

Dictamen nº: **456/09**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **23.09.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 23 de septiembre de 2009 sobre la consulta formulada por el Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2.007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por C.G.C., en adelante “*la reclamante*”, por los daños y perjuicios ocasionados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios sanitarios.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito de fecha 6 de julio de 2006, la reclamante solicita una indemnización de daños y perjuicios por un presunto retraso en el diagnóstico y error quirúrgico en el tratamiento de una apendicitis aguda (cicatriz dolorosa resistente a tratamiento analgésico), por los que la reclamante tuvo que someterse a una intervención quirúrgica posterior para la implantación de electrodos (subcutáneos y percutáneos), para paliar los fortísimos dolores que padecía. Asimismo, manifiesta que no fue informada de las posibles complicaciones que conllevaba la práctica de una appendicectomía laparoscópica.

No cuantifica el importe de la indemnización que reclama.

La Historia Clínica de la paciente y restante documentación médica obrante en el expediente, ponen de manifiesto los siguientes hechos:

La reclamante, de 23 años y sin antecedentes patológicos reseñables, ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario “*Ramón y Cajal*” de Madrid a las 00:32 horas del 18 de junio de 2005 por presentar un dolor abdominal continuo de varias horas de evolución, localizado en fosa ilíaca derecha. No presenta náuseas ni vómitos, con malestar general. Muestra abdomen blando, depresible, doloroso a la palpación en fosa ilíaca derecha e hipogastrio; sangre normal y orina moderada. Se dejó a la paciente en observación durante unas horas, mostrando mejoría en una nueva exploración. Las maniobras apendiculares resultaron negativas, y una nueva analítica muestra resultados normales, siendo dada de alta con recomendaciones.

A las 23:25 horas del mismo día, la paciente acude de nuevo a Urgencias del mismo Hospital, refiriendo dolor en fosa ilíaca izquierda, acompañado de anorexia, sensación de mareo, sin fiebre y sin síndrome miccional. El dolor es fijo, ni se irradia ni aumenta. La exploración física pone de manifiesto abdomen blando, depresible sin signos de irritación peritoneal. Analítica de sangre normal, orina bacteriuria, y ecografía abdómino-pélvica muestra mínima cantidad de líquido libre entre asas. Refiere dolor en la zona del apéndice, que se visualiza en su totalidad, resultando no compresible, con calibre normal, que no muestra criterios completos de apendicitis. Los preoperatorios son correctos y no contraindican la cirugía.

El 19 de junio de 2005 tiene lugar tratamiento quirúrgico, mediante appendicectomía laparoscópica con un trocar en región infraumbilical, en la que se colocan 2 trócares en la fosa ilíaca izquierda. Durante la intervención se exploran también ambos ovarios por el equipo de Ginecología de guardia, y la anatomía patológica muestra un apéndice cecal hiperémico, sin presencia de infiltrado inflamatorio agudo en la capa muscular. La evolución es favorable, y la paciente es dada de alta el 21 de junio de 2005.

La paciente acude de nuevo a Urgencias el día 7 de julio de 2005 por un nuevo dolor a nivel de la cicatriz de la laparoscopia en fosa ilíaca izquierda, siendo dada de alta con tratamiento sintomático y con diagnóstico de dolor posquirúrgico.

Vuelve a acudir a de nuevo el 14 de julio de 2005, presentando el mismo cuadro, y se pauta tratamiento similar con cambio de analgésico.

El día 24 de agosto de 2005 acude a la Unidad del Dolor de la Clínica “Puerta de Hierro”, remitida desde el Servicio de Urgencias por dolor localizado en fosa ilíaca izquierda en torno a la cicatriz del trocar de la appendicectomía laparoscópica. La paciente refiere que el dolor es de características neuropáticas en la región inguinal izquierda y fosa ilíaca izquierda, con sensación de alodinia e hiperpatía, pero sin dolor a la palpitación profunda. Es diagnosticada de “*neuralgia ilioinguinal izquierda*”, instaurando diversos tratamientos y proponiéndosele el implante de dos electrodos percutáneos en torno al área cicatricial. El alivio era cercano al 100%, por lo que procede a implantar un generador el 2 de febrero de 2006, y se le recomienda acudir a revisiones a la consulta de la Unidad.

SEGUNDO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con 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.

Se han cumplido los requisitos establecidos al efecto en dicho Real Decreto, incluido el trámite de audiencia, regulado en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en lo sucesivo “LRJ-PAC”, y 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de

marzo. Consta que en fecha 25 de julio de 2007 se dio traslado del expediente para que formulase alegaciones.

La inspección médica y la entidad aseguradora han emitido informes periciales sobre la asistencia médica dispensada, concluyendo que no se han evidenciado signos de mala praxis.

No existe consentimiento informado tal y como expone el escrito remitido por el Jefe del Servicio de Archivo y Documentación Clínica del Hospital.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó, el 18 de junio de 2009, propuesta de resolución desestimatoria, la cual fue informada favorablemente por los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

El 12 de marzo de 2007 se ha interpuesto recurso contencioso administrativo frente a la desestimación por silencio administrativo, al haber transcurrido más de seis meses desde la interposición de la reclamación administrativa, que se tramita ante la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Novena, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid procedimiento ordinario nº 87/2007, sin que hasta la fecha conste que se haya dictado sentencia.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 22 de julio de 2.009, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 29 de julio de 2009, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 23 de septiembre de 2009.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- La reclamante está legitimada activamente para formular reclamación que le indemnice por los daños físicos ocasionados por la supuesta deficiente asistencia sanitaria dispensada a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJ-PAC.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad de Madrid en cuanto titular de la competencia de prestación del servicio público sanitario en su ámbito territorial de actuación.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 142.5 de la LRJ-PAC el plazo para reclamar es de un año a contar desde que se ha producido el hecho o de manifestarse su efecto lesivo. La reclamación se ha interpuesto el 6 de julio de 2006 y la laparoscopia tuvo lugar el 19 de junio de 2005, sin embargo, como consecuencia de la misma tuvo que ser intervenida de nuevo el 2 de febrero de 2006, por lo que la reclamación se ha efectuado en plazo.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del gobierno y administración de la Comunidad de Madrid, se contempla en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, desarrollado en 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. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la Disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

Como se ha manifestado anteriormente, en el antecedente de hecho segundo, el procedimiento se ha tramitado correctamente, habiéndose cumplimentado adecuadamente el trámite de audiencia.

CUARTA.- Entrando en el análisis de los requisitos de 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 términos 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 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:

"1º.- 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.

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

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003), los requisitos en cuestión son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión, la calificación de este concepto viene dada no tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.

3º) Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se

refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma 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.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), y de 23 de febrero de 2009 (Recurso nº 7840/2004) que disponen que “*se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora*

universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos".

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), señala: "lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama *lex artis*".

Señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (Recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) 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". Resulta ello relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, no convierte a la Administración a través de esta institución, en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder solo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

QUINTA.- La reclamante funda su reclamación en la deficiente asistencia prestada que le ha generado unas secuelas. Queda acreditado que la práctica de la apendicectomía por laparoscopia le ha ocasionado una neuralgia ilioinguinal por lo que se le ha practicado una nueva intervención quirúrgica para la implantación de dos electrodos percutáneos en torno al área de la cicatriz.

De acuerdo con los informes, tanto de la Inspección médica como de la entidad aseguradora, suscrito por cuatro médicos especialistas en el aparato digestivo, la práctica de la laparoscopia diagnóstica resultó correcta ante la persistencia de los síntomas de apendicitis. Por lo tanto, no existió demora en el diagnóstico y la actuación médica fue acorde a la “*lex artis ad hoc*”.

Ahora bien, cuestión distinta es la lesión del nervio ilioinguinal que la reclamante ha padecido como consecuencia de la intervención quirúrgica realizada. Señala el dictamen pericial elaborado por los peritos de la compañía aseguradora que “*la lesión del nervio ilioinguinal durante la introducción de un trocar de la laparoscopia es muy escasa pero no cero. La introducción de los trocares es percutánea, sólo se abre la epidermis y dermis, por lo que es imposible determinar, si la introducción puede lesionar un nervio que apenas mide 2 mm. En otras ocasiones, la afectación nerviosa se produce al ser englobado el nervio en la cicatriz fibrosa secundaria a la introducción del trocar*” . El informe de la inspección médica dispone que “*la incidencia de la lesión neural tras un procedimiento quirúrgico en la zona inguinal oscila entre el 1 y el 4,2%, siendo los nervios más frecuentemente afectados el iliohipogástrico, ilioinguinal y genitofemoral. Estas lesiones originan con frecuencia cuadros muy dolorosos y difíciles de tratar*”. Concluyendo que la reclamante ha sufrido una de las secuelas descritas en una intervención quirúrgica abdominal como es la lesión del nervio ilioinguinal.

La cuestión estriba en que la reclamante no prestó su consentimiento a la práctica de la intervención quirúrgica por lo que no tuvo conocimiento de los posibles riesgos que la misma conllevaba. La propuesta de resolución estima que no hubo consentimiento informado por la urgencia de la intervención médica, sin embargo, este Consejo no puede compartir dicha conclusión por las razones que luego se expondrán.

El consentimiento informado, lejos de ser un mero trámite, constituye una parte de la asistencia sanitaria prestada al paciente, que se basa en el principio de autodeterminación, de libertad personal y de conciencia; en efecto, el consentimiento informado constituye una exigencia derivada de la autonomía individual de la persona-paciente y del poder de decisión inherente a la misma, tiene su esencia en que el enfermo, una vez recibida información suficiente y adecuada, ejerce libremente sus propias opciones, otorgando su consentimiento para la realización de las actividades diagnósticas o terapéuticas oportunas. Su creciente importancia se aprecia en la propia evolución de su marco normativo, pues la primera regulación de los artículos 10.5 y 10.6 de la Ley General de Sanidad de 1986, fue ensanchada inicialmente en el ámbito de la legislación autonómica (vid., entre otras, Decreto 175/1989, de 18 de julio, por el que se aprueba la carta de derechos y obligaciones de los pacientes y usuarios del Servicio Vasco de Salud; Ley 2/1998, de 15 de junio, de Salud de Andalucía ; Ley 8/2000, de 30 de noviembre, de Ordenación Sanitaria de Castilla-La Mancha ; Ley 12/2001, de Ordenación Sanitaria de la Comunidad de Madrid ; Ley gallega 3/2001, de 28 de mayo, de regulación de consentimiento informado y de la historia clínica de los pacientes, y otras normas posteriores), así como en diferentes Leyes que regulan ámbitos más concretos del consentimiento. La regulación del consentimiento informado ha sido reforzada por la Ley 41/2.002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, Ley que tiene la condición de básica,

según la disposición adicional primera, y que, tras derogar expresamente en su disposición derogatoria única el apartado 6 del artículo 10 de la Ley 14/1986, dispone en su artículo 8 que:

«1. 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.

2 . 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.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos».

La laparoscopia que se realizó el 19 de junio de 2005, tenía una finalidad diagnóstica ante la persistencia de síntomas de apendicitis, cuyo hallazgo fue un apéndice cecal ligeramente inflamado, cuyo diagnóstico final fue “*apéndice cecal hiperémico sin presencia de infiltrado inflamatorio agudo en la capa muscular*”. De acuerdo con el artículo 8.2, anteriormente transcrita, el consentimiento informado será verbal, salvo en los supuestos de intervenciones quirúrgicas o procedimientos diagnósticos o terapéuticos invasores, razón por la cual la laparoscopia debió ser objeto de consentimiento informado. No concurre el supuesto de urgencia vital que contempla el artículo 9.2 que se refiere a los supuestos de “*riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias*

lo permitan, a sus familiares o personas vinculadas de hecho a él". Como resulta de la historia clínica la paciente acudió a urgencias el 18 de junio de 2005 y la intervención tuvo lugar el 19 de junio, por lo tanto en el transcurso de un día puedo haberse obtenido el consentimiento informado de la misma.

Partiendo de lo expuesto, la jurisprudencia tiene declarado, así las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio (recurso 4415/04) y 1 de febrero de 2.008 (recurso 2033/03), que el defecto de consentimiento informado se considera un incumplimiento de la *lex artis* y, por consiguiente existiría un daño producido por el funcionamiento anormal del servicio público.

Procede a continuación, de conformidad con el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, la valoración de los daños para su cuantificación, lo que debe hacerse por imperativo del artículo 141.3 LRJAP-PAC con relación al momento en que la lesión efectivamente se produjo, es decir, junio del año 2005. La reclamante no cuantifica el importe de la reclamación. Hemos de atender tanto al daño moral como al físico, a la hora de realizar una valoración la jurisprudencia se ha decantado por una valoración global –sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 (RJ 8676), 15 de abril de 1988 (RJ 3072) y 1 de diciembre de 1989 (RJ 8992)- que derive de una “*apreciación racional aunque no matemática*”–Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990 (RJ 154)-, pues se carece de parámetro o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso. Por ello, se propone una indemnización por todos los conceptos, actualizada a la fecha, de 6.000 euros atendiendo al criterio sentado por este Consejo.

SEXTA.- La competencia para resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad según el artículo 142.2 de la Ley 30/1992 y 55.2 de la Ley de Gobierno y

Administración de la Comunidad de Madrid 1/1983, de 13 de diciembre, cuya Orden pondrá fin a la vía administrativa según el artículo 53.1 de la misma Ley. Contra dicha orden cabrá recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, según el artículo 10.1 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial debe ser estimada por concurrir los requisitos exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre y procede reconocer una indemnización, por todos los conceptos, de 6.000 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a 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.

Madrid, 23 de septiembre de 2009