

Dictamen nº: **396/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **13.07.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 13 de julio de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por P.G.D., sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid como consecuencia, supuestamente, de una incorrecta atención sanitaria dispensada en el Hospital Infanta Sofía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en la ventanilla única del Ayuntamiento de San Sebastián de los Reyes el 9 de abril de 2010 y registrado de entrada en el Servicio Madrileño de Salud el 15 de abril de 2010, se reclama responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, al entender el reclamante que la pérdida de olfato y lagrimeo que padeció en el posoperatorio de una intervención quirúrgica son consecuencia de una perforación del tabique nasal durante la misma y de la que tuvo que ser reintervenido en otro centro sanitario.

No determina cantidad indemnizatoria.

SEGUNDO.- De la historia clínica y la documentación obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos:

El paciente nacido el 3 de abril de 1943 presenta como antecedentes personales: rinoseptoplastia hace 25 años (de la que no quedó satisfecho); intervenciones quirúrgicas de hemorroides, hernia inguinal derecha, menisco izquierdo; hernia de hiato; pólipos rectales, dos de ellos con criterios de malignidad pendiente resultado de colonoscopia; hipercolesterolemia en tratamiento con dieta; hipertensión arterial en tratamiento farmacológico; y depresivo.

El perjudicado es reintervenido quirúrgicamente en el Hospital Infanta Sofía el 14 de abril de 2008 de rinoseptoplastia, la primera intervención tuvo lugar veinticuatro años antes en el Hospital Ramón y Cajal, con resultado no satisfactorio, motivo por el cual se efectúa esta nueva operación.

En el evolutivo de otorrinolaringología correspondiente al 12 de mayo de 2008 consta que el paciente presenta diferencia en la ventilación de ambas fosas, sensación de frío, fuelle en cada oído no está bien del todo. Abundantes costras en ambas fosas. Se recomienda aerosolterapia en fosas nasales y se pide TAC de senos paranasales por gran cefalea.

El 3 de junio de 2008 el paciente refiere estar muy preocupado respecto a la cirugía, piensa que ha habido anomalías respecto al quirófano, se encuentra muy raro y las manos y los pies se le quedan fríos y tiene que dormir con calcetines. Respiratoriamente se encuentra mejor. Menos costras. Continúa la aerosolterapia por rinitis con costras secas.

El 12 de junio de 2008 consta que tras la rinoplastia el paciente presenta cefalea, halitosis y mal estado general. Además de frialdad de mano y taquicardia. Tras la expulsión de material hemotopurulento por la nariz, la sintomatología ha cedido casi en su totalidad. Se realiza TAC craneal con resultados normales.

Se le detecta infección nasal que, a fecha 3 de julio de 2008, está controlada.

En la consulta de 9 de julio de 2008 refiere que se manipuló con un bastoncillo para arrancar las costras con mejoría posterior. La rinoscopia indica “*perforación septal central de pequeño tamaño con costras locales. Se pautan lavados nasales una o dos veces al día*”.

El paciente no acude a revisión el 8 de septiembre. Vuelve el 24 de septiembre de 2008. Se ha notado comunicación entre fosas nasales al lavarse y al introducirle los bastoncillos. Se realiza fibroscopia que muestra perforación en tercio medio pequeña, bordes netos. No costra local. Se recomienda continuar con lavados nasales y vaselina o pomadas nasales. El médico insiste en que no se toque la nariz.

En la consulta de 26 de noviembre de 2008 comenta que se encuentra mejor, que ha tenido “anomalías” después de la operación que han desaparecido, excepto sensación de rinorrea, que no se acompaña de mocos, aunque refiere que se le forma costra. Persiste una pequeña perforación septal. Se vuelve a recomendar no traumatizar “hurgándose” con los bastoncillos de algodón.

El paciente es visto en el servicio de otorrinolaringología del Hospital La Paz el 20 de abril de 2009 para una segunda opinión, siendo reintervenido para cerrar la perforación del tabique nasal.

TERCERO.- Ante la reclamación, se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. En fase de instrucción se han recabado los informes médicos que conforman la historia clínica del paciente (folios 9 a 147), el del servicio supuestamente causante del daño, concretamente el informe del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital Infanta Sofía de 20 de octubre de 2010 (folios 148 a 150) y el informe del Servicio de Medicina Interna del mismo centro hospitalario de 18 de

marzo de 2011 (folio 156), así como los documentos de consentimiento informado (folios 46, 112 y 129).

También se ha incorporado el Informe de la Inspección Sanitaria (folios 151 a 155), de 14 de diciembre de 2010 con las siguientes conclusiones:

“Los pacientes que padecen insuficiencia respiratoria nasal de larga evolución presentan un grado menor o mayor de atrofia de la mucosa nasal.

Puede ocurrir que, en algún caso, después de la intervención de septoplastia no encuentran la mejoría esperada.

En estas situaciones si que se produce una mejoría del paso del aire por la nariz, pero el paciente no es capaz de percibirla por la atrofia.

También hay que tener en cuenta que la cicatrización definitiva puede retrasarse hasta los 18 meses pero en este caso particular en el que el Sr. [...] utilizaba bastoncillos nasales, ha podido producir un retraso más acusado de esa cicatrización, y aumentar la sensación de alteraciones respiratorias nasales.

Por tanto, mi opinión, es que la asistencia sanitaria prestada en el Hospital Infanta Sofía ha sido adecuada”.

Por escrito de 14 de febrero de 2011, notificado el 21 de febrero, se requiere al interesado para evacuar el trámite de audiencia. No consta que en uso del indicado trámite se hayan presentado alegaciones.

El 13 de abril de 2011, se formula por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria propuesta de resolución desestimatoria, que es informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad.

CUARTO.- En este estado del procedimiento y mediante orden del Consejero de Sanidad, de 6 de junio de 2011, que ha tenido entrada el 9

del mismo mes, se formula consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 13 de julio de 2011.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, en soporte cd, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en los antecedentes de hecho anteriores.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC) por ser superior indeterminada la cuantía de la reclamación, y se efectúa por el Consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesado, y su tramitación se encuentra regulada en 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 (LRJ-PAC), desarrollados en 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.

Ostenta el reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por ser la persona directamente afectada por el daño.

Igualmente cabe afirmar la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto que el Hospital Infanta Sofía se halla integrado en la red sanitaria pública de la citada Comunidad.

Por lo que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad, el artículo 142.5 LRJ-PAC establece el plazo de prescripción de un año, que debe computarse, tratándose de daños físicos o psíquicos desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. La asistencia sanitaria discutida tuvo lugar el 14 de abril de 2008, pero hubo de ser reintervenido quirúrgicamente el 28 de mayo de 2009, produciéndose la estabilización de las secuelas en fecha posterior, por lo que se encuentra en plazo la reclamación presentada el 9 de abril de 2010.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha practicado la prueba precisa, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y 82 y 84 de la Ley 30/1992.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *“los particulares, en los*

terminos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos". La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y el artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económico e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -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- para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económico 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.

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 es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

QUINTA.- Aplicando la anterior doctrina, y acreditada la realidad del daño mediante los informes médicos obrantes en la historia clínica, daño que es evaluable económicamente e individualizado en la persona del reclamante, la cuestión se centra en dilucidar si las secuelas físicas padecidas son imputables a la actuación de los servicios sanitarios.

Para ello es necesario valorar si la intervención sanitaria cuestionada se ajustó a los parámetros de la *lex artis*, esto es, si se acomodó a una buena práctica médica, lo que enervaría la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, porque de acuerdo con una larga y consolidada jurisprudencia “*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*” (Sentencias del Tribunal Supremo 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-), o lo que es lo mismo, no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.

No puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -recurso 4067/2000- entre otras), si bien la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante (así las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre -recurso 3071/03- y 2 de noviembre de 2007 -recurso 9309/03- y 7 de julio de 2008 -recurso 3800/04-).

En el caso que nos ocupa la adecuación a la *lex artis* que de los informes obrantes en el expediente se infiere no ha sido contradicha por el reclamante con medios probatorios, que no aporta ni propone ninguna prueba, más allá de sus propias alegaciones, de la vulneración de las buenas prácticas médicas por la actuación sanitaria de la que pudiera derivarse resultado indemnizatorio para la Administración.

Por el contrario, de los informes que constan en el expediente se deriva la adecuación de la actuación sanitaria a las correctas prácticas de la medicina. En efecto, del Informe de la Inspección Sanitaria se desprende que la asistencia sanitaria prestada en el Hospital Infanta Sofía se desarrolló sin infracción de la *lex artis*.

Considera el reclamante que no fue realizada correctamente la septoplastia a la que fue sometido, pues a resultas de la misma padeció perforación del tabique nasal, infección nasal, fuertes dolores de cabeza y halitosis, así como abundantes costras en la nariz. Entiende que ni la perforación de tabique ni la infección nasal fue detectada en el Hospital Infanta Sofía, teniendo que acudir al Hospital La Paz, donde fue diagnosticado de la perforación y tratado mediante una segunda

intervención quirúrgica. Por ello, alega que no fue debidamente tratado ni se le hicieron las pruebas oportunas para detectar las patologías padecidas.

Sin embargo, un examen de la historia clínica del paciente pone de manifiesto que con posterioridad a la intervención quirúrgica de septoplastia, y ante los síntomas que padecía se le realizaron diversas pruebas tales como otoscopia y TAC de senos paranasales, que resultaron normales. En consultas posteriores refiere otros síntomas como frialdad de manos, taquicardia e hipertensión, por lo que es remitido a medicina interna para descartar una alteración orgánica. Se le realiza TAC craneal en el que no se aprecian alteraciones en los senos paranasales y no se visualizan los maxilares. En medicina interna le realizan analítica, radiografía de tórax y ecografía abdominal, pruebas cuyos resultados fueron normales.

En la nota de evolución correspondiente a la consulta de 3 de julio de 2008 se anota en el juicio clínico “*infección nasal controlada*”, lo que viene a contradecir la manifestación del reclamante de que no se le detectó la infección nasal.

Asimismo, la alegación de que la perforación del tabique pasó desapercibida resulta desmentida por la anotación de la consulta de 24 de septiembre de ese mismo año, en que consta como resultado de la fibroscopia “*perforación en tercio medio pequeña*”. En la siguiente consulta se anota que “*está mejor, refiere que ha tenido <<anomalías>> después de la operación que han desaparecido, excepto sensación de rinorrea*” y se vuelve a hacer consta que “*persiste pequeña perforación septal*”. Se recomienda revisión en seis meses, sin que el paciente acudiera a la misma.

Por otra parte, no puede pasarse por alto que la propia actitud del reclamante pudo influir en el curso causal de los acontecimientos. Obra en las hojas de seguimiento de la consulta diversas anotaciones relativas a que el paciente se manipulaba la nariz con bastoncillos. En efecto, se anota en la consulta de 9 de julio, de 24 de septiembre y de 26 noviembre de 2008 (la

última a la que acudió) y también consta que se le insiste en que no lo haga, a pesar de lo cual no siguió las recomendaciones médicas (folios 24 a 26).

Sobre la influencia de esta circunstancia en la evolución del postoperatorio se pronuncia el informe del Servicio de Otorrinolaringología al señalar que *“en relación con la perforación septal, es posible incluso que fuera producida de forma traumática por el propio paciente en el posoperatorio inmediato por una incorrecta manipulación de la mucosa septal en pleno proceso de cicatrización. De hecho el paciente había sido informado de lo poco apropiado que resulta el uso de bastoncillos para la limpieza de mucosidad y costras nasales, pese a lo cual continuó usándolos”*.

En el mismo sentido la Inspección sanitaria analiza la incidencia de la actuación del perjudicado en la evolución de la enfermedad al indicar que *“la cicatrización definitiva puede retrasarse hasta los 18 meses, pero en este caso particular en el que [el reclamante] usaba bastoncillos nasales, ha podido producir un retraso más acusado de esa cicatrización, y aumentar la sensación de alteraciones respiratorias nasales”*.

SEXTA.- Ahora bien, aún en la hipótesis de que la actitud del perjudicado no influyera en la producción de la perforación septal, procede en este momento analizar si el daño padecido es o no antijurídico, porque la responsabilidad patrimonial requiere que el daño sea antijurídico, pasando a ser lesión en sentido jurídico, esto es que el perjudicado directamente no tenga la obligación jurídica de soportar el daño; y esta obligación concurre cuando existe la aceptación expresa del paciente o enfermo en el llamado consentimiento informado, por cuanto en los casos de actividad administrativa de prestación, como es la sanitaria, ésta se asume voluntariamente y se debe soportar su posible efecto adverso.

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. 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*”, añadiendo el apartado 2 del mismo artículo que “*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*”.

Del precepto legal transrito, se desprende la necesidad de prestar consentimiento por escrito en los casos, entre otros, de intervenciones quirúrgicas, como la que nos ocupa.

En relación a la constancia escrita del consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2005 señala que “*La exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor «ad probationem» (SSTS 2 octubre 1997; 26 enero y 10 noviembre 1998; 2 noviembre 2000; 2 de julio 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS 2 de noviembre 2000; 10 de febrero de 2004), habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003, que «al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte», como exige la Ley de 14 de noviembre de 2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que constituye el marco normativo actual; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en*

la forma que previenen los números 5 y 6 del artículo 10 la Ley General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos... ”.

Respecto de la prueba de la prestación del consentimiento informado en la forma debida, en aplicación de la doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria, recogida en el artículo 217.7 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, “*es a la Administración a quien correspondía demostrar que la paciente fue informada de los riesgos de la operación (hecho positivo) y no la paciente la que tenía que probar que la Administración no le facilitó esa información (hecho negativo)*” [SSTS Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a, de 28 de junio de 1999 (recurso de casación número 3740/1995) y de 25 de abril de 2005 (recurso de casación número 4285/2001)].

En definitiva, la doctrina anterior, exige que sea 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, como establece la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 25 abril 1994; 16 octubre, 10 noviembre y 28 diciembre 1998; 19 abril 1999; 7 marzo 2000 y 12 enero 2001), y que hoy se resuelve a tenor de las reglas sobre facilidad probatoria contenida en el artículo 217.6 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge estos criterios jurisprudenciales*” (vid. STS de 29 de septiembre de 2005).

En el expediente a dictaminar no se ha incorporado el documento de consentimiento informado sobre la intervención quirúrgica de septoplastia.

Sin embargo, el propio perjudicado reconoce en su escrito de reclamación que lo firmó con carácter previo a la cirugía y que en él *“se describe la aparición de perforación septal como complicación típica de la septoplastia”*.

De esta forma el paciente quedaba informado de que, como consecuencia de la realización de la intervención quirúrgica se podían desencadenar esta secuela, como realmente sucedió, incluso en el supuesto de que la actuación médica fuera irreprochable desde la perspectiva de la *lex artis*.

En mérito a cuenta antecede el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por no concurrir los requisitos necesarios para ello.

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.

Madrid, 13 de julio de 2011