

Dictamen n°: **396/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **06.09.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 6 de septiembre de 2018, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña. sobre indemnización de los daños y perjuicios relacionados con la realización de una eventroplastia retromuscular y plicatura de rectos.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 17 de octubre de 2016 se presentó en el Registro General del Cuartel General del Ejército del Aire, solicitud firmada por la reclamante ya identificada y por dos abogados colegiados del ICAM, con origen en la asistencia sanitaria prestada a aquella en el Hospital Universitario la Paz (HLP), al que acudió en octubre de 2014 remitida desde Atención Primaria para ser valorada por Cirugía Plástica en relación con una eventración abdominal secundaria a su último parto. En dicho Servicio, debido a la complejidad de la intervención, se le remitió a Cirugía General y del Aparato Digestivo con el objeto de que fuera valorada también por el mismo y se pudiera establecer la necesaria coordinación entre ambos servicios para la ejecución de la

intervención quirúrgica. En la consulta de Cirugía General y Digestivo se dispondría la necesidad de proceder a una intervención programada de eventración periumbilical y diastasis de rectos con carácter preferente, estableciéndose ya en ese momento la indicación de dar parte de la intervención al Servicio de Cirugía Plástica.

La reclamación refiere que, en las fechas siguientes, la reclamante fue incluida en la lista de espera hospitalaria, desechando la posibilidad de abordar la intervención quirúrgica en otros centros, al considerar desde el propio HULP que la complejidad de la operación requería la intervención conjunta de los equipos de Cirugía General y de Cirugía plástica.

A pesar del carácter preferente de su intervención, la paciente, en la fecha del 27 de abril de 2015, formuló una queja ante el Servicio de Atención al Paciente del HULP por la demora en ser intervenida, obteniendo respuesta del jefe de dicho Servicio de fecha 13 de mayo de 2015 en la que se apelaba a que el Servicio de Cirugía General tenía que coordinarse con el de Cirugía Plástica.

Finalmente la paciente sería citada para ingresar en el centro hospitalario el 20 de mayo de 2015, y no sería sino en el día siguiente, a las puertas del quirófano, cuando se le informó que la intervención solo iba a contar con la participación del Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo debido a una descoordinación entre este y el de Cirugía Plástica, al que, según se le dijo, habría de ser derivada con posterioridad con vistas a una segunda intervención.

Ya en la fecha del 26 de mayo de 2015, la paciente recibiría el alta hospitalaria, transmitiéndosele que, una vez la malla estuviese bien integrada y hubiese una buena cicatrización, se le derivaría al Servicio de Cirugía Plástica para reparar las secuelas (cicatrices antiestéticas)

que había implicado la intervención. Tras recibir el alta en Cirugía General y Digestivo en la fecha del 9 de marzo de 2016, asistió a consulta de Cirugía Plástica el 17 de marzo, donde, ante la sorpresa de la paciente, se le transmitió el desconocimiento de su caso, y que las secuelas que presentaba no eran susceptibles de ser intervenidas con cargo al sistema público de salud.

Presentada con dicho motivo una segunda reclamación ante el Servicio de Información y Atención al Paciente del HULP, se le transmitió la respuesta dada por ambos servicios en los siguientes términos:

«1. Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo:

[La paciente reclamante] fue estudiada en nuestra consulta de Cirugía General y del Aparato Digestivo, remitida por el servicio de cirugía Plástica, y puesta en lista de espera el 3 de febrero de 2015, con los diagnósticos de eventración periumbilical y diástasis de rectos. En el documento de inclusión en lista de espera el Dr. XX expresa en el apartado de observaciones: "avisar cirugía plástica" ya que se trata de una intervención que podría concluir en una abdominoplastia.

La Dra. Y, siguiendo la indicación del Dr. X, avisa antes de la operación a cirugía plástica. No se puede personar el día de la intervención ningún cirujano de ese servicio. La paciente es informada antes de entrar en el quirófano de esta situación y acepta la intervención.

La paciente fue operada el 21 de mayo de 2015 por la Dra. Y, realizando la cirugía programada de reparación parietal prevista por nuestro servicio. La Dra. Y llevó a cabo una eventroplastia

retromuscular y plicatura de rectos. La paciente evolucionó favorablemente y fue dada de alta el 26 de mayo de 2015.

2. Servicio de Cirugía Plástica:

Las secuelas en la región abdominal son de carácter leve y con una única repercusión cosmética, por lo que según criterios de este Servicio no se incluye su petición en nuestra cartera de servicios.

Entendemos que su proceso ha seguido un largo y complicado curso con muchas repercusiones tanto físicas como emocionales. Sin embargo las deformaciones cosméticas leves insistimos que no están incluidas en nuestra cartera de servicios».

Tras exponer estos hechos, la reclamación llama la atención sobre la contradicción entre la información dada a la paciente desde un primer momento en el sentido de ser necesaria la actuación conjunta de los dos servicios afectados debido a que podía concluir en una abdominoplastia, y la justificación dada finalmente en el sentido de que, antes de entrar en el quirófano, había aceptado que la operación se realizara sin intervención del Servicio de Cirugía Plástica. Frente a ello, sostiene que en ningún momento se le explicaron las diferencias entre llevar a cabo la intervención sin concurso de los cirujanos plásticos o con asistencia de los mismos, lo que viciaría la supuesta aceptación de dicha intervención, la no contar con la información necesaria para adoptar una decisión.

Asimismo, la reclamación sostiene que la entidad de las secuelas estéticas que padece la reclamante actualmente, que van mucho más allá del supuesto carácter leve y con repercusión exclusivamente cosmética que le atribuye Cirugía Plástica, es consecuencia de la

reprochable decisión de abordar la intervención quirúrgica sin el concurso de facultativos de dicho Servicio.

Solicitaba ser indemnizada al considerar que concurrían todos los presupuestos de la responsabilidad patrimonial, aunque no concretaba los conceptos y cuantía a los que se debía extender el resarcimiento.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

En octubre de 2014, la actual reclamante, con antecedentes de tres gestaciones, apendicectomía y obstrucción intestinal, acudió al Servicio Cirugía Plástica del HULP remitida desde Atención Primaria, por una eventración abdominal secundaria a su último parto. En la consulta, se diagnosticó a la paciente de una eventración, y se la remitió al Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo a efectos de ser valorada también por el mismo.

En la consulta de Cirugía General y Digestivo se dispondría la necesidad de proceder a una intervención programada de eventración periumbilical y diastasis de rectos con carácter preferente, estableciéndose ya en ese momento la indicación de dar parte de la intervención al Servicio de Cirugía Plástica.

Consta en el expediente una hoja de *“Solicitud de ingreso intervención cirugía programada”* fechada el 3 de noviembre de 2015 (si bien parece que estaría realmente datada en el mismo día del año 2014), en la que, con el diagnóstico de eventración, se hace referencia a la necesidad de proceder a una intervención de reconstrucción parietal con un grado de prioridad preferente. En el capítulo de

“Observaciones”, figura la indicación de “Avisar(NBT1) (a) Cirugía Plástica”.

Mediante formulario de reclamación presentado el 27 de abril de 2015, la paciente formuló una queja ante el Servicio de Atención al Paciente del HULP, en la que manifestaba haber sido incluida en lista de espera el 3 de febrero y no tener todavía ninguna noticia a pesar de que se le había indicado que la intervención tendría lugar a mediados de marzo.

El jefe del Servicio de Información, Atención al Paciente y Trabajo Social del HULP, informó mediante comunicación de fecha 13 de mayo de 2015 que, *“[u]na vez recabada la información oportuna, desde el Servicio de Admisión me informan que será intervenida lo antes posible, teniendo en cuenta que tienen que coordinarse también con el Servicio de Cirugía Plástica para realizar la intervención”.*

La paciente ingresó de forma programada el 20 de mayo de 2015 con el objeto de ser intervenida al día siguiente. En la intervención, realizada exclusivamente con la participación de facultativos del Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo, la actual reclamante, que contaba en dicho momento con 39 años de edad, fue sometida a una eventración periumbilical de aproximadamente 5 cm. de diámetro, diástasis de rectos, relaparatomía media, disección y reducción de saco herniario, apertura de vaina de los rectos, disección de espacio retromuscular, plicatura de fascia posterior, eventroplastia con malla plana PP/PG en posición retromuscular fijada con puntos transfixivos, revisión de hemostasia, cierre de fascia anterior, drenajes en subcutáneo y cierre subcutáneo.

Tras una evolución favorable, recibió el alta hospitalaria el 26 de mayo de 2015, quedando citada para revisión en Cirugía General y para retirada de los puntos en Atención Primaria.

Tras la revisión en el Servicio en el que había sido operada de 9 de marzo de 2016, la paciente fue remitida a consulta de Cirugía Plástica, en la cual, en la fecha del 17 de marzo de 2016, fue informada de que las secuelas que presentaba no eran susceptibles de ser intervenidas con cargo al sistema público de salud.

La paciente presentó una segunda reclamación ante el Servicio de Atención al Paciente del HULP con fecha 21 de marzo, recibiendo contestación mediante escrito de 11 de mayo de 2016 en el sentido que ya ha sido recogido al resumir el contenido de la reclamación.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Constituyen aspectos a destacar de su tramitación, los siguientes:

Por oficio de 27 de octubre de 2016, de la jefa de Área de Responsabilidad Patrimonial y Actuaciones Administrativas del SERMAS, se puso en conocimiento de la reclamante el plazo para la resolución del procedimiento y el sentido de un posible silencio administrativo.

A continuación, se incorporó al expediente administrativo la historia clínica relativa a la asistencia prestada al paciente en el HULP.

Se ha recabado informe del Servicio de Cirugía General y de Aparato Digestivo del HULP, siendo suscrito por su jefe con fecha 15 de noviembre de 2016, apelando al buen resultado de la reparación parietal realizada a la paciente y eludiendo hacer consideraciones

sobre los aspectos que eran competencia del Servicio de Cirugía Plástica.

Por su parte, el jefe de Cirugía Plástica y Quemados, mediante breve informe emitido por su jefe el 7 de noviembre de 2016, reiteró que *“las secuelas en la región abdominal son de carácter leve y con única repercusión cosmética que no están incluidas en la cartera de servicios”*.

Recibidos dichos informes, se pasó el expediente a la Inspección Sanitaria, que, con carácter preliminar, solicitó documentación referida a la *“Enumeración completa de los casos concretos incluidos en la Cartera de Servicios ofertada por el Servicio de Cirugía Plástica y Quemados del H.U. La Paz en referencia a la posible realización de una abdominoplastia”* y *“datos concretos sobre los estándares de tiempos de espera estipulados desde la solicitud de ingreso en Lista de Espera Quirúrgica hasta el ingreso y la realización de la intervención correspondiente (en este caso para intervención programada con hospitalización convencional)”*.

En respuesta a tal solicitud, se recibió nota interior del jefe de Servicio de Cirugía Plástica del HULP, en la cual se exponía, con respecto a la primera cuestión, que la cobertura sanitaria *actual* es para pacientes que necesiten una abdominoplastia reparadora funcional, y, en cuanto a la segunda, que la abdominoplastia está incluida en la lista LEQ 4.10, aunque la reclamante *“no ha estado en nuestra LEQ nunca”*.

Recibida la aclaración, la Inspección Sanitaria emitió un completo y fundamentado informe de fecha 16 de mayo de 2017, en el que, tras resumir las actuaciones objeto de controversia, valorar los hechos y

exponer las consideraciones científicas que se tuvo por oportunas, concluyó que la asistencia prestada a la reclamante,

«... fue adecuada, completa, continuada y ajustada en todo momento a la lex artis. Se tuvieron en cuenta todas las circunstancias y factores condicionantes en cada una de las diversas actuaciones realizadas durante todo el proceso clínico, con una muy correcta coordinación entre los distintos servicios implicados y una exhaustiva diligencia en su ejecución. Existió un control meticuloso y ágil de la paciente y su estado clínico, con una realización rigurosa de las exploraciones físicas correspondientes incluidas las concretas de cada especialidad y las pruebas diagnósticas oportunas, totalmente pertinentes dadas las características de la paciente, que siguieron fielmente los protocolos universalmente establecidos, tanto para la obtención del diagnóstico preciso como para el tratamiento y seguimiento de la patología presentada, de acuerdo con la más estricta normopraxis. Se considera oportuna y previsora respecto a los eventuales futuribles de la enferma, adecuándose siempre a los condicionantes implícitos derivados de la patología padecida para la mejor cobertura de sus peculiaridades.

Se ha de considerar la situación actual de la paciente en conjunto, realizando el sumatorio de los resultados derivados directamente de lo acaecido y valorados por los distintos especialistas como nulos en el plano funcional, presentando un carácter estrictamente estético, dependientes de las características personales e idiosincrásicas de la reclamante, quedando por tanto excluido su tratamiento, según el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre “Cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud” (Texto Consolidado 16/09/2006, última actualización 08/07/2015), que en su Anexo III, apartado 5 explicita: “Se

excluyen todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos con finalidad estética, que no guarden relación con accidente, enfermedad o malformación congénita, los tratamientos en balnearios y las curas de reposo”.

Por último se verifica la existencia de una información adecuada al paciente sobre todos los procedimientos diagnósticos y terapéuticos realizados. Esta información fue completa, continuada y asequible intelectualmente incluyendo las posibles complicaciones no dependientes del control facultativo. Esta información, asumida plenamente por el paciente, se confirma a través de la correcta formalización de los diversos consentimientos informados reglamentarios que no fueron revocados en ningún momento” ».

Con fecha 11 de julio de 2017, los abogados de la reclamante presentaron un escrito al que, a los efectos de que se pudiera calcular el enorme daño irrogado a su representada, acompañaban una hoja manuscrita firmada por una persona identificada mediante su nombre y apellidos y DNI, en la que se expresaba que la reclamante había sido sometida a cuarenta sesiones de radiofrecuencia en su centro de estética con el objeto de devolver a su abdomen el aspecto más agradable posible. Según se indicaba, el importe de las sesiones recibidas hasta el momento se elevaba a los 1.670 euros.

Ya por oficio de 4 de diciembre de 2017, se otorgó el trámite de audiencia a la reclamante, siendo presentado por sus abogados un escrito de alegaciones de fecha 28 de diciembre en el que venían a incidir en la argumentación ya establecida en el escrito inicial de reclamación, y concretaron la cuantía de la pretensión indemnizatoria en un total de 20.489,75 euros. Dicho importe resultaba de sumar a los 30 días de incapacidad (1.572,3€), 15 puntos de secuelas por

perjuicio estético medio (14.067,45€) y el importe ya referido de las sesiones de radiofrecuencia.

Concluida la audiencia, el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución de 30 de mayo de 2018 en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial al considerar que, en el caso analizado, no se había demostrado ni la concurrencia de mala praxis ni incumplimiento alguno del deber de información.

En dicho estado del procedimiento, por parte del consejero de Sanidad se ha recabado dictamen, habiendo tenido entrada la correspondiente solicitud en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el 3 de julio. Tras ser registrada con el nº 332/18, correspondió al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 6 de septiembre de 2018.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de su Ley 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial superior a 15.000 euros y a solicitud de

un órgano legitimado para ello, según 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, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

La reclamante ostenta legitimación activa para deducir la pretensión de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 32.1 LRJSP, al ser la persona directamente afectada por la asistencia sanitaria pretendidamente deficiente.

En cuanto a la legitimación pasiva para soportar la reclamación, le corresponde a la Comunidad de Madrid, titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Entre los trámites seguidos, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen y según exige el artículo 81.1 de la LPAC, se ha recabado informe de los servicios relacionados con el daño alegado, que son los de Cirugía General y Digestivo y de Cirugía Plástica del HULP.

Asimismo, se ha incorporado al expediente administrativo un informe de la Inspección Médica sobre los hechos que motivan la reclamación, así como la historia clínica de la atención sanitaria prestada al reclamante en el centro hospitalario anteriormente referido.

Instruido el procedimiento, se ha otorgado el trámite de audiencia previsto en los artículos 76.1 y 84 en relación con el 53.1.e) de la LPAC y, conforme al 81.2, se ha incorporado una propuesta de resolución.

De esta forma, no se observan en el procedimiento defectos de tramitación que puedan producir indefensión o impidan que el procedimiento alcance el fin que le es propio.

Por lo que se refiere al plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC, el derecho a reclamar prescribe en el transcurso de un año a contar desde el hecho causante o de manifestarse su efecto lesivo. Este plazo se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En el caso examinado, la reclamación imputa el origen de los perjuicios cuyo resarcimiento se pretende, a la intervención quirúrgica realizada el 21 de mayo de 2016. De esta forma, el escrito de reclamación de 17 de octubre de 2016 puede considerarse presentado en plazo jurídicamente hábil con independencia de la fecha de determinación de las secuelas.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 106.2 de la Constitución, 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 las reglas de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

Tiene declarado el Tribunal Supremo, por todas en Sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de abril de 2016 (RC

2611/2014), que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC (actual 32 de la LRJSP) y una reiterada jurisprudencia que lo interpreta:

a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente en relación a una persona o grupo de personas;

b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por La reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal;

c) ausencia de fuerza mayor, y

d) que La reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico. Pero que

“... lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el

funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta... Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público en cuanto que el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, señala también el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada con profusión (por todas, la STS de 19/5/2015, RC 4397/2010) que

*“... 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".

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el procedimiento datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, se viene señalando que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales pueda tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido, cabe entender conculcada la *lex artis* puesto que al no proporcionar a los interesados esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal (SSTS de 19/5 y de 27/4/2015, RRCC 4397/2010 y 2114/2013).

CUARTA.- La reclamación incluye un doble reproche: por un lado, el de que la intervención quirúrgica realizada a la paciente tuvo como consecuencia unas secuelas antiestéticas que no hubiera presentado de haberse realizado la intervención por el Servicio de Cirugía General y Digestivo conjuntamente con el de Cirugía Plástica, y, por otro, el relativo a la desvirtuación del consentimiento de la paciente para la intervención, al pedirle la aceptación de la falta de participación de

facultativos del Servicio de Cirugía Plástica con carácter previo al paso al quirófano.

Centrándonos en el primer aspecto, constituye una exigencia de la doctrina jurisprudencial expuesta en la consideración de derecho precedente, la consistente en que a lo largo del procedimiento quede demostrada la relación de causalidad entre las dolencias o daños cuya indemnización se pretenda y el funcionamiento de la Administración.

Así, es doctrina generalizada que hemos incorporado a nuestros dictámenes, la que imputa en condiciones ordinarias la carga de la prueba al reclamante con vista a la estimación de una posible responsabilidad patrimonial. Así lo entiende también el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias de 16 de septiembre de 2008 (875/2005), al recordar la carga de quien reclama de *“acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama”*, y de 20 de septiembre de 2016 (R. 60/2014), al matizar que *“el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la lex artis y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización”*.

En particular, para satisfacer tal carga probatoria en el ámbito de la responsabilidad patrimonial sanitaria, es necesario un medio de prueba idóneo. En dicho sentido, ha recordado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, S. 10ª, en Sentencia de 21 de abril de 2016 (P.O. 409/2013), 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”.

En el caso que se nos plantea, la reclamante se ha limitado a alegar en los escritos presentados con asistencia de sus abogados, que las secuelas antiestéticas que presenta su vientre serían de menor entidad en caso de haberse realizado la intervención quirúrgica con el concurso del Servicio de Cirugía Plástica del HULP. Sin embargo, no ha presentado en el procedimiento un informe pericial que permita contrarrestar las afirmaciones contenidas en los informes médicos incorporados en el curso del procedimiento a requerimiento de la instructora. Estos informes afirman que las secuelas que presenta la paciente son las propias de la intervención quirúrgica unida a la situación previa de la paciente, de forma que la referida falta de participación no habría incidido en un peor resultado del acto sanitario sujeto a controversia.

QUINTA.- Por otra parte, la reclamante entiende haber sido objeto de una vulneración de su derecho a la debida información. Con carácter previo al análisis de esta segunda objeción, conviene reparar en las peculiares circunstancias que se dieron con carácter previo a la intervención, según resultan de la documentación aportada al procedimiento. De esta se desprende que a la paciente se le hizo esperar a ser intervenida en una fecha en la que pudieran actuar conjuntamente los servicios de Cirugía General y Digestivo y de Cirugía Plástica y, que, estando prevista la participación de ambos equipos en la intervención, con carácter previo e inmediato a la misma se solicitó su consentimiento para ser operado exclusivamente por el primero.

Matizado lo anterior, cabe recordar que esta Comisión Jurídica Asesora viene resaltando en sus dictámenes (por todos, el 54/18, de 8 de febrero), que la necesidad de suministrar al paciente información completa de las actuaciones que se van a llevar a cabo en el ámbito de su salud, viene impuesta legalmente en el artículo 4 de 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.

En concreto, el artículo 8 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”* y, en su apartado segundo: *“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”*. De esta forma, la falta de información equivale a una limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral contemplado en el artículo 15 de la Constitución según ha considerado el Tribunal Constitucional, en su sentencia 37/2011, de 28 de marzo.

La finalidad de la información es permitir al paciente tomar la decisión de someterse a la técnica médica de que se trate con conocimiento de los riesgos que pueden derivarse de la misma, y la falta de información equivale a una limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral contemplado en el artículo

15 de la Constitución según tiene declarado el Tribunal Constitucional en la STC 37/2011, de 28 de marzo.

En el caso sometido a examen, a la paciente se le hace esperar varios meses para poder contar con Cirugía Plástica el día de la intervención, a pesar de que estaba calificada como preferente, y en el día previsto se le informó en el momento inmediato a su paso al quirófano que la intervención debía realizarse sin la participación de dicho Servicio. Con independencia de la repercusión que ello pudiera tener sobre el resultado definitivo de la intervención, lo cierto es que, el consentimiento recabado en dichas circunstancias impide considerar que la decisión de la paciente haya sido adoptada en una situación de plena capacidad de discernimiento.

En punto a su concreta indemnización, la 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 analizado, el hecho de que la circunstancia de no haber intervenido Cirugía Plástica no haya incidido en el resultado final, permite fijar cautelosamente la indemnización en un importe de 6.000 euros, que debe considerarse actualizada.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, indemnizando a la interesada en 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 6 de septiembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 396/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid