

Dictamen nº: **550/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **13.12.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 13 de diciembre de 2018, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en relación con la reclamación formulada por Dña., (en adelante “*la reclamante*”) por los daños y perjuicios que atribuye a una gastrectomía vertical laparoscópica realizada en Hospital Universitario Gregorio Marañón (HUGM).

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 22 de noviembre de 2016, un abogado colegiado presentó en el registro electrónico de la Comunidad de Madrid un escrito firmado por él y la reclamante solicitando una indemnización por las secuelas supuestamente derivadas de la asistencia sanitaria prestada en el citado Hospital.

Expone que al padecer obesidad mórbida se le explicaron dos técnicas quirúrgicas para realizar una reducción del estómago indicándole en qué consistían así como sus ventajas pero no se le explicó que las mismas pudiesen tener riesgos y/o secuelas.

La reclamante se decantó para una gastrectomía vertical que fue programada para el 20 de noviembre de 2015.

El 19 de noviembre ingresó en el HUGM y le fue entregado un documento de consentimiento informado muy parco en el que solo se recogía como riesgo un leve sangrado o alguna fuga.

Considera inadmisibile esa falta de información ya que diversos apartados del documento estaban en blanco.

Tras la cirugía padeció regurgitaciones e intolerancia oral. Al desaparecer el efecto de la anestesia comenzó un dolor abdominal agudo irradiado a espalda con febrícula. El dolor aumentó los días siguientes.

El 23 de noviembre se realizó un TAC abdominal que mostró una pequeña colección fluida sin pared definida en el aspecto proximal de la sutura gástrica como hallazgo inespecífico. Moderada cantidad de líquido libre abdominal. Infarto esplénico.

Evidenciada la fuga y pese a que los leucocitos habían aumentado a 19.800 no fue sino hasta el día 24 cuando se realizó una laparoscopia exploradora que mostró una peritonitis purulenta.

Tras la intervención fue trasladada a Reanimación donde sufrió un nuevo deterioro con vómitos y débito por drenaje subfrénico izquierdo de aspecto intestinal acompañado de febrícula por lo que pasó de nuevo a quirófano donde se retiró la endoprótesis, se aproximaron los bordes de la fuga con clips y se colocó una nueva prótesis de forma endoscópica. En el postoperatoria los débitos disminuyeron pero no la febrícula.

Al no mejorar fue reintervenida el 21 de diciembre de 2016 (sic) con un nuevo intento endoscópico de cierre de fuga de grapado y colocación de endoprótesis.

Finalmente se decidió realizar una gastrectomía total el 13 de enero de 2016.

El 15 de enero pasó a planta y recibió el alta hospitalaria el 22 de enero.

Afirma que como consecuencia de la demora en la reintervención y la falta de información sufrió una radiculopatía con denervación leve en territorio radicular L5 derecho que determinó que permaneciese encamada en decúbito lateral derecho durante 17 días. Al recibir el alta notaba acorchamiento en muslo y pie derecho con problemas de movilidad.

Afirma que sufre secuelas físicas (gastrectomía total, radiculopatía con afectación de miembro inferior derecho), perjuicio estético importante, minusvalía e incapacidad, incapacidad temporal (60 días de hospitalización, 198 días impeditivos), necesidad de cuatro reintervenciones (6.000 euros) y daños morales (15.000 euros).

Considera la reclamación que ha existido retraso de tratamiento al ser intervenida el día 24 y no el día 23, consentimiento informado insuficiente y ausencia de información verbal y daño desproporcionado.

Solicita una indemnización por un importe total de 100.000 euros.

Aporta diversa documentación médica y dos fotografías.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo al que se ha incorporado la historia clínica del HUGM ha puesto de manifiesto los siguientes hechos

La reclamante, nacida en 1963, padecía una obesidad mórbida con un peso de 133 kg, 161 cm de altura y un índice de masa corporal (IMC) de 51,5. Inicia dieta sin resultado y se le diagnostica un Síndrome de Apnea-Hipoapnea del Sueño severo.

En febrero de 2014 es incluida en lista de espera para by-pass gástrico laparoscópico.

En agosto de 2015 se explica a la reclamante el diagnóstico de obesidad mórbida con la indicación de intervención quirúrgica con sus riesgos/beneficios que la reclamante entiende y acepta.

En octubre de 2015 tras una endoscopia se repite esa observación sobre la información a la reclamante.

El 7 de octubre de 2015 firma el documento de consentimiento informado de anestesia.

El 19 de noviembre de 2015 firma un consentimiento informado para gastrectomía tubular. Como riesgos generalizados figuran sangrado, vómitos y fuga y, como riesgo personalizado, trombosis.

El 20 de noviembre se realiza la intervención sin complicaciones.

Tras la intervención presenta náuseas que responden a antieméticos y pasa a planta el día 21.

El 23 se piden análisis de sangre y orina y se acuerda solicitar un TAC que al realizarse recoge varios hallazgos inespecíficos y líquido

libre subfrénico bilateral en cantidad “*superior a la esperable*”. Se informa del resultado a la reclamante.

En planta presenta nauseas, dolor, taquicardia y febrícula.

El 24 de noviembre presenta dolor en hipocondrio izquierdo irradiado a espalda. Se realiza tránsito esófago-gastro-duodenal en el que el contraste no pasa del estómago y una colección en hipocondrio izquierdo sugiere dehiscencia anastomótica en la unión gastroesofágica. Se propone endoscopia para la colocación de prótesis que la reclamante acepta.

La endoscopia aprecia dehiscencia en unión gastroesofágica. Se coloca clip y 2 prótesis metálicas.

Se recomienda a la reclamante la realización de una laparoscopia exploradora que, previo consentimiento informado, muestra peritonitis purulenta difusa.

El 27 de noviembre presenta leucocitosis si bien el abdomen no presenta complicación y está sometida a terapia antibiótica. El 29 presenta un pico febril y débito bilioso por ambos drenajes. Se realiza TAC abdomino-pélvico.

El 30 de noviembre el abdomen sigue blando pero persiste débito bilioso importante. Se decide recolocación de la prótesis mediante endoscopia.

Se realiza el 1 de diciembre con retirada de las dos prótesis y colocación de una metálica.

Continúa con picos febriles y leucocitosis. El 7 de diciembre se realiza TAC abdomino-pélvico que muestra dehiscencia de sutura.

Pasa a planta donde se realiza el 18 de diciembre una endoscopia de control que muestra migración parcial de la prótesis. Se coloca nueva prótesis metálica.

Posteriormente presenta vómitos hemáticos y biliosos. El 21 de diciembre se realiza nueva endoscopia que muestra migración de la prótesis y se procede a su recolocación.

En los días siguientes desaparece la fiebre pero persiste el dolor y los vómitos. Se plantea la realización de cirugía abierta para la obesidad para lo cual firma el consentimiento informado.

El 13 de enero se realiza una derivación esófago-yeyunal en Y de Roux.

La evolución posterior es satisfactoria si bien presenta una infección que es tratada con antibióticos. Recibe el alta el 22 de enero de 2016.

Posteriormente acude periódicamente a revisiones. El 8 de abril de 2016 se detecta una posible radiculopatía y se realiza un electromiograma.

En las revisiones la evolución es buena si bien presenta desnutrición proteica.

El 8 de julio se realiza una resonancia de columna lumbar en la que no hay alteraciones. La electromiografía muestra denervación leve en territorio L5 derecho.

No acude a la revisión del 26 de julio.

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

patrimonial y se han solicitado los informes que se consideraron pertinentes, de los que se destacan los siguientes particulares.

Se emite informe sin fecha por el facultativo que atendió a la reclamante con el visto bueno del jefe del Departamento de Cirugía General y Aparato Digestivo del HUGM en el que relata la asistencia prestada.

En concreto destaca que en la consulta preoperatoria se informó a la reclamante de su patología, de la gastrectomía y de sus riesgos y beneficios tal y como consta en la historia clínica.

La intervención se realizó previa firma del consentimiento informado. Al surgir complicaciones (febrícula, náuseas, molestias abdominales) se realizó un TAC cuyos resultados fueron inespecíficos. Por ello en sesión conjunta del Servicio se decidió mantener el tratamiento y continuar la observación en planta.

Al continuar las complicaciones y apreciarse una fuga se decidió en sesión el 24 de noviembre realizar de forma urgente una endoscopia y una laparotomía, informando de ello a la reclamante. Posteriormente se realizó dos tomografías y dos endoscopias digestivas superiores.

Pese a todo ello al continuar la fuga de bajo débito del grapado se decidió en sesión conjunta la realización de un by-pass esofagoyeyunal abierto. La evolución posterior fue buena.

El 25 de abril de 2017 emite informe la Inspección Sanitaria en el que analiza en primer lugar la información suministrada a la reclamante.

Considera que consta en la historia clínica que la paciente fue informada de la intervención y de sus riesgos y beneficios. Entiende

que, ciertamente, el documento de consentimiento informado es “*parco*” pero ello no desvirtúa el que según la historia clínica la reclamante fue informada a lo que se suma el que el consentimiento recoja la complicación sobrevenida –fuga anastomótica– y que en el mismo la reclamante declare que ha recibido información sobre el procedimiento y estar satisfecha con la información.

En cuanto a la existencia de demora quirúrgica ya que pese al TAC del 23 de noviembre, no fue intervenida hasta el día 24, entiende que los datos de los que disponía el cirujano el día 23 y el 24 eran distintos. El día 24 el cambio en el dolor que se irradia a espalda y el dolor a la palpación abdominal profunda hicieron que se solicitase un estudio radiológico que mostró dehiscencia de la herida. Fue a raíz de ello por lo que se decidió realizar endoscopia y laparotomía de tal forma que no hubo demora alguna.

Rechaza que exista daño desproporcionado ya que las complicaciones que surgieron son las habituales de este tipo de cirugía y fueron adecuadamente tratadas.

Por todo ello considera correcta la asistencia prestada.

Con fecha 13 de diciembre de 2017 se concede trámite de audiencia a la reclamante notificándose de forma telemática y constando la aceptación de su letrado con esa misma fecha (folios 729-734).

No consta la presentación de alegaciones.

Finalmente, el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución, de 24 de octubre de 2018, en la que propone al órgano competente para resolver, desestimar la reclamación al haberse actuado conforme la *lex artis*.

CUARTO.- El consejero de Sanidad formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 7 de noviembre de 2018, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Carlos Yáñez Díaz, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión en su sesión de 13 de diciembre de 2018.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró 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, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

SEGUNDA.- La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) en relación con el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) al ser la persona que

recibió la asistencia sanitaria a la que atribuye la producción de un daño.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, en cuanto la asistencia sanitaria se prestó por el HUGM que forma parte de la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

En cuanto al plazo, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, a tenor del artículo 67.1 de la LPAC, tienen un plazo de prescripción de un año desde la producción del hecho que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo, que se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la fecha de determinación del alcance de las secuelas.

En el caso sujeto a examen, la reclamante recibió el alta hospitalaria el 22 de enero de 2016 e interpuso la reclamación el 22 de noviembre de ese año por lo que la reclamación está en plazo.

Respecto a la tramitación del procedimiento se ha cumplimentado lo establecido en la LPAC.

En este sentido se ha solicitado el informe de los servicios a los que se imputa la producción del daño al amparo del artículo 81 de la LPAC y se ha admitido la prueba documental aportada. Asimismo se ha evacuado el trámite de audiencia de acuerdo con el artículo 82 de la citada norma legal.

Se ha solicitado el informe de la Inspección Sanitaria con el resultado ya expuesto.

Debe destacarse, no obstante, la excesiva duración del procedimiento ya que el trámite de audiencia se concedió en diciembre de 2017 y no ha sido sino hasta el 24 de octubre de 2018 cuando se

ha formulado propuesta de resolución y se ha remitido a esta Comisión Jurídica Asesora el 7 de noviembre siguiente.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución y su desarrollo en la actualidad tanto en la LPAC como en la LRJSP, exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el citado artículo 139, es necesario que concurra:

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) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho, sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño (así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)).

CUARTA.- La reclamante efectúa tres reproches a la actuación sanitaria. Considera que la intervención realizada el día 24 al existir una peritonitis fue tardía ya que el día 23 ya había suficientes elementos para realizarla. Entiende, igualmente que la actuación de los servicios sanitarios le ha ocasionado un daño desproporcionado. Por último considera que la información suministrada no fue la legalmente exigible.

Analizaremos en ese orden esos tres reproches.

En las reclamaciones sobre responsabilidad patrimonial el criterio determinante es el cumplimiento o no de la *lex artis*, en cuanto buena práctica médica. La sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 (recurso 2364/2004) define este concepto indicando (FJ 4º), que: *“según jurisprudencia constante de esta Sala, un acto médico respeta la lex artis cuando se ajusta al estado de conocimientos de la comunidad médica en ese momento y, así, realiza lo que generalmente se considera correcto en el tipo de situación de que se trate.”*

Para la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2015 (recurso 4397/2010):

“En relación con la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, ha señalado este Tribunal con reiteración (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012, dictada en el recurso de casación núm. 4229/2011 , y 4 de julio de 2013, recaída en el recurso de casación núm. 2187/2010) 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."

La carga de la prueba en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial corresponde en principio a quien reclama su reconocimiento conforme lo establecido en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil si bien teniendo en cuenta lo dispuesto en ese precepto legal en cuanto a la facilidad probatoria. Así como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de diciembre de 2017 (recurso 39/2015):

“Así, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27.11.1985 , 9.6.1986 , 22.9.1986 , 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero , 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997 , 21 de septiembre de 1998), todo ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias Tribunal

Supremo (3ª) de 29 de enero , 5 de febrero y 19 de febrero de 1990, y 2 de noviembre de 1992 , entre otras).”

En este caso la reclamante no ha aportado prueba alguna que permita entender que ha existido vulneración de la *lex artis* existiendo un retraso en la intervención quirúrgica realizada el día 24.

Por el contrario el informe del Servicio considera que la situación del día 23 y la del día 24 eran distintas. En concreto fueron la irradiación del dolor a la espalda y el dolor a la palpación abdominal, circunstancias que no existían el día 23 motivaron la realización de un estudio radiológico que mostró dehiscencia por lo que se procedió a su intervención inmediata.

La corrección de esta actuación es avalada por el informe de la Inspección Sanitaria. Como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de julio de 2018 (recurso 768/2016):

“El informe de la Inspección Sanitaria, sin ser propiamente una prueba pericial, es también un relevante elemento de juicio para la valoración y apreciación técnica de los hechos o datos que interesan a las cuestiones litigiosas planteadas por las partes. La fuerza de convicción de sus consideraciones y conclusiones depende de la motivación, objetividad y coherencia interna del informe emitido pero también de los criterios de profesionalidad e imparcialidad respecto del caso y de las partes con que los Médicos Inspectores informan”.

La reclamante no solo no aporta pruebas que permitan entender que esta actuación fue incorrecta sino que en el trámite de audiencia, tras conocer los informes del Servicio de Cirugía y de la Inspección Sanitaria no efectúa alegación alguna que los cuestione.

Por ello no cabe sino entender que no existió el retraso planteado por la reclamante de tal forma que la intervención quirúrgica se realizó cuando existían signos claros de la existencia de una peritonitis.

Respecto a la existencia de un daño desproporcionado, tampoco puede entenderse que la actuación sanitaria permita establecer que existió tal daño.

Tal y como establece la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2016 (recurso 2822/2014) la doctrina del daño desproporcionado exige:

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

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

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

4º Por tanto, para que no se le atribuya responsabilidad por daño desproporcionado, desde el principio de facilidad y proximidad

probatoria la Administración debe asumir esa carga de probar las circunstancias en que se produjo el daño.

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

En este caso la historia clínica y los informes del Servicio de Cirugía y de la Inspección Sanitaria permiten establecer que la intervención de cirugía de reducción de estómago mediante técnicas menos invasivas (laparoscopia y endoscopia) no tuvo los resultados deseados sino que se presentaron complicaciones habituales en este tipo de intervenciones que hicieron necesaria una cirugía “*tradicional*” de reducción mediante un by-pass esofagoyeyunal abierto.

Por ello no puede hablarse de ningún resultado desproporcionado sino de un riesgo inherente a la intervención. Conviene recordar que estamos ante un supuesto de medicina curativa en la que la Administración asume tan solo una obligación de medios y no de resultado. La lectura de la historia clínica y de los informes evacuados en el procedimiento permite tener por acreditado que en ningún momento se escatimaron medios para atender a la reclamante por más que los resultados de las intervenciones iniciales menos invasivas no fueran los esperados y hubiera que acudir a la realización de un by-pass.

QUINTA.- Cuestión distinta es la relativa a la falta de información.

No cabe duda de la importancia de la información que ha de suministrarse a los pacientes para que presten su consentimiento, tal y como se regula en la actualidad la Ley 41/2002, de 14 de noviembre,

Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, cuyo artículo 3 lo define 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 la salud”*, información que incluye los posibles riesgos que se puedan producir (artículo 8.3 de la Ley 41/2002).

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 sentencia 37/2011, de 28 de marzo.

La Ley 41/2002 distingue entre lo que es la información asistencial relativa a cualquier actuación asistencial que se dará generalmente de forma verbal –artículo 4- y la exigencia de consentimiento informado –artículo 8- que determina la necesidad de consentimiento libre y voluntario del afectado para toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente y que deberá prestarse por escrito en las intervenciones quirúrgicas, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, en los procedimientos que supongan riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.

En estos casos el consentimiento deberá contener información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

Sin embargo en el caso que nos ocupa, el documento de consentimiento informado es un modelo genérico que podría valer

para todo tipo de actuaciones médicas. En el mismo no se describe la intervención que se pretende realizar sino tan solo su objetivo (reducción 75% estómago). Se limita a recoger como riesgos típicos los de “sangrado, vómitos, fugas”, términos inespecíficos que no permiten entender a una persona que no tenga conocimientos médicos la importancia y consecuencias de la materialización de tales riesgos. Es más, el consentimiento no recoge la peritonitis que padeció como consecuencia de la intervención.

En suma, el concreto modelo de consentimiento informado que firmó la reclamante no cumple los requisitos exigidos por Ley 41/2002.

Como afirma la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de junio de 2018 (recurso 1/2017):

“En el ámbito sanitario es de suma importancia la elaboración de formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse la finalidad pretendida por la Ley. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo a una terapia por razón de sus riesgos”.

Esta insuficiencia es reconocida por la Inspección Sanitaria que califica al consentimiento como “parco” pero entiende que, al constar en la historia clínica que la reclamante fue informada de la cirugía, ha de entenderse que la información fue suficiente. No puede compartirse esa posición puesto que la finalidad de que la Ley 41/2002 exija un consentimiento escrito en los supuestos de intervenciones quirúrgicas y técnicas invasivas consiste en asegurar la prueba de la información suministrada lo cual beneficia tanto al paciente como al facultativo. En este caso no sabemos cuál fue el contenido de la información

suministrada verbalmente y, según la reclamante, tan solo se le indicaron los beneficios de la intervención con lo cual no podemos dar por establecido el contenido de la información suministrada verbalmente.

Tampoco puede aceptarse lo recogido en la propuesta de resolución sobre la improcedencia de indemnizar este daño sobre la base de la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002 (recurso 5284/1998) anterior a la promulgación de la Ley 41/2002.

Por ello ha de entenderse que se ha vulnerado el derecho a la información de la reclamante y se le ha ocasionado un daño moral.

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 sentencia de 11 de mayo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 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 de la reclamante, ponderando las circunstancias concurrentes entre otras el que la reclamante fue atendida en todo momento conforme a la *lex artis* y que no constan secuelas permanentes derivadas de la asistencia sanitaria, consideramos adecuada reconocerle una indemnización de 6.000 euros.

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la presente reclamación reconociendo a la reclamante una indemnización 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 13 de diciembre de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 550/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid