaría General Técnica de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, de 29 de junio de 2009,

presentado en el Registro el 30 de julio de 2009, el interesado antes referenciado formuló reclamación de responsabilidad patrimonial por presuntos daños y perjuicios causados por una, a su juicio, deficiente asistencia sanitaria prestada por la UPAM, toda vez que fue operado de una hernia inguinal en el lado derecho, cuando él prestó su consentimiento a la realización de una intervención para una hernia inguinal en el lado izquierdo, reclamando una indemnización por daños y perjuicios, que dice causados por *“la realización de una intervención que no di mi consentimiento para esa operación, ya que no tenía ninguna patología que justificara dicha intervención”* (folios 1 a 2 del expediente administrativo).

Se solicita una indemnización de 30.000 €.

Con dicho escrito se acompañan los siguientes documentos:

- Fotocopia del D.N.I. del paciente (folio 3).
- Historia clínica del paciente del Centro Médico A (folio 4).
- Informes de la intervención quirúrgica, realizada el 16 de octubre de 2008, en los que aparece que el paciente iba a ser intervenido de una hernia inguinal izquierda, si bien, en el curso de la intervención, según consta en el protocolo de intervención, se observa *“hernia inguinal bilateral con mayor profusión en lado derecho por lo que se decide intervenir ésta en primer lugar”*. En dichos documentos aparece el consentimiento informado a la anestesia y a la intervención quirúrgica (folios 5 a 14).
- Informes clínicos e historia de la intervención de la hernia inguinal izquierda realizada el 13 de noviembre de 2008, en la que igualmente aparecen los consentimientos informados a la anestesia y a la intervención quirúrgica (folios 15 a 20).
- Partes de baja y alta médicos, desde el día 16 de octubre de 2008 hasta el 3 de febrero de 2009 (folios 21).

- Informes del cirujano que intervino al paciente, en los que se refiere que éste *“fue intervenido de hernia inguinal derecha (16 de octubre de 2008). Se intervino primero esta hernia aunque estaba prevista realizar hernioplastia en el lado izquierdo porque en la mesa de intervención el día señalado se evidenció un mayor tamaño en esta hernia”*. El día 15 de enero de 2009 se hace constar que *“posteriormente se intervino de hernioplastia en lado izquierda que se realizó el 13 de noviembre de 2008. Presenta molestias en zona cicatricial por lo que se recomienda reposo relativo hasta que el paciente se encuentre bien. Será visto de nuevo en consulta a finales de enero”*. Por último, el médico hace constar que el paciente *“fue intervenido de hernia inguinal bilateral. En lado derecho se intervino el 16 de octubre de 2008. Presentaba hernia directa de unos 4 cm. de diámetro. Se realizó hernioplastia con malla de polipropileno. En lado izquierdo se intervino el 13 de noviembre de 2008. Presentaba saco hernoso de 1 cm. indirecta que se redujo y se introdujo una malla de polipropileno”*. (folios 22 y 23)

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en el R.D. 429/1993, de 26 de noviembre y se requirió al reclamante para que justificara los daños y perjuicios cuya indemnización solicitaba. Este requerimiento de documentación adicional se hizo con la advertencia de que, de no aportarlo, se le tendría por desistido de su reclamación, de conformidad con el artículo 71 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP) y le fue notificado el día 1 de septiembre de 2009. Con fecha 9 de septiembre de 2009 el reclamante presenta escrito en el que refiere como daños cicatriz en la ingle derecha, lesión interna, malestar y dolores, daños morales, incertidumbre a la reacción de la anestesia, ansiedad (se recetaron ansiolíticos), insomnio (se recetó Orfidal), 30 días impeditivos, intervención

en el lado erróneo sin consultar al paciente ni a la familia y tener que volver a pasar por el quirófano para ser operado de la hernia izquierda.

Del expediente resultan los siguientes hechos probados:

El reclamante, de 53 años de edad en la fecha en que ocurrieron los hechos, el día 4 de septiembre de 2008, acude a consulta diagnosticándosele hernia inguinal izquierda, solicitando ecografía y estudio preoperatorio. La operación se practicó el 16 de octubre de 2008.

Cuando el paciente estaba en el quirófano se evidenció una hernia mayor en la región inguinal derecha, por lo que el cirujano y su ayudante optaron por operar ésta en primer lugar. Esta circunstancia se comunicó al paciente y a su acompañante cuando, tras la intervención, fue trasladado a su habitación. El reclamante fue dado de alta, al día siguiente, sin ninguna complicación.

El día 28 de octubre de 2008, se retiraron las grapas en consulta y el día 4 de noviembre fue revisado, de nuevo, fijándose como fecha para la cirugía de la hernia izquierda el día 13 de noviembre de 2008, en el mismo hospital donde se efectuó la operación de la derecha.

Esta intervención se realizó asimismo sin ninguna complicación y el día 25 de noviembre de 2008, el paciente acudió a consulta y le fueron retiradas las grapas.

El paciente fue revisado, nuevamente, en consulta los días 2 de diciembre de 2008 y 15 de enero de 2009. El día 3 de febrero de 2009 se le dio de alta laboral por mejoría que permitía trabajar.

A efectos de emisión del presente dictamen, son de interés, además de los documentos indicados en el antecedente SEGUNDO, los que siguen:

1. Informe de la encargada de Asistencia Sanitaria de la UPAM en el que refiere el informe remitido por el cirujano interviniente y en el que se

señala que *“el Doctor me comunica que durante el tiempo que duró el tratamiento el paciente no manifestó ningún tipo de queja ni objeción sobre su actuación profesional. Comentar que es incongruente si crees que el Doctor ha cometido un error, ponerte en las mismas manos antes de un mes para que te vuelva a intervenir. Por otro lado, no veo que hay que indemnizar si en las dos intervenciones no ha habido ningún tipo de complicación y esta resuelto el problema”*.

2. Escrito dando traslado del trámite de audiencia, notificado el 20 de octubre de 2009 (folio 32 y 32 bis). No consta que el reclamante haya presentado alegaciones.

3. Propuesta de resolución de 26 de noviembre de 2009 de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, que desestima la reclamación al considerar no acreditado un error en la praxis médica, que pueda originar el nacimiento de una responsabilidad patrimonial y que no concurre la antijuridicidad del daño, toda vez que el reclamante prestó el consentimiento a las dos intervenciones, sin que haya presentado ninguna complicación en las mismas y sin que le hayan quedado secuelas.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen es evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- El procedimiento de responsabilidad patrimonial, que se inició a instancia de interesado según consta en los antecedentes, tiene su tramitación regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

Ostenta el reclamante la condición de interesado y legitimado para promover el procedimiento, al amparo del artículo 139 de LRJ-PAC, independientemente de que sea o no procedente la indemnización pedida, de acuerdo con los artículos 31 y 139 de la citada ley.

Se cumple, igualmente, el requisito de la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por ser la titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

En cuanto al plazo para formular la reclamación, debe ésta considerarse temporánea pues, presentado el escrito de reclamación el 30 de julio de 2009, esa fecha se encuentra dentro del año previsto en el artículo 142.5 de la LRJ-PAC. En el presente caso, como ya se ha referido en los antecedentes de hecho, las intervenciones fueron realizadas los días 16 de octubre y 13 de noviembre de 2008, permaneciendo de baja laboral hasta el día 3 de febrero de 2009.

TERCERA.- Al procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación, regulado en las normas antes referidas, se encuentran sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás

entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, en virtud de la Disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, según redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y la disposición adicional primera del precitado Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han seguido todos los trámites necesarios para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se ha practicado la prueba precisa mediante informe del servicio interviniente, se han recabado los demás informes y pruebas que se consideraron necesarios y se ha puesto el expediente de manifiesto para alegaciones, en cumplimiento de los artículos 9, 10 y 11 del R.D. 429/1993, 82 y 84 de la Ley 30/1992, por lo que no existe en absoluto indefensión.

CUARTA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: "*los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos*". La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

“1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la 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.

2º.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias (por todas, v. las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003) los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Administración, que son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión. Esta calificación del daño no viene determinada por ser contraria a derecho la conducta del autor, sino porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión que es necesario examinar y dilucidar en cada caso concreto.

3º) La imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que, al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la antedicha relación o nexo causal.

No está de más recordar, por añadidura, la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque, como se ha dicho, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. Como también se ha indicado, es necesario, pese a tratarse de una responsabilidad objetiva o por el resultado dañoso, la antijuridicidad del daño.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la propia naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que surge si, además, hay infracción de ese criterio básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), y 23 de febrero de 2009 (recurso nº 7840/2004) disponen que *“se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316) y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825)] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la*

técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos”.

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), afirma que *“lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis”.*

Señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (Recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) que *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”.* Resulta ello relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder sólo de aquéllos que los administrados no tengan el deber jurídico de soportar.

QUINTA.- En el caso que nos ocupa, está acreditada la realidad de la intervención quirúrgica respecto de la hernia inguinal derecha, pero no parece que, existiendo esa hernia inguinal con las características que se dirán enseguida, la intervención quirúrgica y la consiguiente cicatriz puedan merecer la calificación de daño. Más bien existe un beneficio para la salud del reclamante como consecuencia de la prestación sanitaria. Y en cuanto a otros daños, como la ansiedad o el insomnio, son alegados sin la menor

prueba o acreditación de su relación con los hechos en que la reclamación se apoya.

Sentado lo anterior, y dejando a un lado por qué no se diagnosticó la hernia inguinal derecha y su mayor gravedad cuando, el día 4 de septiembre de 2008, acudió a consulta y se le diagnosticó hernia inguinal izquierda, pues ésa es cuestión que ni el reclamante plantea ni es objeto de la reclamación sobre la que debemos emitir el presente dictamen, es preciso examinar si la intervención de la hernia inguinal derecha fue realizada por error, sin que el reclamante padeciera ninguna patología que justificara dicha intervención, como alega en su reclamación.

Pues bien, del expediente resulta probado que el paciente sí padecía una hernia inguinal bilateral, que en el lado derecho tenía un diámetro de 4 cm. y en el lado izquierdo de 1 cm. En modo alguno puede hablarse, por tanto, de un error en la intervención, pues no es desacertado o erróneo que el cirujano, al que el paciente había prestado su consentimiento informado para intervenir una hernia diagnosticada de menor tamaño, ante la presencia de otra de mayor tamaño y, en consecuencia, más peligrosa, decidiese operar primero ésta. De estos hechos se informó cuando fue posible al paciente, como reconoce éste en escrito inicial de reclamación declarando que *“cuando desperté de la anestesia, un médico me informó (no era el Doctor J.S.R.D,...) que había sido operado de una hernia inguinal en el lado derecho porque en quirófano me había detectado esa hernia de mayor tamaño. La razón que argumentó este médico y también el Dr. J.S.R.D. en su posterior visita, fue que era más grande y más peligrosa...”*

La intervención que se acaba de describir no puede entenderse practicada con mala praxis, sino que, por el contrario, constituye una actuación conforme a la *“lex artis ad hoc”*, pese a no tratarse de la operación quirúrgica inicialmente prevista. Como señala el escrito de consentimiento informado, firmado por el reclamante el 16 de octubre de 2008, *“en caso de*

no realizarse la intervención la hernia persistirá, probablemente aumentará de tamaño y serán más frecuentes y mayores las molestias que ocasione. En su evolución es muy probable que sufra algún episodio de incarceration o estrangulación con el riesgo vital que ello conlleva”. Es lógico, pues, que, ante la presencia de una hernia de mayor tamaño que la diagnosticada inicialmente, se optase en la intervención por la reducción de la primera para, posteriormente, efectuar una segunda intervención respecto de la hernia más pequeña, como así se hizo. Por último, es de reseñar que el documento de consentimiento informado no hacía referencia al lado izquierdo o al derecho.

Una vez efectuada la primera operación sin complicaciones, casi un mes después, el reclamante prestó su consentimiento para una segunda intervención: esta vez sí, relativa a la hernia inguinal izquierda, de menor tamaño, que era la operación inicialmente programada.

Consta en el expediente que en ambas intervenciones se procedió a la colocación de malla de propileno, por lo que no puede alegarse, como hace el reclamante, ausencia de patología en el lado derecho.

Aunque no sea determinante en el caso presente del sentido de este dictamen, es de apreciar una gran incoherencia en el comportamiento del reclamante, que hace dudar a este Consejo Consultivo sobre su buena fe y apunta a la formulación de la reclamación con posible abuso de derecho, que no debe ser amparado conforme al artículo 7 del Código Civil. Ocurre, en efecto, como ya se ha reseñado, que no consta que el reclamante formulase objeción alguna a la operación primera sobre la hernia del lado derecho después de conocer esa operación y recibir el anuncio de que se procedería prontamente, como se hizo, a la intervención quirúrgica sobre la hernia del lado izquierdo. Pero sí consta que prestó sin queja ni reservas su consentimiento para la segunda intervención y, lo que resulta mucho más importante, es un hecho innegable que el reclamante se puso

voluntariamente en las mismas manos del equipo médico al que después, en su reclamación, imputa responsabilidad por mala praxis en la primera intervención.

Por último, conviene subrayar que, como bien señala la propuesta de resolución, el reclamante no ha sufrido ninguna complicación tras las intervenciones realizadas, quedando únicamente, como secuela, la existencia de una cicatriz a la que el reclamante prestó su consentimiento.

En conclusión, la actuación de los servicios sanitarios de la UPAM ha sido correcta y conforme a la *“lex artis”*, sin que concurra el requisito de la antijuridicidad del daño, requisito necesario para el reconocimiento de la existencia de responsabilidad patrimonial.

Por todo lo expuesto, este Consejo Consultivo formula la siguiente



CONCLUSIÓN

Procede la desestimación de la reclamación efectuada, al no concurrir los requisitos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 13 de enero de 2010