

Dictamen nº: **375/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **18.09.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 18 de septiembre de 2013, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, sobre el expediente de responsabilidad patrimonial instruido a nombre de J.P.L. en solicitud de indemnización económica, por daños derivados de cirugía laparoscópica en el Hospital Carlos III de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 30 de julio de 2013 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen firmada por el consejero de Sanidad el día 22 de julio de 2013, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 360/13, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por la Comisión

Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 18 de septiembre de 2013, por siete votos a favor y los votos en contra de los Consejeros, Sr. Sabando y Sr. De la Oliva, que formula el voto particular recogido a continuación del dictamen..

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por R.L.S., actuando en nombre y representación de J.P.L., presentada en una oficina de correos el 27 de noviembre de 2009 (folios 1 a 57 del expediente).

Según el escrito de reclamación, J.P.L. fue intervenido el 22 de octubre de 2008 en el Hospital Carlos III de Madrid de un pólipos de vesícula biliar mediante cirugía laparoscópica. Sostiene que durante el curso de la intervención se le produjo una perforación del intestino delgado.

Continuando con el relato de los hechos, el escrito de reclamación detalla que tras la intervención y el postoperatorio inmediato, el paciente presentó un cuadro atípico (náuseas, vómitos, dolor abdominal agudo...), pero que sin embargo no se llevó a cabo prueba alguna para determinar la existencia de complicaciones. Subraya que no es hasta el día siguiente a la intervención, cuando ante la persistencia de los síntomas se le traslada al Hospital de La Paz, donde tras la realización de las pruebas oportunas es diagnosticado de perforación de intestino delgado e intervenido quirúrgicamente.

A lo expuesto se añade que J.P.L. no fue informado de los riesgos y alternativas de la primera intervención, de manera que el documento de consentimiento informado que se le suministró era para el tratamiento quirúrgico de la hernia.

Según el escrito de reclamación el paciente permaneció de baja por incapacidad temporal desde el 22 de octubre de 2008 hasta el 30 de diciembre de ese año, fecha en la que recibió el alta por mejoría que permite trabajar. Además sostiene que le han quedado como secuelas

ilectomía parcial; trastorno depresivo reactivo tratado en el Centro de Salud Mental Maudes y perjuicio estético.

En virtud de lo expuesto se reclama una indemnización de 103.379,68 euros, importe calculado según el texto articulado de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre y la Resolución de 17 de enero de 2008 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

El escrito de reclamación se acompaña de un poder general para pleitos otorgado por J.P.L. a favor de varios letrados, entre los que figura R.L.S., así como de diversa documentación médica.

TERCERO.- Presentada la reclamación anterior por el Servicio Madrileño de Salud, se acuerda el inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo establecido en el título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) y el Real Decreto 429/1993 de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial (en adelante RPRP).

Se ha incorporado al expediente la historia clínica del paciente remitida por el Hospital Carlos III (folios 60 a 63) y el Hospital Universitario La Paz (folios 66 a 136 y 156 a 162 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha recabado el informe preceptivo del servicio médico afectado, así se ha incorporado al expediente el informe de 22 de marzo de 2010 del médico adjunto del Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital Universitario La Paz, quien intervino al paciente el día 22 de octubre de

2008 en el Hospital Carlos III (folios 139 a 142 del expediente). En el mencionado informe, tras explicar que como cirujano adjunto del Hospital Universitario La Paz opera desde hace varios años en el Hospital Carlos III a pacientes vistos por él en el Centro de Especialidades Médicas José Marvá, aunque en ocasiones el Servicio de Admisión incorpora a pacientes no vistos, como es el caso de J.P.L., detalla lo siguiente a propósito de la intervención practicada el 22 de octubre de 2008:

“La colecistectomía laparoscópica es un procedimiento quirúrgico de cirugía mayor, como la abierta, aunque se realice con incisiones parietales pequeñas. Tiene un índice morbi-mortalidad tasado en relación a distintos factores: edad y patologías del paciente; dificultad del procedimiento por la patología biliar y/o adherencias; experiencia del cirujano; estado del material quirúrgico etc... Entre las múltiples complicaciones postoperatorias inmediatas una es la perforación digestiva (estómago, duodeno, intestino delgado y colon) por los trócares, los instrumentos (pinzas, disectores, ganchos etc.). La incidencia es según distintos estudios fiables de entre 0,05 y 0,09 %”.

En el caso concreto del paciente, el cirujano que lo intervino sostiene que *“la colecistectomía laparoscópica realizada el 22/10/08 fue normal, sin incidentes ni complicaciones, y con visualización óptima de zona operatoria y cavidad abdominal”*.

En cuanto al postoperatorio indica que a las 8.00-8.30 valoró al paciente en planta y su impresión diagnóstica fue de abdomen agudo peritonítico *“por lo que se pidió y realizó: Analítica y Ecografía abdominal que demostraron leucocitosis de 20.000 y líquido libre en cavidad. Inmediatamente informé al paciente y su familia que el postoperatorio no era normal y que requería seguimiento por nuestro Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital Universitario La Paz”*. Explica que

cursado traslado urgente, el cuadro fue resuelto “*con pequeña resección intestinal y anastomosis, satisfactoriamente*”.

En cuanto a la falta de consentimiento informado reprochada por el reclamante, el cirujano explica lo siguiente:

“*conozco al paciente J.P.L. ingresado en la UCMA del Hospital Carlos III dicha mañana momentos antes de operarle. Procedo a informarle verbalmente de la operación (características, riesgos, posibilidades, etc.). Destaco que al ver los dos consentimientos informados (quirúrgico y anestésico) del Hospital Universitario La Paz firmados, no me percato de que el consentimiento informado es de hernia y no de colecistectomía*”.

También consta en el expediente el informe de la Inspección Sanitaria (folios 145 a 147). En el citado informe, tras la evaluación de la historia clínica del paciente por el inspector informante, se pueden leer las siguientes consideraciones médicas:

“*...Dentro de las complicaciones y ciñéndonos al caso del paciente, la perforación de vísceras es excepcional y se produce bien por la introducción de algún trocar, o durante la fase intraoperatoria de algún órgano cercano como es el colon transverso y el duodeno.*

Las manifestaciones clínicas de esta grave complicación corresponden a la de una peritonitis difusa por perforación de víscera hueca y requiere la realización de una laparatomía urgente. Pueden aparecer en las primeras 24 h. o al cabo de pocos días cuando el paciente se encuentra ya en el domicilio.

En el caso del paciente y siguiendo los datos de su evolución clínica y anotada en la hoja de evolución, la aparición de los primeros síntomas fueron de náuseas y vómitos a las 10 h. de la intervención,

solicitando ECO abdominal y confirmando abdomen agudo. El paciente fue trasladado al Hospital La Paz donde se le volvió a intervenir a las 20 h del día 23-10-08, cursando con un postoperatorio habitual y con seroma.

Por tales motivos consideramos que la asistencia ha sido prestada correctamente ya que la complicación ocurrida está descrita en la bibliografía, a pesar de su poca frecuencia, y la asistencia sanitaria prestada a la vista de dicha complicación fue de carácter inmediato.

Sin embargo, y a la vista de la documentación que existe en el expediente, comprobamos que falta el consentimiento informado para la intervención quirúrgica de colecistectomía, existiendo uno que se refiere a hernia y que no está fechado, consta la firma del paciente y tan solo el sello de una facultativa que, precisamente, no fue la que actuó en la operación”

Conforme a lo expuesto concluye que “*la actuación médica ha sido correcta pero falta el consentimiento informado, aunque tenemos que dar por hecho que el paciente fue informado verbalmente y que la actuación sanitaria hubiera sido la misma que la realizada*”.

Igualmente se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia al reclamante mediante escrito notificado el día 16 de diciembre de 2010, tal y como establecen los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP. En cumplimento del referido trámite el reclamante formula alegaciones el día 5 de enero de 2011 en las que se ratifica en los hechos y fundamentos de su escrito inicial.

Tras el referido trámite de audiencia consta en el expediente la incorporación de los documentos de consentimiento informado relativos al reclamante: consentimiento informado para el tratamiento quirúrgico de la hernia firmado por el paciente y que carece de fecha; consentimiento

informado para anestesia general/local-regional/sedación, firmado por el reclamante el día 25 de septiembre de 2008 y consentimiento informado para intervención quirúrgica urgente por “*abdomen agudo*” firmado por el interesado el 23 de octubre de 2008 (folios 156 a 162 del expediente).

Consta también la incorporación de un nuevo informe de 27 de septiembre de 2012 del médico que atendió al reclamante en el Centro de Salud José Marvá, en el que señala que el documento de consentimiento informado que se le entregó al paciente fue equivocado, pero que el protocolo que suele seguir antes de la entrega del documento es hacer la historia clínica e informar verbalmente al paciente de la cirugía que se le va a realizar.

Incorporada esta nueva documentación se confirió trámite de audiencia al reclamante. Mediante escrito presentado en una oficina de correos el 3 de diciembre de 2012 el interesado formula alegaciones en las que se ratifica en sus anteriores escritos y añade que la prueba de haber proporcionado al paciente información incumbe al facultativo que en este caso reconoce que le suministró un consentimiento equivocado, limitándose a informar que le proporcionó información verbal sin sustento probatorio alguno.

Finalmente, por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria –por delegación en la secretaría general del Servicio Madrileño de Salud, según Resolución 26/2010, de 28 de julio– se dictó propuesta de resolución en fecha 8 de julio de 2012 de diciembre de 2011, en la que se desestima la reclamación indemnizatoria presentada por entender que la asistencia sanitaria prestada fue correcta y que a pesar de la falta de consentimiento informado para la colecistectomía laparoscópica, hay elementos de juicio suficientes para entender que la información se suministró al paciente de forma verbal.

CUARTO.-Del examen de la historia clínica del paciente y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos, que se consideran de interés para la emisión del dictamen, admitiéndose en lo sustancial los consignados en la propuesta de resolución:

El paciente, de 54 años de edad en el momento de los hechos, es visto en el Centro de Salud José Marvá el día 28 de mayo de 2008 por la doctora O. En la anamnesis se anota que desde hace 3 años, el paciente presenta historia de cólicos biliares y digestivos de un pólipos vesicular que ha ido creciendo. Se escribe que es remitido por el Servicio de Digestivo para operarse. Se emite el juicio diagnóstico de pólipos vesicular por aumento de tamaño. Se cursa solicitud de ingreso para intervención programada de colecistectomía y se entrega consentimiento informado para el tratamiento quirúrgico de la hernia.

El 25 de septiembre de 2008 se realiza valoración preanestésica y el reclamante firma el documento de consentimiento informado para la anestesia. También consta en el expediente el documento de consentimiento informado para el tratamiento de la hernia firmado por el paciente pero no figura fechado.

El reclamante es intervenido el 22 de octubre de 2008 en el Hospital Carlos III. En la hoja de protocolo quirúrgico se anota el diagnóstico preoperatorio (colelitiasis) y tipo de intervención (colecistectomía). También se escribe la sistemática de desarrollo de la intervención, colecistectomía laparoscópica sin incidencias.

En las hojas de evolución en el postoperatorio inmediato a las 14:26 horas del día 22 de octubre de 2008 se anota que el paciente se encuentra afebril y con constantes estables. Ese mismo día a las 18 horas se pone Perfalgan por dolor. Se levanta y se marea por lo que se queda acostado ya que comienza con mareos y sudoración fría. Mantiene constantes. A las 19

horas vomita por lo que es valorado por cirujano. Se pauta dieta absoluta y se pasa sueroterapia. No realiza diuresis espontánea por lo que realiza vesical evacuador.

El día 23 de octubre de 2008 a las 4:00 horas el paciente se encuentra afebril y con constantes estables. Avisa por gases. No presenta vómitos, continua en dieta absoluta. Resto sin incidencias. A las 8:30 presenta vómitos biliosos. Dolor abdominal moderado. Se realiza ecografía abdominal con líquido en Douglas y analítica con leucocitosis (20.000) y amilasa de 416. Se cursa traslado al Hospital Universitario La Paz para seguimiento por el Servicio de Cirugía General.

El reclamante ingresa el 23 de octubre de 2008 en el Hospital Universitario La Paz. Se anota como motivo de consulta la perforación del intestino delgado. A la exploración física presenta dolor generalizado a la palpación. Se realiza TAC que se informa como perforación intestinal. El paciente firma consentimiento informado para intervención quirúrgica urgente en el que se detalla en que consiste el procedimiento, como se realiza y los objetivos que persigue. También constan los riesgos de la intervención, entre los que figuran como más frecuentes, entre otros, hemorragias, infecciones, formación de coágulos sanguíneos o dehiscencia de suturas.

Ese mismo día a las 19:35 horas es intervenido de la perforación intestinal mediante resección de aproximadamente 3-4 cm del intestino delgado. La operación cursa sin incidencias. El postoperatorio inmediato cursó con una pequeña infección de la herida quirúrgica que fue resuelto satisfactoriamente y el evolutivo restante cursó con normalidad, siendo dado de alta el 6 de noviembre de 2008.

El reclamante acude el 1 de diciembre de 2008 al Centro de Salud Mental Maudes a primera consulta. Se anota que presenta sintomatología

compatible con trastorno ansioso-depresivo que relaciona con intervención quirúrgica y complicaciones derivadas de la misma. Se pauta tratamiento y revisión.

El reclamante permaneció de baja laboral hasta el día 30 de diciembre de 2008 en el que recibió el alta por mejoría que permite trabajar.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de “*Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada*”.

En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial presentada se ha cifrado por el reclamante en 103.379,68 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello –el consejero de Sanidad-, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

SEGUNDA.- El reclamante solicita indemnización por los daños y perjuicios que se le han causado por los hechos descritos en los antecedentes de hecho, concurriendo en el la condición de interesado, en

virtud de los artículos 31 y 139.1 de la LRJ-PAC. La reclamación se presentó por un abogado en nombre de J.P.L., habiendo quedado debidamente acreditado en el expediente el poder de representación que se ostenta del perjudicado.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará “*desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”, lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que constituye una aplicación de la teoría de la «*actio nata*», recogida en el artículo 1969 del Código Civil («*actioni nondum natae, non prescribitur*»).

En el presente caso, debe entenderse ejercitado el derecho en plazo legal pues el interesado formula su reclamación el día 27 de noviembre de 2009 por una supuesta deficiente asistencia sanitaria que tuvo lugar el día 22 de octubre de 2008 cuando se realizó al reclamante una colecistectomía, que requirió el día siguiente una posterior intervención quirúrgica, de la que fue dado de alta hospitalaria el 6 de noviembre de 2008 y lo obligó a permanecer de baja laboral hasta el 30 de diciembre de ese año, debiendo considerarse esta última fecha, en este caso y a falta de otra documentación, como de determinación de las secuelas. En este sentido se ha manifestado nuestra jurisprudencia, así la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2011 cuando al referirse al alta laboral señala que “*este es el*

momento en que las secuelas han quedado determinadas y cuando además comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización- lo que no excluye que en atención a las circunstancias especiales concurrentes en casos determinados pueda apreciarse que el plazo de prescripción se inicia en un momento posterior por resultar necesarias ulteriores comprobaciones para determinar el alcance de las secuelas... ”.

En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Como se dijo *supra*, se ha recabado y evacuado informe de los servicios médicos afectados, cuya preceptividad resulta del artículo 10.1 del RPRP. Igualmente se ha recabado y evacuado el informe de la Inspección Sanitaria. Asimismo, se ha dado trámite de audiencia al interesado, de conformidad con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

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

Se ha de señalar que se ha superado con creces el plazo de seis meses que para la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial establece el artículo 42 de la LRJ-PAC, en relación con el artículo 13 del RPRP. La superación del plazo previsto no dispensa a la Administración de la obligación de resolver (artículo 43.1 de la LRJ-PAC) ni, en consecuencia, a este Consejo Consultivo de emitir su dictamen preceptivo.

TERCERA.- Como reiteradamente afirmamos, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución, y por el título X, capítulo primero, además de la disposición adicional 12^a, de la LRJ-PAC y por el RPRP. La doctrina de la Sala Tercera del Tribunal Supremo sobre responsabilidad patrimonial de la Administración -v. Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de

abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008-, entiende que esa responsabilidad comporta el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión resulte del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: 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, alterándolo, en el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, aunque, como se acaba de decir, es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, es que se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, no sólo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese

criterio básico, siendo obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, el resultado.

Además, en materia de daños causados como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria, es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las sentencias de 20 de marzo de 2007 (recurso 6/7915/03), 7 de marzo de 2007 (recurso 6/5286/03), 16 de marzo de 2005 (recurso 6/3149/01) que “*a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente*”, por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debiendo éste reunir además la condición de antijurídico.

CUARTA.- En el supuesto sometido a consulta, el reclamante reprocha a la Administración una deficiente asistencia sanitaria, por haber sufrido una perforación intestinal tras la realización de una colecistectomía en el Hospital Carlos III de Madrid, que en su opinión pasó inadvertida para los profesionales sanitarios que le atendieron en el postoperatorio inmediato, a lo que imputa en una relación de causa- efecto los periodos de incapacidad y secuelas que padece. De igual manera, el reclamante reprocha no haber sido debidamente informado de la citada intervención de colecistectomía pues se le suministró un documento de consentimiento informado para una intervención distinta relativa al tratamiento de la hernia.

No resulta controvertido en el expediente que el reclamante sufrió una complicación propia de la intervención que se llevó a cabo en el Hospital

Carlos III el día 22 de octubre de 2008. En este punto el informe del servicio implicado en el proceso asistencial del reclamante señala que la intervención que se practicó, colecistectomía laparoscópica, es un procedimiento de cirugía mayor, aunque se realice con incisiones parietales pequeñas y que entre las complicaciones postoperatorias inmediatas una es la perforación digestiva (estómago, duodeno, intestino delgado y colon) por los trocares, con una incidencia entre el 0,05 y 0,09%. En el mismo sentido se manifiesta la Inspección Sanitaria cuando señala que la complicación a pesar de su poca frecuencia está descrita en la literatura como propia de la intervención que se practicó al reclamante.

No existe en el expediente indicio alguno de que la intervención se realizara de manera inadecuada, sin que el reclamante, a quien corresponde la carga de la prueba haya aportado prueba alguna que acredite que la actuación de los facultativos en la asistencia que dispensaron al interesado, contraviniere los dictados de la *lex artis ad hoc*. En este punto la hoja correspondiente al protocolo quirúrgico de la intervención no da cuenta de ninguna incidencia durante la misma. La Inspección Médica no cuestiona la buena praxis en la realización de la colecistectomía concluyendo que la asistencia que se le prestó a J.P.L. fue correcta.

Por lo que se refiere al retraso en la detección de la perforación y en la aplicación del tratamiento, la historia clínica y los informes que obran en el expediente acreditan que el reclamante fue correctamente diagnosticado y tratado en función de la clínica que presentaba en cada momento. En este sentido, la historia clínica muestra una sintomatología sospechosa de perforación intestinal a primera hora del día 23 de octubre de 2008, cuando el paciente presenta vómitos biliosos y dolor abdominal moderado, momento en el que se pauta la realización de una ecografía abdominal que muestra unos resultados que evidencian la perforación intestinal y hacen preciso el traslado del paciente al hospital de referencia para su tratamiento

urgente, que se llevó cabo ese mismo día mediante la realización de una resección intestinal. En esta apreciación sobre la corrección en el diagnóstico y tratamiento coincide la Inspección Médica cuando subraya que “*la atención sanitaria prestada a la vista de dicha complicación fue de carácter inmediato*”.

Conforme lo hasta aquí expuesto, cabe concluir que frente a la ausencia de pruebas por parte del reclamante, los informes médicos que obran en el expediente y la historia clínica descartan una mala praxis en el caso que nos ocupa, por lo que los daños aducidos por el reclamante no revisten el carácter de antijurídicos y por tanto no serían indemnizables.

QUINTA.- Resulta preciso analizar a continuación el aspecto formal de la actuación médica en relación con el reproche del reclamante relativo a que no se le informó de la intervención y de los riesgos y complicaciones posibles de la colecistectomía. En este punto hay que señalar 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, de Autonomía del Paciente y Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica (en adelante, Ley 41/2002). Más adelante, 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*”.

Podemos citar en este punto la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 9 de octubre de 2012, recurso 5450/2011 que afirma:

"Una constante jurisprudencia (Sentencias de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002, 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003, de 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008, sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008 insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

En fecha reciente el Tribunal Constitucional ha declarado (FJ 7º) en su STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011, estimando un recurso de amparo por quebranto de los arts. 15 y 24.1. CE que "no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad".

Nuestra jurisprudencia (SSTS 29 de junio 2010, rec. casación 4637/2008, 25 de marzo de 2010, rec. casación 3944/2008), sostiene que no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales.

Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar una vez iniciada una asistencia hospitalaria con cambio de centro médico y tipo de anestesia.

En el presente caso, los motivos de impugnación deben ser desestimados, pues la información ofrecida al paciente no está documentada, por lo que debemos considerar que la información, de forma entendible y concreta respecto de las específicas secuelas que

podía acarrear la operación, no se constata que se halla ofrecido. No se ha documentado que se halla ofrecido cumplida información respecto de las posibles secuelas que podría acarrear la operación a que fue sometido el paciente.

Y la ausencia de consentimiento informado, en este caso y dados los límites propios de este recurso, genera responsabilidad de la administración.”

Y la Sentencia de la misma Sala de 20 de noviembre de 2012, recurso 5870/2011 que afirma, con absoluta nitidez, que:

“en cuanto a la falta de consentimiento informado, a su insuficiencia en lo relativo a las concretas secuelas derivadas de la intervención hemos indicado en nuestra reciente sentencia de fecha 26 de marzo de 2012, recurso 3531/2010, que partimos de que consentimiento informado supone “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” (art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). También es evidente la necesidad de informar sobre posibles riesgos (art. 8.3 Ley 41/2002). Y señalábamos en dicha sentencia: «Resulta claro que tanto la vigente regulación, más detallada y precisa, como la anterior coinciden en un punto esencial, esto es la exigencia del “consentimiento escrito del usuario” (art. 10.6. Ley General de Sanidad, 14/1986, art. 8.2. Ley 41/2002) para la realización de intervenciones quirúrgicas. Si bien actualmente también se prevea respecto de 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. Todo ello, a salvo claro está de situaciones en que deban adoptarse decisiones urgentes adecuadas para salvar la vida del paciente o cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones... ”.

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*”.

En el caso sometido a dictamen, no resulta controvertido en el expediente, pues así lo reconocen los informes médicos recabados en el curso del procedimiento, que el paciente no firmó consentimiento informado para la intervención de colecistectomía, habiéndosele proporcionado un documento para una intervención distinta a la practicada. Los servicios implicados en el proceso asistencial del reclamante argumentan en su descargo que al paciente se le suministró información oral tanto en el Centro de Salud donde se pautó la intervención como con carácter previo al acto quirúrgico por parte del cirujano que realizó la intervención.

Con arreglo a lo establecido en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002, este Consejo Consultivo entiende que la intervención a la que fue sometido el paciente requiere consentimiento por escrito del enfermo.

Como hemos expuesto anteriormente, en el expediente no consta documento escrito en el que el paciente prestara su consentimiento a la colecistectomía. Sobre la constancia escrita del consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2012 (recurso 8/2010) señala lo siguiente:

“Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, invocada en su defensa por la Administración recurrida (...) es criterio de esta Sala, de una parte, según se ha indicado, que no se «excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito» y, de otra, que la exigencia de forma escrita para el consentimiento, al igual que para la información a facilitar, tiene un valor "ad probationem" por lo que siempre que se justifique el consentimiento o la prestación de la adecuada información en forma oral será tal acreditación suficiente, y ello aunque se trate de una intervención quirúrgica para las que la Ley exige consentimiento por escrito, pues, ya bajo la vigencia de la primitiva redacción del artículo 10 de la citada Ley General de Sanidad , que para todo supuesto necesitado de consentimiento informado exigía la forma escrita, esta Sala declaró cumplida esta exigencia legal aun cuando el consentimiento fuera prestado en forma oral”.

Conforme lo que acabamos de exponer, la falta de constancia escrita del consentimiento informado invierte la carga de la prueba, pues exige que sea el médico –en nuestro caso, la Administración Sanitaria:

“quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, como corolario lógico de que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que integran, además, una de sus obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad a la intervención”.

En el presente caso, no hay constancia alguna en la historia clínica remitida por el hospital que corrobore la afirmación de los servicios implicados en el proceso asistencial del reclamante, de que el interesado fuera informado, siquiera de forma oral de los específicos riesgos y secuelas que podría acarrear la intervención que se le iba a practicar, por lo que es razonable concluir que no se informó adecuadamente al reclamante de todos los extremos que éste tenía derecho a conocer, en orden a prestar adecuadamente su consentimiento a someterse a la cirugía de que fue objeto.

El daño causado merece la consideración de daño moral, como este Consejo Consultivo ha mantenido, entre otros, en sus dictámenes 429/10 y 299/11, debiendo para valorarse, ponderarse todas las circunstancias concurrentes, dado que se carece de parámetros o módulos objetivos (vid. STS de 3 de enero de 1990 y las posteriores).

Dado que el objeto del resarcimiento se circumscribe al derecho del interesado a haber sido informado adecuadamente de los riesgos de la intervención y las alternativas existentes a la misma, y a consentir voluntariamente a su práctica, considera este Consejo que procede indemnizar al reclamante con la cantidad de 3.000 euros, idéntica a la que este Consejo viene concediendo en casos similares, por daño moral.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada debe ser estimada parcialmente, correspondiendo satisfacer al reclamante la suma de 3.000 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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN, EL CONSEJERO, D. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS

«Andrés de la Oliva Santos, Consejero electivo del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del

Reglamento Orgánico de dicho Consejo y con el mayor respeto a la decisión mayoritaria, formulo voto particular discrepante respecto del dictamen nº 375/13, por el que finaliza el expediente 360/13 de este Consejo.

El dictamen propone una indemnización de 3.000 (TRES MIL) € por el daño moral que supondría la ausencia de documento en que conste el consentimiento informado del reclamante a una operación de colecistectomía laparoscópica, consentimiento informado que se considera necesario por tratarse de una operación invasiva. Tras esta operación, que se valora como indicada y realizada sin apreciar mala praxis, fue necesaria una segunda intervención quirúrgica, por perforación intestinal, que asimismo es considerada indicada y llevada a cabo sin que se aprecie infracción de la *lex artis*.

No discrepamos, sino que concordamos con estos juicios sobre las dos cirugías. El motivo de nuestra discrepancia es la completa ausencia de valoración de un hecho singular en el caso, que es la existencia en el expediente de un documento relativo al consentimiento informado respecto de una operación de hernia, documento que aparece firmado por el reclamante. Este documento se encuentra en el lugar en que debería aparecer el relativo a la colecistectomía laparoscópica.

Se trata de un hecho digno de consideración porque nunca, s. e. u. o., este Consejo Consultivo se ha encontrado un caso similar, ni nos ha sido posible localizarlo en la jurisprudencia. De ordinario, la ausencia de prueba del consentimiento informado requerido se manifiesta en la falta del documento que deja constancia de que al paciente se le informó y de que éste, mediante su firma, prestó su consentimiento. De ahí que, a nuestro entender, esta rareza del caso dictaminado no merezca sólo ser mencionada de pasada y tratada como algo irrelevante. El dictamen debería contener al menos un intento de explicación, que sin embargo, no contiene.

Personalmente, entiendo que del documento erróneo de consentimiento firmado por el reclamante, cabe inferir, conforme a las reglas de la sana crítica, que tanto la médico que presentó ese documento al reclamante, como éste mismo al firmarlo, incurrieron en un error material por la precipitación ante un formalismo. Cabe descartar que el reclamante, que no ha impugnado la autenticidad de su firma, firmase ese documento tras leerlo con un mínimo de detenimiento, porque no hubiese consentido someterse a una operación de hernia, dado que la existencia de una hernia no aparece en el expediente ni siquiera como remota sospecha. La firma del reclamante resulta explicable, en cambio, si, como dicen los facultativos, al reclamante se le proporcionó información verbal sobre la colecistectomía y él pensó que con el papel que firmaba como formalidad aceptaba las consecuencias de esa información.

Así, pues, podríamos encontrarnos en el trance de considerar acreditada la información y el consentimiento por el mecanismo de las presunciones no legales (art. 386 de la Ley de Enjuiciamiento Civil): el hecho del documento firmado relativo a la operación de hernia sería el indicio (*hecho indicio*) del que cabría deducir como ciertos la información (verbal, como la admite la ley) y el consentimiento del reclamante (*hecho presunto*) a lo que en el caso estaba planteado: la operación de colecistectomía laparoscópica. A ese hecho-indicío principal se añadirían otros dos que lo apoyan: la verosimilitud de lo afirmado por los médicos sobre el error cometido con el impreso de consentimiento informado y el hecho de que en ningún caso se atreva el reclamante a afirmar que pensaba que iba a ser operado de hernia. Por lo que hemos expuesto en el párrafo anterior, se daría un enlace preciso y directo entre los hechos-indicío y el hecho-presunto, porque sólo así se explicaría un hecho cierto sumamente raro, que es el documento firmado de consentimiento respecto de una hernia.

“Las reglas del criterio humano” mencionadas en el citado art. 386 LEC no son otras que las reglas que utilizan los seres humanos para juzgar y discernir con acierto. Son reglas de lógica y de experiencia (común o científica) repetida infinidad de veces, que resultan un instrumento indispensable para la vida siempre que el sujeto tenga *criterio*, en el sentido de capacidad para discernimiento y adecuada relación entre los elementos de juicio que se presenten a su consideración. Estamos atribuyendo a los términos legales, no un sentido interesadamente torcido o sesgado, sino el que reconocen los diccionarios y el que deriva de la etimología griega (sobre todo a partir del verbo “κρίνω”).

El dictamen del que discrepamos parece basarse en la preferencia por una aplicación de la ley y de la doctrina jurisprudencial conforme a la praxis habitual: ausencia de documento en que conste el consentimiento informado para la operación quirúrgica realizada, *ergo* infracción de la *lex artis*, daño moral e indemnización por ese daño. Afrontando la posibilidad de un error presuntivo, que, sin embargo, no se nos ha señalado, hemos entendido que el caso concreto requería la consideración de la tan repetida circunstancia singular. Al omitirse esa consideración, no hemos podido sumar nuestro voto al de la mayoría, que, no obstante, respetamos y acatamos.

Madrid, 21 de septiembre de 2013».

Madrid, 30 de septiembre de 2013