

Dictamen nº: **137/17**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.03.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 30 de marzo de 2017, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D. I.M.M.L. en relación con la nefrectomía izquierda que atribuye a la asistencia sanitaria que le fue dispensada en el Hospital Universitario Puerta de Hierro (en adelante, HUPH).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de febrero de 2016 el reclamante, debidamente representado por un abogado, presentó una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por la defectuosa asistencia sanitaria que a su juicio le dispensaron en el Servicio Madrileño de Salud, si bien en el relato de los hechos no identificaba el centro sanitario donde le fue prestada la asistencia sanitaria que era objeto de reproche.

Relataba en su reclamación que desde los 25 años presentaba cólicos nefríticos de repetición por lo que el 29 de junio de 2010 se sometió a un cateterismo ureteral y el 13 de julio de 2010 a una

litotricia extracorpórea tras la que presentó intensos dolores que le llevaron a ser ingresado el 22 de julio. Tras diversas pruebas se le diagnosticó una gran colección heterogénea con áreas internas de alta densidad externa; *"hematoma de localización perirrenal posterior y lateral izquierda que ejercía efecto de masa comprimiendo medial y anteriormente el parénquima renal dimensiones 7,8 x 8 x 23 cm, caudalmente la colección contacta con el margen lateral del músculo psoas izquierdo extendiéndose hasta pelvis; litiasis fragmentada en uréter izquierdo 5 mm catéter en uréter izquierdo; persistencia de la hidronefrosis III/IV"*

El día 3 de agosto se realizó además una ecografía en la que se informó el riñón izquierdo con escotadura en el meso riñón que sugería rotura renal y colección hipoeucogénica de aproximadamente 112 x 8 x 8 cm de diámetro. Se diagnosticó un hematoma renal post litotricia externa por ondas de choque (en adelante, LEOC), que se confirmó mediante TAC en septiembre.

En diciembre de 2010 se sometió al reclamante a una nueva cirugía y a lo largo de 2011 a varias intervenciones y a numerosas consultas. En 2012 la situación no mejoró y continuó siendo atendido en el Complejo Hospitalario de Toledo hasta que el 18 de marzo de 2015 fue sometido a una nefrectomía izquierda.

En la reclamación se imputa al hospital la vulneración de la *lex artis* por los siguientes motivos:

- Los facultativos no le informaron acerca de los riesgos que podían acarrear todas las intervenciones y actuaciones invasivas a las que fue sometido. Pese a haberse solicitado no se le ha hecho entrega de los correspondientes consentimientos informados.

- Las intervenciones iniciales no se llevaron a cabo correctamente a la vista de las graves complicaciones acaecidas. Se produjo un daño desproporcionado.

- El seguimiento posterior resultó errático e incoherente y no hizo sino acrecentar y agravar progresivamente el estado del reclamante.

Alegaba que la asistencia sanitaria prestada le ocasionó daños que no tenía el deber de soportar: la pérdida del riñón; numerosas intervenciones, decenas de consultas y pruebas diagnósticas con los consiguientes dolores y molestias; pérdida del empleo; largos periodos de incapacidad laboral que sobrepasan los 14 meses; problemas de eyaculación; vulneración de su derecho a la libre autodeterminación al no habersele suministrado información adecuada y personalizada respecto a los riesgos de las intervenciones a las que fue sometido; perjuicios económicos y daños morales.

Solicitaba una indemnización que no cuantificaba dado que no contaba con el historial médico y proponía como prueba la incorporación del historial clínico del HUPH, del Hospital Universitario 12 de Octubre, del Complejo Hospitalario de Toledo, del Hospital Virgen de la Salud de Toledo, y de los centros de salud Seseña Nuevo y Virgen de la Oliva de Majadahonda.

Acompañaba con su escrito la escritura del poder de representación de su letrado.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del Dictamen:

El paciente, de 39 años de edad el 10 de marzo 2010 cuando comenzó la asistencia sanitaria en el HUPH, padecía cólicos nefríticos

expulsivos desde los 25 años, secundarios a litiasis de oxalato cálcico y ácido úrico. En ese momento presentaba una crisis renoureteral no complicada que, tras la realización de una urografía intravenosa, fue diagnosticada en el Servicio de Urología como litiasis renal bilateral, ureterocele, litiasis ureteral izquierda y riñón izquierdo con grave afectación funcional.

Para resolver esta patología se instauró un catéter ureteral doble J para disminuir los riesgos de hipertensión intrarrenal como paso previo a la realización de una LEOC en el uréter izquierdo, que se llevó a cabo el 13 de julio de 2010 y que presentó como complicación un hematoma perirrenal por el que estuvo en reposo un mes. En el TAC realizado en septiembre de 2010 se observó el hematoma perirrenal y la fragmentación de la litiasis. En el seguimiento posterior en el que el paciente mantuvo el catéter doble J para preservar la función renal, se planteó la resolución de la litiasis ureteral fragmentada al no producirse su eliminación espontánea.

El 14 de diciembre de 2010 se le practicó bajo anestesia una ureterorrenoscopia (en lo sucesivo, URS) izquierda, con extracción de dos litiasis (en el uréter pélvico y el uréter lumbar), tras la que se comprobó nuevamente una dilatación renal secundaria a litiasis que se consideró provenía de la movilización de una litiasis renal. Dada la complicación previa con la LEOC, se practicó una ureterolitectomía izquierda laparoscópica con extracción de la litiasis el 21 de febrero de 2011.

El 15 de mayo de 2011, tras nueva dilatación de la vía renal izquierda sin litiasis y secundaria a estenosis, se practicó una nueva URS con dilatación de la zona ureteral.

Dado que la funcionalidad renal no se había recuperado (riñón prácticamente “mudo”) y que el riñón estaba muy dilatado, el 11 de junio de 2011 se practicó una nefrostomía percutánea urgente que no

logró recuperar dicha funcionalidad –se mantenía en el 14,3 %- por lo que se planteó la realización de una nefrectomía o un nuevo intento de cirugía reparadora del uréter.

Para concretar dichas opciones terapéuticas, el 7 de septiembre de 2011 se efectuó una exploración quirúrgica en la que se halló una intensa fibrosis e inflamación que dificultó la intervención por lo que se realizó una ureterectomía parcial (exéresis del segmento ureteral) y una anastomosis de los extremos ureterales.

En la evolución posterior persistió el mal funcionamiento renal y una fistula urinaria a través del trayecto de la nefrostomía izquierda.

La última consulta en el HUPH fue en abril de 2012. Posteriormente fue atendido de su patología en el Hospital Virgen de la Salud de Toledo en el que se diagnosticó en septiembre de 2013 la atrofia renal izquierda; en octubre de 2013, atrofia renal izquierda con complicaciones (dolor e infección del tracto urinario) así como nuevas litiasis; con el diagnóstico principal de riñón atrófico izquierdo el 18 de marzo de 2015 se realizó una nefrectomía izquierda laparoscópica de la que se anotó en la historia clínica que fue informado aunque no consta en el expediente remitido el documento de consentimiento informado; en abril de 2015, persistía el riñón atrófico izquierdo, y en mayo 2015, se diagnosticó una pielonefritis crónica.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

Se incorporaron al expediente la historia clínica del HUPH y del Hospital Virgen de la Salud de Toledo y los informes de la atención que le fue prestada al paciente.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se solicitó informe del Servicio de Urología del HUPH, que lo emitió el 15 de marzo de 2016 (folios núm. 254 a 259 del expediente remitido). En el informe se relata la asistencia de que fue objeto el paciente y las intervenciones a las que fue sometido para tratar de solventar la historia de litiasis urinaria múltiple, bilateral y recurrente que sufría, especialmente en el riñón izquierdo, con grave afectación funcional desde el inicio. Aseguraba que no podía alegarse falta de información puesto que el paciente fue informado tanto en las numerosas consultas en las que fue atendido, en los ingresos y mediante los diferentes documentos de consentimiento informado para cada uno de los procedimientos a los que fue sometido, además de su formación sanitaria (al parecer, es enfermero según consta en su historia clínica, folio núm. 43). Tampoco podía imputarse falta de atención puesto que desde el inicio del proceso el paciente había sido visto, evaluado y tratado no menos de 12 veces cada año y se le había sometido a numerosas pruebas (radiología simple, ecografía, pielografía anterógrada, pielografía retrógrada, TAC y renogramas isotópicos), ajustando las decisiones a las circunstancias del paciente y el momento evolutivo. Y manifestó que la pérdida de funcionalidad renal ya la padecía en el momento del diagnóstico inicial, que se intentó su recuperación mediante los distintos tratamientos y procedimientos a los que se sometió al paciente y que las complicaciones sufridas (hematoma perirrenal, estenosis ureteral, movilización de litiasis, fistula urinaria) se encuentran entre los posibles riesgos y complicaciones descritos para las técnicas empleadas.

También se solicitó el informe de la Inspección Sanitaria, que se emitió el 15 de marzo de 2016 (folios núm. 254 a 259) y concluyó que la

asistencia sanitaria había sido correcta y que se habían puesto todos los medios al alcance para la resolución de la patología del paciente.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se evacuó el oportuno trámite de audiencia y el 8 de junio de 2016 el reclamante presentó un escrito en el que denunciaba que el expediente estaba incompleto puesto que faltaban las pruebas de imagen realizadas y el informe del jefe de servicio del Complejo Hospitalario de Toledo que se mencionaba en el informe del inspector médico.

El inspector médico contestó el 27 de julio de 2016 que las pruebas de imagen que se le habían facilitado correspondían a los años 2011 y 2012, que se devolvían los 8 cedés facilitados y que los informes de dichas pruebas constaban en el expediente. Respecto al informe del jefe de servicio del Complejo Hospitalario de Toledo, mencionaba que no había tal informe y lo que constaba eran los informes médicos de ese complejo hospitalario, y que ya en el informe de octubre de 2013 aparecía como juicio diagnóstico la atrofia renal izquierda y la recomendación de practicar una nefrectomía renal izquierda.

El reclamante presentó nuevas alegaciones en las que se reiteró en que todas las acciones y omisiones de la reclamación previa (sin especificar cuáles) quedaban acreditadas por el expediente, y en especial la falta de información sobre los riesgos de la LEOC por lo que se había vulnerado su derecho a la libre autodeterminación, lo que resultaba *“especialmente relevante, porque fue, precisamente, a raíz de dicha intervención y como consecuencia de la misma, cuando surgieron las complicaciones que tras una errática actuación generaron los daños por los que se reclama”*.

El 18 de enero de 2017 la secretaría general del SERMAS por delegación de firma del viceconsejero de Sanidad, formuló propuesta de resolución que desestimó la reclamación al considerar que la asistencia

sanitaria recibida por el paciente fue ajustada a la *lex artis* y que la falta de información era una cuestión nueva que no se había formulado en la reclamación inicial y que, en todo caso, no se concretaba a qué intervención se refería y respecto de la que el inspector médico no se había pronunciado.

CUARTO.- El 1 de marzo de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid un escrito del viceconsejero de Sanidad por el que, por delegación del consejero de Sanidad, se formuló preceptiva consulta.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente a la letrada vocal Dña. M^a Dolores Sánchez Delgado que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 30 de marzo de 2017.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo fue acompañado de diversa documentación -en soporte CD-, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada, y por solicitud delegada del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de

Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, según establece su artículo 1.1. No obstante, de conformidad con su disposición transitoria tercera, apartado a), dado que este procedimiento se incoó a raíz de una reclamación presentada antes de la entrada en vigor de dicha ley, resulta de aplicación la normativa anterior, esto es, 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 (en adelante, LRJ-PAC), que han sido desarrollados en el RPRP.

El reclamante está legitimado activamente al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que ha recibido la asistencia sanitaria que supuestamente le ha causado daños.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico del HUPH, centro que pertenece a la red sanitaria pública madrileña.

En cuanto al procedimiento, de acuerdo con el artículo 10 del RPRP, se han recabado los informes del servicio médico implicado y se han incorporado las historias clínicas de los hospitales que atendieron al reclamante. Y consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria, que obra en el expediente.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia al reclamante, de conformidad con los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, y

82 y 84 de la LRJ-PAC, que formuló alegaciones. Y finalmente, se dictó la propuesta de resolución según lo exigido en el artículo 13 del RPRP, en los términos previstos en el artículo 89 de la LRJ-PAC.

Mención especial merece el plazo para el ejercicio del derecho a reclamar. Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 142.5 de la LRJ-PAC, que se contará, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho aconteció o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

En el presente caso, la reclamación fue presentada el día 26 de febrero de 2016 mientras la asistencia sanitaria que se discute comenzó en 2010. Y aunque la reclamación denuncia de manera genérica acciones y omisiones en relación con las intervenciones a las que fue sometido el reclamante, parece que sus reproches se dirigen principalmente contra la LEOC practicada el 13 de julio de 2010 que le ocasionó un hematoma perirrenal y posteriores complicaciones que desembocaron en la realización de una nefrectomía izquierda el 18 de marzo de 2015, por lo que la reclamación se habría interpuesto dentro del plazo legal.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público en su

Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes, y que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, requiere la concurrencia de varios requisitos, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC:

- 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) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.
- d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, “*no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa*”.

CUARTA.- En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial 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 solo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Más recientemente, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4^a) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), con cita de otras sentencias (de 21 de diciembre de 2012, recurso de casación nº 4229/2011, y de 4 de julio de 2013, recurso de casación nº 2187/2010), señala que para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria *“no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más 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”*, por lo que *“si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido”* ya que *“la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”*.

QUINTA.- El reclamante considera que se ha infringido la *lex artis* y enumera como acciones y omisiones dignas de reproche la falta de información sobre los riesgos de las intervenciones y actuaciones invasivas a las que fue sometido, la realización incorrecta de las intervenciones iniciales dadas las graves complicaciones sufridas y el seguimiento errático e incoherente que agravó su estado.

Sobre la realización incorrecta de las intervenciones y su seguimiento, no se especifica ni en la reclamación ni en las alegaciones por qué se consideran incorrectas las actuaciones invasivas a las que fue sometido el paciente y el seguimiento que califica como errático, ni identifica cuáles fueron las infracciones de la *lex artis*. Tan solo deriva su incorrección de la aparición de complicaciones tras su realización y considera que se ha producido un daño desproporcionado.

Ahora bien, las complicaciones surgidas tras una determinada prestación sanitaria no implican *per se* una *mala praxis* médica al ser perfectamente posible que existan malos resultados y efectos no deseados con una perfecta planificación y ejecución de las intervenciones y actuaciones invasivas empleadas. Y en este caso no puede considerarse que haya habido un daño desproporcionado puesto que las complicaciones surgidas son las propias de los procedimientos a los que se sometió al paciente, como se ha informado consta en los informes obrantes en el expediente. Por ello, para que se surja la responsabilidad patrimonial de la Administración, no basta con acreditar la existencia de un daño o de una complicación, sino que es necesario acreditar que éste se halla relacionado, cuando de la asistencia sanitaria se trata, con una actuación contraria a los principios de la *lex artis ad hoc*.

La Administración no causa un daño antijurídico aunque su actuación no haya sido efectiva si se han aportado los medios necesarios y se ha actuado conforme la *lex artis* tal y como afirman las

sentencias del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2011 (recurso 2192/2010) y de 11 de abril de 2014 (recurso 4221/2012). En este sentido se pronuncia también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de septiembre de 2016 (recurso 60/2014) que señala que en esos casos no puede declararse la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria pues *“si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido”*.

Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron al paciente, debemos señalar lo que constituye la regla general, esto es, que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido cabe citar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de septiembre de 2016 (recurso 60/2014), que reseña la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Y la prueba de la *mala praxis* médica ha de probarse mediante pruebas científicas. En este sentido el Tribunal Superior de Madrid en su sentencia de 18 de marzo de 2016 (recurso 154/2013) declaró que *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales medicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y como este Tribunal carece de conocimientos técnicos-médicos necesarios debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado”*.

Pues bien, el reclamante ni ha especificado las infracciones de la *lex artis* ni ha aportado al procedimiento ningún criterio médico o

científico avalado por un profesional competente que sirva para corroborar técnicamente la *mala praxis* médica en que se basa la reclamación y que genéricamente denuncia.

Ante la falta de prueba aportada por el reclamante es necesario acudir a los informes médicos obrantes en el expediente, singularmente al de la Inspección Sanitaria, por su garantía de objetividad y rigor científico, puesta de manifiesto en diversos dictámenes de esta Comisión Jurídica Asesora y en las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, como la sentencia de 20 de noviembre de 2014 (recurso 1152/2012), o la sentencia 4 de febrero de 2016 (recurso 459/2013) cuando señala que:

“Sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del médico inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.

Y tanto del informe del jefe del Servicio de Urología como del informe de la Inspección Sanitaria se desprende que la asistencia sanitaria prestada al reclamante fue adecuada y conforme a la *lex artis*.

El informe del jefe del Servicio de Urología puso de manifiesto que se trataba de un paciente con una historia de litiasis urinaria múltiple, bilateral y recurrente, especialmente en el riñón izquierdo y con grave afectación funcional desde el inicio, y que fue tratado y evaluado en multitud de ocasiones en las que se ajustaron las decisiones y los distintos procedimientos a las circunstancias del paciente, al momento evolutivo de su patología y a los protocolos clínicos del Servicio “*adecuándose específicamente a la lex artis*”.

La Inspección Sanitaria, tras relatar la asistencia sanitaria del reclamante y hacer unas consideraciones médicas sobre la litiasis renal y su tratamiento, señaló que en el caso del reclamante *“ya existía una situación funcional muy deficiente del riñón izquierdo, con una situación de Hidronefrosis III/IV y cálculos de oxalato cálcico.*

Habida cuenta de dicha situación, se planteó la eliminación de la litiasis a través de Litotricia extracorpórea con ondas de choque que presentó la complicación descrita en la literatura médica de hematoma perirrenal. Tras unos meses se comprobó que seguía existiendo obstrucción por lo que se realizó ureterorrenoscopia con extracción de dos cálculos; sin embargo tuvo una dilatación renal por lo que tuvo que realizarse una ureterolitectomía con extracción de litiasis. Una vez eliminada la litiasis, se produjo una dilatación en la zona afecta del uréter estenosado que requirió la extirpación de dicha zona. Pese a todo seguía existiendo mal funcionamiento renal por lo que a fin de mejorar la situación, se planteó la posibilidad de nefrectomía o de cirugía reparadora que resultó difícil por la inflamación y la fibrosis que existía, además de la aparición de una fistula urinaria. Se realizó una nefrostomía y en los siguientes controles que se le solicitaron, el paciente cambió de Comunidad Autónoma siendo controlado en el Complejo Hospitalario de Toledo en donde se le hizo la nefrectomía izquierda por atrofia renal”.

Y concluyó de forma categórica que *“la asistencia sanitaria prestada ha sido correcta y se pusieron todos los medios al alcance para tal fin”.*

A falta de otro criterio médico que contradiga estas afirmaciones hemos coincidir con esta conclusión de la Inspección Sanitaria, que obedece a criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad y, por tanto, hay que rechazar el reproche del reclamante y considerar

acreditada y cumplida esa obligación de medios de los servicios sanitarios y su actuación conforme a la *lex artis*.

SEXTA.- Otro reproche que realiza el reclamante se refiere a la falta de información, que no es cierto que sea una cuestión nueva invocada por primera vez en el trámite de audiencia como se señalaba en la propuesta de resolución y, aunque así fuera, ello no sería obstáculo para un pronunciamiento al respecto. En este caso, la falta de información ya se invocó en el escrito inicial de la reclamación y la extendía a todas las intervenciones y procedimientos invasivos a los que se sometió el paciente, aunque posteriormente en su escrito de alegaciones la circunscribió a la LEOC.

El informe de la Inspección Sanitaria no se pronunció al respecto aunque sí solicitó información complementaria sobre esta cuestión. Por su parte, el informe del jefe del Servicio de Urología señaló que no se podía alegar falta de información puesto que el paciente fue informado tanto en las numerosas consultas en las que fue atendido, en los ingresos y mediante los diferentes documentos de consentimiento informado para cada uno de los procedimientos a los que fue sometido, además de su formación sanitaria porque al parecer era enfermero.

Estas afirmaciones, sin embargo, no resultan respaldadas por la historia clínica aportada al expediente.

No dudamos de que el paciente fuera informado en las consultas y probablemente se le comunicaran los riesgos de los distintos procedimientos a los que sometió. De hecho hay una prueba incompleta de un documento de consentimiento informado relativo a la posibilidad de realizar una nefrectomía: en el folio 249 consta el segundo folio de dicho documento, fechado en 7 de julio de 2011, en el que aparece la firma del reclamante.

Pero así como sí constan los documentos de consentimiento informado para la anestesia utilizada en las distintas intervenciones, no consta en la historia clínica ningún otro documento que permita afirmar que el paciente fue informado en las consultas ni el alcance de esa información.

Tampoco consta anotado en la historia que se dieran los documentos de consentimiento informado. Antes al contrario, en el folio 49, en la anotación correspondiente al 30 de junio de 2010 antes de implantarle el cateterismo ureteral doble J, consta anotado: “*CI de anestesia firmado en consulta. No recuerda haber firmado el de cirugía*”.

Por otro lado, ante la petición de documentación complementaria de la Inspección Sanitaria a este respecto, se contestó lo siguiente:

“Respecto al consentimiento para la realización de Nefrectomía Laparoscópica, de 07/09/2011, solamente está archivada la última hoja de dicho consentimiento, pues es la que contiene la firma del paciente. (...)

Confirmamos que para la Litotricia realizada al paciente el 13/07/2010, se generó consentimiento para la anestesia pero no nos consta para la realización de la prueba, como así nos confirma el Servicio de Archivo y Documentación clínica”.

La falta de prueba de la información facilitada al paciente ha de redundar en perjuicio de la Administración sanitaria, a quien correspondía probar este extremo. Como manifestó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes (con doctrina fijada ya desde el Dictamen 483/11, de 14 de septiembre), ha de ser la Administración sanitaria quien pruebe que proporcionó al paciente la información sobre todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, en virtud del principio de facilidad probatoria, ya que se trata de una de sus

obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad con la intervención.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, define el consentimiento informado como 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 su salud.

El artículo 8.1 de la misma ley dispone sobre el consentimiento informado que: *“Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”*. Añade el apartado 2 del mismo artículo: *“El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, 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”*.

El incumplimiento de brindar información suficiente al paciente, y la consiguiente omisión del consentimiento informado, constituyen una *mala praxis*. Según ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 37/2011, de 28 de marzo) *“El consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación”*.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en su sentencia de 18 de enero de 2017 (rec. núm. 826/2914) recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la falta de consentimiento informado reflejada en la sentencia de 26 de mayo de 2015 (Sec. 4^a, rec. 2548/2013):

«Sobre la falta o ausencia del consentimiento informado, este Tribunal ha tenido ocasión de recordar con reiteración que "tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la lex artis ad hoc, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan". De esta forma, "causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente; o, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información solo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria (sentencias de 2 octubre 2012, recurso de casación núm. 3925/2011 o de 20 de noviembre de 2012, recurso de casación núm. 4598/2011, con cita en ambos casos de numerosos pronunciamientos anteriores)».

Por tanto, ha de concluirse que en este caso se ha producido la infracción de la *lex artis* al no haberse podido acreditar la información facilitada al paciente.

SÉPTIMA.- Sin perjuicio de que la actuación médica en sí misma considerada no sea reprochable desde el punto de vista médico, esta Comisión considera procedente estimar la reclamación en el indicado

punto de la infracción del derecho a la información del paciente, verdadero daño moral que debe indemnizarse.

En estos casos la valoración de dicho daño es extremadamente complicada por su gran subjetivismo -sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 (recurso 592/2006) y 23 de marzo de 2011 (recurso 2302/2009)-.

En punto a su concreta indemnización, la reciente Sentencia de 11 de mayo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (P.O. 1018/2013), resalta la dificultad de cuantificar ese daño moral, para lo cual deberán ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso a la hora de determinar la cuantía *“de un modo estimativo atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin que, ni siquiera con carácter orientativo, proceda fijar la cuantía de la indemnización con base en módulos objetivos o tablas indemnizatorias como las contempladas en las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones”*.

En el caso del paciente, ponderando las circunstancias, consideramos adecuada reconocerle al reclamante una indemnización de 6.000 euros.

Por todo lo expuesto la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada por *mala praxis* al no haberse acreditado la información facilitada al paciente, lo

que ha causado un daño moral que debe indemnizarse con un importe de 6.000 euros.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 30 de marzo de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 137/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid