

Dictamen nº: **71/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **15.02.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 15 de febrero de 2018, aprobado por unanimidad, 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 procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Doña, por los daños y perjuicios causados que atribuye a la defectuosa asistencia sanitaria prestada en la realización de una cesárea por el Hospital Universitario de Torrejón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el registro de la Consejería de Sanidad el día 26 de julio de 2016, la interesada antes citada, formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por la, a su juicio, defectuosa asistencia sanitaria prestada por el Servicio de Obstetricia del Hospital de Torrejón en la intervención de cesárea realizada el día 19 de agosto de 2015 (folios 1 a 7 del expediente administrativo).

Según refiere la reclamante, tras ser dada de alta el día 22 de agosto, tuvo que acudir nuevamente al Servicio de Urgencias del citado centro por fiebre y dolor constante en flanco izquierdo, y tras la

realización de una ecografía se comprobó la existencia de un absceso y “*estructura compatible con cuerpo extraño*”, por lo que tuvo que ser intervenida nuevamente el día 28 de agosto de 2015 extrayéndose un electrodo fetal y nueva intervención el día 3 de septiembre para limpieza del abceso. Refiere que en el seguimiento de la herida de la segunda intervención y sus curas se produjo una contaminación micótica que complicó la evolución y tuvo que permanecer hospitalizada hasta el día 7 de septiembre que fue dada de alta.

Consecuencia de la defectuosa asistencia sanitaria la interesada dice haber sufrido un trastorno depresivo reactivo a la situación vivida y unas secuelas por las cicatrices que le han quedado y que han precisado tratamiento.

Alega, además, la ausencia de consentimiento informado a la intervención.

La interesada solicita inicialmente una indemnización de 26.000 € por el tiempo que ha tenido que estar ingresada, las intervenciones de 28 de agosto y 3 de septiembre, pruebas a las que tuvo que ser sometida tras el diagnóstico del proceso infeccioso, el tratamiento anticoagulante inyectable a la que tuvo que ser sometida y la faja que tuvo que portar, las curas diarias y visitas al centro de salud después del alta hospitalaria, daños psicológicos por la imposibilidad de atender a su bebé, teniendo incluso que suspender la lactancia materna y, finalmente, por las cicatrices que le han quedado. Acompaña con su escrito copia de la queja presentada en el centro hospitalario con copia de la carta de disculpa del director del Hospital de Torrejón y unas fotografías.

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

La reclamante, de 28 años, con embarazo a término, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Torrejón el día 18 de agosto de 2015. A la vista del curso evolutivo se decidió su ingreso para atender al parto en curso.

La paciente fue ingresada en el Servicio de Obstetricia. Se estableció monitorización reglada y al comprobar que la monitorización externa no permitía captar la frecuencia cardíaca fetal se optó por la monitorización interna. A tal fin se adhirió a la cabeza fetal un electrodo interno. La monitorización fetal no era tranquilizadora por lo que se decidió realizar pH fetal que confirmó la preocupación de los obstetras y aconsejó, para evitar el posible daño neurológico fetal, la realización de cesárea urgente que tuvo lugar el día 19 de agosto. Según refleja el informe quirúrgico, se efectuó incisión de Pfannestiel, apertura de pared por planos que fue difícil por panículo adiposo y vejiga llena al no haber sido posible el sondaje correcto. La histerotomía y extracción fetal se realizó sin dificultad. El líquido amniótico estaba teñido de meconio. El alumbramiento fue dirigido con duratobal y tuvo lugar a las 6:39 horas, dando lugar a un varón de 2.920 grs Apgar 8/9. El puerperio fue normal y fue dada de alta por mejoría el día 22 de agosto de 2015.

El día 27 de agosto de 2015 la reclamante acudió al Hospital Universitario de Torrejón por presentar fiebre de 38° desde el día anterior; la analítica sugería infección y la ecografía identifica imágenes de un posible absceso a nivel del flanco izquierdo. Al sospecharse infección tras de cirugía se ingresó a la paciente y se instauró antibioterapia intravenosa.

Al día siguiente, 28 de agosto de 2015, para confirmar el diagnóstico se realizó TAC abdominopélvico, en el que se evidenció la existencia de un probable absceso abdominal y un marcador lineal radiopaco que hizo sospechar la existencia de un cuerpo extraño.

Según el informe del TAC, “*el extremo caudal de la colección de mayor tamaño se encuentra en contacto con marcador lineal radiopaco*”.

A la vista de los resultados se decidió cirugía. Según consta en el informe de alta hospitalaria: “*Se informa a los familiares de cirugía*”.

En la intervención mediante laparotomía se limpió el absceso y se halló un electrodo fetal que se retiró.

La evolución de la paciente no fue la esperada, ya que aunque no tenía fiebre seguía con dolor en el flanco izquierdo. Realizado nuevo TAC el día 1 de septiembre, las imágenes sugerían restos del absceso, por lo que el día 3 se realizó punción del absceso guiada por TAC, retirándose los restos y lavándose la zona.

A partir de ese momento la evolución fue favorable por lo que la paciente fue dada de alta hospitalaria el día 7 de septiembre de 2015, si bien la paciente tenía pautada antibioterapia oral, anticoagulantes y analgésicos, el uso de faja de compresión y curas locales. Se apreció en la herida una zona enrojecida que, ante la sospecha de candidiasis, cedió con antifúngicos.

Tras varias revisiones por el Servicio de Ginecología y Obstetricia, el día 22 de octubre de 2015 fue dada de alta y derivada al Servicio de Psiquiatría por ansiedad y sensación de depresión. Según informa el Servicio de Psiquiatría fue atendida en noviembre de 2015 sin que acudiera después a revisión.

Consta, igualmente, haber recibido tratamiento por el Servicio de Dermatología por cicatriz queloidea consistente en infiltraciones.

TERCERO.- Presentada la reclamación y acordada la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en el Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, (en adelante, RPRP), se requirió

al centro hospitalario para la emisión de informe en el que aclararan si la atención fue prestada, o no, a través del concierto con la Consejería de Sanidad y si los facultativos intervenientes pertenecían a la Administración Sanitaria Madrileña.

Con fecha 5 de octubre de 2016, el director gerente del Hospital Universitario de Torrejón remite copia de la historia clínica, informe del Servicio de Ginecología y Obstetricia e informe del Servicio de Salud Mental.

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 10 RPRP, se ha incorporado al expediente el informe, de 2 de octubre de 2016 del Servicio de Ginecología y Obstetricia (folios 17 a 20) sobre la atención dispensada a la paciente que indica que se decidió poner un electrodo fetal interno adherido a la cabeza del feto porque el monitor externo (que es el que se coloca habitualmente) no permitía “*captar adecuadamente la frecuencia cardíaca fetal probablemente debido al alto índice de masa corporal de la paciente*”. Señala el informante que habitualmente el electrodo fetal se extrae previo al paso a quirófano y que, en ocasiones, si existe dificultad y debido a la urgencia de la situación se retira una vez nace el niño. Según relata:

“En este caso, la cesárea fue difícil debido a la urgencia y al IMC de la paciente. Probablemente en el momento de la manipulación de la cabeza fetal para la extracción del feto se soltó el electrodo y cayó en el abdomen materno no percatándose el cirujano del hecho, ya que el electrodo no se vió”.

En relación con el recuento del material, informa que “*está protocolizado en nuestro el recuento del material quirúrgico usado en la cirugía. El electrodo fetal no es parte del material quirúrgico y por eso no se echó en falta durante la intervención de la cesárea*”.

El informe concluye señalando que la paciente ha sido informada durante todo el proceso de la situación clínica y de los hallazgos encontrados en cada momento.

Aunque no ha sido objeto de reproche en la reclamación, se ha incorporado también un informe del Servicio de Psiquiatría del Hospital de Torrejón fechado el 27 de septiembre de 2016 (folio 21) que refiere haber atendido a la paciente en una primera y única cita en noviembre de 2015 y que pese a haber sido citada en dos ocasiones en diciembre de 2015 y enero de 2016, no acudió a la consulta.

Consta en el expediente, igualmente, el informe emitido por la Inspección Sanitaria (folios 146 a 149) que concluye:

“Creemos que la praxis médica NO ha sido la correcta ya que se olvida un electrodo interno para monitorización fetal en la cavidad abdominal. Aunque sin poder afirmarlo indubitablemente, este electrodo pudo estar en relación con la posterior infección de la herida quirúrgica. No se identifican más anomalías.”

Tras la incorporación al procedimiento del anterior informe y de la historia clínica, se concedió a todos los interesados en el procedimiento el oportuno trámite de audiencia, notificado el 2 de octubre de 2017.

La reclamante presenta escrito con fecha 20 de octubre de 2017. Con sus alegaciones aporta un informe pericial de valoración del daño corporal (folios 158 a 169), en el que indica que precisó 150 días de curación (15 días de ingreso hospitalario) y 135 días de carácter moderado y valora las secuelas sufridas en 1 punto por trastorno neurótico y 15 puntos por perjuicio estético medio, sin contemplar factores de corrección.

El Hospital Universitario de Torrejón formula alegaciones el día 16 de noviembre de 2017.

Con fecha 14 de diciembre de 2017, la secretaria general del SERMAS por delegación de firma del viceconsejero de Sanidad, formuló propuesta de resolución que estima parcialmente la reclamación y reconoce una indemnización de 15.718,28 €.

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 10 de enero de 2018 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 9/18, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 15 de febrero de 2018.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de 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 superior a 15.000 €, y por solicitud 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, iniciado a instancia de interesada, según consta en los antecedentes, se regula en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de 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 la reclamación presentada el 26 de julio de 2016, 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 por 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).

La reclamante ostenta legitimación activa al haber recibido la atención sanitaria, parto mediante cesárea, objeto de reproche.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, al prestarse el servicio sanitario por el Hospital Universitario de Torrejón, centro concertado con la Comunidad de Madrid. Así, como ya señaló el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (valgan por todos los dictámenes 211/12, de 11 de abril y 13/15, de 21 de enero), asumiendo la también reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada, entre otras, en la sentencia de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9^a), y ha sido reiterado por esta Comisión Jurídica Asesora (así, el Dictamen 112/16, de 19 de mayo, el Dictamen 209/17, de 25 de mayo, el

Dictamen 413/17 de 19 de octubre y el Dictamen 494/17, de 30 de noviembre, entre otros) es imputable a la Administración Sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que le une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, efectuado el hallazgo del electrodo fetal en la cavidad abdominal de la reclamante después de la intervención mediante cesárea, fue necesario realizar una nueva intervención quirúrgica el día 28 de agosto de 2015 para retirada del cuerpo extraño y drenaje del absceso diagnosticado y el día 3 de septiembre tuvo que realizarse punción del absceso guiada por TAC para retirada de restos del absceso y fue dada de alta el día 7 de septiembre de 2015. Por tanto, la reclamación formulada el día 26 de julio de 2016 está formulada en plazo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedural y, así, se ha solicitado el informe preceptivo previsto en el artículo 10 RPRP, esto es, al Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital Universitario de Torrejón. También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria y se ha incorporado al procedimiento la historia clínica.

Después de la incorporación al procedimiento de los anteriores informes se ha dado audiencia a todos los interesados en el procedimiento, la reclamante y el Hospital Universitario de Torrejón, que han efectuado alegaciones y se ha redactado propuesta de resolución.

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 la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP) en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Regulación que, en términos generales, coincide con la contenida en los artículo 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere conforme a lo establecido en el art. 139 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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que “es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la

Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)".

- 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 cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las 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 la asistencia sanitaria, 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 sólo 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.

Según 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), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (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*”».

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 proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las Sentencias de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010) y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales “*puede 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*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

QUINTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta acreditado en el expediente que la reclamante, después de haber sido dada de alta el día 22 de agosto de 2015 tras dar a su hijo mediante cesárea, fue diagnosticada de una absceso el día 27 siguiente y, realizado TAC al día siguiente, se evidenció la existencia de un cuerpo extraño consistente en un marcador lineal radiopaco (electrodo fetal) que precisó intervención quirúrgica para su extracción. Ésta se realizó el mismo día 28 de agosto siendo necesario, días más tarde –el 3 de septiembre de 2015-, una punción guiada mediante TAC para limpiar los restos del abceso. La paciente fue dada de alta hospitalaria el día 7 de septiembre de 2015 y, después de revisiones, realizadas los días 15 y 30 de septiembre, 22 de octubre y 5 de noviembre, fue dada de alta este último día.

Acreditada la realidad del daño, resulta necesario examinar si existe relación de causalidad entre los daños sufridos por la reclamante y la asistencia sanitaria prestada. En el presente caso, no se discute el olvido del electrodo fetal en el cuerpo de la reclamante tras la cesárea a la que fue sometida la interesada en el Hospital Universitario de Torrejón el 18 de agosto de 2015.

El examen del expediente muestra con claridad esos hechos, reconocidos por el informe del servicio causante del daño y en el informe de la Inspección Sanitaria, por lo que ha de concluirse que resulta demostrado que en la cesárea realizada el 18 de agosto de 2015 en el Hospital Universitario de Torrejón, los servicios sanitarios dejaron olvidado un electrodo fetal siendo, posteriormente, extraído mediante una nueva intervención quirúrgica.

Tal y como señalara el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes 318/15, de 10 de junio y 447/11, de 27 de julio:

“Ciertamente el olvido de material quirúrgico en el cuerpo de un paciente no puede sino considerarse como una actuación contraria a la lex artis ad hoc, así las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 6 de octubre de 2009 (Recurso 231/2007) y de la Audiencia Nacional de 31 de enero de 2001 (Recurso 723/1999)”.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de noviembre de 2012 (recurso contencioso-administrativo nº 430/2009), en un supuesto de olvido de una gasa en una intervención quirúrgica, declara:

“Por las razones que fueran, lo cierto es que la falta de retirada del material quirúrgico empleado es claramente indicativa de una evidente falta de cuidado por los facultativos que participaron en la intervención quirúrgica incumpliendo además las normas recogidas en el protocolo del centro en relación con el recuento del material empleado en las intervenciones quirúrgicas”.

La calificación del olvido del electrodo fetal como mala praxis no puede considerarse desvirtuada por lo recogido en los informes del Servicio de Ginecología y Obstetricia en el que pone de manifiesto la urgencia de la situación que precisó cesárea emergente en cuanto a que existían factores de riesgo de acidemia y daño neurológico fetal así como el índice de masa corporal de la paciente. La complejidad o urgencia de una intervención supone, evidentemente, un mayor esfuerzo de los profesionales sanitarios intervenientes, pero no puede servir de excusa para el olvido de un electrodo fetal, aunque no sea propiamente material quirúrgico. En este sentido, el informe de la Inspección Sanitaria concluye que *“la praxis médica NO ha sido la correcta ya que se olvida un electrodo interno para monitorización fetal en la cavidad abdominal”*.

Aunque sin poder afirmarlo indubitablemente, este electrodo pudo estar en relación con la posterior infección de la herida quirúrgica. No se identifican más anomalías”.

Además, el olvido del electrodo fetal produjo un absceso, como queda reflejado en el informe de alta del Servicio de Ginecología de 5 de noviembre de 2015 al indicar: “*cesárea por reintervención por absceso secundario a cuerpo extraño*”.

En relación con la falta de consentimiento informado alegada por la reclamante. No figura en el expediente remitido a esta Comisión Jurídica Asesora ningún documento de consentimiento informado, ya sea para la cesárea, ya para la intervención para la extracción del electrodo fetal y limpieza del absceso.

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».

En el presente caso, la ausencia de consentimiento informado para la cesárea se justifica en la situación de urgencia en que se encontró la paciente ante los resultados de la muestra de sangre de la cabeza fetal que mostraron el riesgo de pérdida de bienestar fetal y que determinó la necesidad de extracción del feto antes de los 15 minutos para salvar la vida del feto e intentar evitar el daño cerebral fetal que provoca la hipoxia.

Sin embargo, no aparece tampoco que se firmara documento de consentimiento informado para la segunda intervención de limpieza del absceso y extracción del electrodo fetal. Según el informe de alta de 7 de septiembre de 2015 (folio 49) se informó a los familiares de la cirugía, sin que esta afirmación quede contrastada con otro dato de la historia clínica. Además, al no quedar constancia en el expediente de que esta segunda intervención fuera también urgente, era necesario el consentimiento informado de la paciente, sin que resulte suficiente la información a familiares.

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.

SEXTA.- Puesto que se ha acreditado tanto la relación de causalidad con la actuación de los servicios sanitarios como el carácter antijurídico del daño al haberse infringido la *lex artis*, resta por valorar el daño sufrido por la reclamante de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 141 LRJ-PAC y 12 RPRP.

La reclamante que inicialmente solicitó 26.000 € sin justificar el importe de tal cuantía, aporta posteriormente un informe pericial de

valoración del daño corporal en el que tiene en cuenta 15 días de hospitalización (del 18 al 22 de agosto de 2015 y del 27 de agosto al 7 de septiembre de 2015) y 135 “*días de carácter moderado*”, “*toda vez que la paciente no ha podido realizar sus actividades habituales*”. A dichos daños añade un punto por el trastorno neurótico sufrido y 15 puntos de perjuicio estético medio. La interesada considera de aplicación el baremo contenido en el Texto Refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre y redactado conforme a la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

No resulta de aplicación la Ley 35/2015 porque ésta tenía prevista su entrada en vigor el día 1 de enero de 2016, por lo que en el momento en que ocurrieron los hechos objeto de reclamación –agosto de 2015- no estaba vigente.

En el presente caso, resulta acreditado que la reclamante tuvo que ser nuevamente intervenida para la extracción del electrodo fetal y estar ingresada en el hospital desde el día 27 de agosto hasta el día 7 de septiembre de 2015 (12 días). No pueden computarse los días 18 a 22 de agosto, como pretende la reclamante, porque estos fueron los días de ingreso por el parto y la cesárea necesaria para el nacimiento de su hijo, por lo que, aunque no se hubiera producido el olvido del electrodo fetal, los habría debido soportar la reclamante. Por tanto, la indemnización por los días de ingreso hospitalario asciende a 862,08 €.

En relación con los días impeditivos, resulta probado en el expediente que la reclamante fue dada de alta por el Servicio de Ginecología el día 5 de noviembre de 2015, por lo que deben computarse 59 días impeditivos y no 46 como considera la propuesta de resolución (que considera que el alta definitiva por dicho servicio se produjo el día

22 de octubre). La indemnización por la incapacidad temporal incluye los daños morales tales como la incertidumbre de las pruebas y los tratamientos tales como el uso de faja o las curas diarias. Por este concepto corresponde a la reclamante una indemnización de 3.446,19 €.

Por tanto, los daños por incapacidad temporal suma 4.308,27 €, cantidad a la que habrá de aplicarse un 10% de factor de corrección, resultando un total de 4.739,10 €.

La interesada reclama como secuelas un trastorno psiquiátrico y el perjuicio estético derivado de las dos cicatrices que le han quedado. En relación con el trastorno psiquiátrico, si bien es cierto que el Servicio de Ginecología y Obstetricia solicitó interconsulta al Servicio de Psiquiatría por ansiedad y “*sensación de depresión*” y fue vista en dicha consulta en noviembre de 2015 como recoge el informe del citado servicio, sin que volviera acudir a nuevas citas. La reclamante afirma en su escrito que el día 2 de febrero de 2016 fue diagnosticada de un trastorno depresivo reactivo sin que haya aportado copia de algún informe que prueba esta afirmación. Por ello, no puede valorarse como secuela dicho trastorno.

En relación con las cicatrices que le han quedado, que el informe pericial califica como perjuicio estético medio y atribuye 15 puntos, resulta necesario distinguir entre la cicatriz transversal de izquierda-derecha de 30 cm resultado de la cesárea para la extracción del feto que no puede ser objeto de reclamación porque resulta acreditado en el expediente que la indicación de cesárea emergente estaba correctamente indicada. Sí debe valorarse, en cambio, la cicatriz vertical de 17 cm. resultante de la intervención para extraer el electrodo fetal. Dado que la reclamante ha precisado tratamiento dermatológico para el cuidado de dicha cicatriz queloidea, debe calificarse el perjuicio estético como medio con 13 puntos. Corresponde por tanto una indemnización por el perjuicio estético de 12.191,79 €.

La suma total de estos importes resulta 16.930,89 €.

A esta cantidad debe añadirse la resultante de reconocer a la reclamante un daño moral derivado de la circunstancia de haber tenido dentro de su cuerpo un objeto extraño, a causa de una actuación contraria a los principios de la buena práctica médica.

Este daño moral fue también reconocido en los Dictámenes 55/11, de 23 de febrero, 497/13, de 23 de octubre y 318/15, de 10 de junio, del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, y por esta Comisión Jurídica Asesora en su Dictamen 212/17, de 25 de mayo, y que se valora, atendidas las circunstancias del caso, en 2.000 €.

Además, por la falta de consentimiento informado para la segunda intervención de limpieza del absceso y extracción del electrodo fetal debe reconocerse una indemnización de 6.000 €.

La suma de las anteriores cantidades asciende a 24.930,89 €, cantidad que habrá de ser actualizada a la fecha en que se dicte la propuesta de resolución.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación presentada en la cuantía solicitada por la reclamante que asciende a 24.930,89 €. Esta cantidad habrá de ser actualizada a la fecha en que se dicte la propuesta de resolución.

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 15 de febrero de 2018

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 71/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid