

Dictamen nº: **464/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **07.09.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 7 de septiembre de 2011, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a nombre de A.A., al amparo del artículo 13.1.f) 1.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en solicitud de indemnización económica, por los daños morales ocasionados en el Hospital Severo Ochoa de Leganés por constar en su historia clínica datos sobre sus prácticas sexuales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 4 de julio de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen firmada por el consejero de Sanidad el día 24 de junio de 2011, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 459/11, 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.

Su 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 unanimidad por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 7 de septiembre de 2011.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por A.A., registrada de entrada en la Consejería de Sanidad el 10 de diciembre de 2010 (folios 1 a 5 del expediente).

Según la reclamante, con fecha 3 de septiembre de 2010 acudió a Urgencias del Hospital Universitario Severo Ochoa de Leganés debido a una situación de malestar, sospechando la reclamante que estaba aquejada de paludismo al haber estado de vacaciones en su país de origen Camerún. Señala que a consecuencia de ello se le hace un informe de alta en el que se hace constar que “la paciente” refiere haber tenido contactos sexuales múltiples con pacientes HIV (+). La reclamante refiere que tal afirmación es absolutamente falsa, ya que nunca hizo tal manifestación, señalando en su escrito que ni tan siquiera se abordó el tema de relaciones sexuales. La reclamante subraya que plasmar tales afirmaciones en los informes médicos supone un prejuicio derivado de la condición de nativa del África subsahariana, lo que denota a juicio de la reclamante un prejuicio racista por parte de la facultativa o el facultativo que le atendió, máxime cuando la dolencia que presentaba era absolutamente independiente de cualquier posible enfermedad de transmisión sexual.

A continuación, la reclamante señala que aún en el caso de que la circunstancia anteriormente señalada fuera cierta (extremo que niega de plano), hacer constar tal afirmación en los informes médicos supone, a su juicio, un atentado contra el derecho a la intimidad que debe regir entre médico y paciente, lo que supone un grave perjuicio a la reclamante toda vez que es una

persona casada y que a raíz de lo ocurrido, sufre un daño psicológico: tiene un miedo terrible a acudir al médico. Refiere además que dicho incidente ha afectado negativamente a su relación conyugal, y además le ha ocasionado un grave perjuicio moral al figurar su nombre en documentos públicos asociado a unas prácticas que redundan en perjuicio de su dignidad y reputación, situación que considera totalmente incompatible con un servicio público de salud.

Continuando con el relato fáctico de su reclamación, señala que a consecuencia de lo sucedido presentó en fecha 6 de septiembre de 2010 una queja ante el propio Hospital, cuya copia adjunta, en la cual exigía una rectificación y explicación sobre tal actitud, sin que hasta la fecha haya recibido respuesta ni comunicación alguna.

En virtud de lo expuesto, solicita se tenga por presentada reclamación en materia de responsabilidad patrimonial por funcionamiento de la administración y, a su vista, acuerde concederle una indemnización de 60.000 euros en concepto de indemnización y daños morales por mala actuación del Servicio Público de Salud y borren toda alusión de los infundios sobre sus prácticas sexuales en su historial médico.

TERCERO.- Presentada la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud mediante escrito notificado el 14 de enero de 2011 se comunica a la interesada que se está tramitando su solicitud al amparo del título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Igualmente se le requiere para que presente una copia legible del documento nº 3 que acompañó a su reclamación. Este requerimiento es atendido por la reclamante el día 3 de marzo de 2011.

Consta en el expediente que se ha remitido la reclamación a A, la cual acusa recibo de la misma en fecha 28 de diciembre de 2010, dando cuenta de su traslado a B, compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud.

Se ha incorporado al expediente la historia clínica de la paciente remitida por el Hospital Severo Ochoa de Leganés.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del Real Decreto, 429/1993, de 26 de marzo (por el que aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial; (en lo sucesivo, RPRP) se han recabado los informes preceptivos de los Servicios médicos afectados, en concreto, consta en el expediente el informe de 3 de enero de 2011 del jefe de la Unidad de Urgencias Generales del Hospital Universitario Severo Ochoa de Leganés, así como el informe de 11 marzo de 2011 de la Dra V.E.F.R., médico interno residente que atendió a la paciente en la Unidad de Urgencias Generales del referido hospital.

Concluida la instrucción del expediente, se ha dado trámite de audiencia a la interesada el 29 de marzo de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP. Consta que por la reclamante se han presentado alegaciones, fuera del plazo establecido al efecto.

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 19 de mayo de 2011, en que se desestima la reclamación indemnizatoria presentada. Dicha propuesta de resolución ha sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el pasado 21 de mayo de 2011.

CUARTO.- En el expediente remitido por la Consejería de Sanidad, debidamente numerado y foliado y que se estima completo, se ha incorporado la siguiente documentación que se estima de interés a efectos de emisión del presente dictamen:

1-Historia clínica de la paciente remitida por el Hospital Universitario Severo Ochoa de Leganés en la que consta informe de alta de 3 de septiembre de 2010 donde se indica lo siguiente: “*paciente reinterrogado refiere contactos sexuales múltiples con pacientes HIV(+) durante el último mes. Refiere que tomó precaución con preservativos*” (folio 18 del expediente). Consta informe de un segundo facultativo que expresa lo siguiente: “*mujer 50 años con fiebre de una semana de evolución que acude a Urgencias por tos y expectoración. Refiere desde hace tres semanas también un dolor de características mecánicas en pierna derecha. Ayer volvió de Camerún donde mantuvo relaciones sexuales de riesgo con múltiples parejas sexuales*” (folio 19 del expediente).

2- Informe del Dr. A.M., jefe de la Unidad de Urgencias Generales del Hospital Universitario Severo Ochoa de Leganés. En este informe, fechado el 3 de enero de 2011, se afirma que: “*Con relación a la reclamación patrimonial formulada por A.A. le comunico que tras la encuesta realizada los médicos que atendieron a la paciente se reafirman en que tras preguntar a la paciente sobre prácticas de riesgo para infección por VIH, la paciente refirió haber tenido conductas de riesgo.*

Dichas preguntas sobre prácticas de riesgo son pertinentes dado que se considera fundamental conocer los antecedentes epidemiológicos en procesos patológicos que cursan con síndrome febril. Esta encuesta forma parte de la anamnesis clásica que debe constar en todo informe clínico. Carece de fundamento la opinión de la reclamante sobre la existencia de prejuicio racista. El trato a la paciente fue impecable en todo momento, tanto en el trato

personal como desde el punto de vista clínico como queda demostrado en el informe al alta y en la evolución de la paciente. La historia clínica es un documento médico legal confidencial y cuyo contenido solo atañe a el/la paciente y al personal sanitario involucrado en su asistencia. En él se vierten datos de carácter personal y la legislación española específica todos estos extremos. Si la paciente consideró oportuno mostrar un informe confidencial a otras personas lo hizo a su propio riesgo y bajo su exclusiva responsabilidad. Como se ha dicho antes en todo informe clínico se incluyen datos confidenciales que solo atañen a el/la paciente y sus médicos.

Por tanto no considero que haya lugar a indemnización dado que la atención médica recibida ha sido impecable y en todo momento acorde a *lex artis*".

3- Informe de 11 de marzo de 2011 de la Dra V.E.F.R., médico interno residente de la Unidad de Urgencias Generales del Hospital Universitario Severo Ochoa. En dicho informe se manifiesta: "Con relación a la reclamación patrimonial formulada por A.A., recibida por mi persona el día 07 de marzo de 2011, comunico que: la atención médica prestada por mi persona fue correcta en todo momento y que la paciente fue valorada adicionalmente por varios médicos del Servicio de Urgencias que realizamos la anamnesis y exploración de acuerdo a la vista de la historia clínica de Urgencias el procedimiento médico que se siguió para con su caso fue acorde a la sospecha diagnóstica de su proceso; con la única finalidad de aplicar una serie de tratamientos médicos y exploraciones complementarias cuyo único objetivo final era la curación y/o mejoría de la paciente. Tras la encuesta realizada por mi persona, como médico que atendió a la paciente, reafirmo que después de preguntar a la paciente sobre prácticas de riesgo para infección por VIH, la paciente me refirió haber tenido conductas de riesgo. Dichas preguntas sobre

prácticas de riesgo son pertinentes dado que se considera fundamental conocer los antecedentes epidemiológicos y hábitos psicobiológicos en procesos patológicos que cursan con síndrome febril en estudio. Esta encuesta forma parte de la anamnesis clínica clásica que debe constar en todo informe clínico.

Carece de fundamento la opinión de la reclamante sobre la existencia de prejuicio racista. El trato a la paciente fue impecable en todo momento, tanto en lo personal como desde el punto de vista clínico, como queda demostrado en el informe al alta y en la evolución de la paciente. Destaco además que soy natural y procedente de Venezuela, país con una gran mezcla de razas y culturas donde son comunes los aspectos respecto a las cuales la paciente refiere se le han establecido prejuicios, por ende no he tenido en ningún momento intención de establecer con mi trabajo discriminación de ningún tipo. La historia clínica es un documento médico-legal confidencial y cuyo contenido solo atañe a la paciente y al personal sanitario involucrado en su asistencia. En él se vierten datos de carácter personal y la legislación española especifica todos estos extremos. Si la paciente consideró oportuno mostrar un informe confidencial a otras personas lo hizo a su propio riesgo y bajo su exclusiva responsabilidad. Como se ha dicho antes, en todo informe clínico se incluyen datos confidenciales que solo atañen a la paciente y sus médicos. Por todo ello, no encuentro causa alguna que justifique la reclamación en virtud de los datos que nos constan del episodio médico, no considerando además que haya lugar a indemnización dado que la atención médica recibida ha sido impecable y en todo momento acorde a lex artis”.

4. Escrito de queja presentado por la reclamante el 6 de septiembre de 2010, en el que manifiesta lo siguiente: “*Me trae mi marido a urgencias por encontrarme muy mal; sospecho que sufro de paludismo desde hace una semana y desde Camerún donde fui de vacaciones.*

Antes de ingresarme y delante de mi marido me limito a responder a las pocas preguntas que me hace una enfermera respecto a lo que siento en el momento: ¿fiebre? -digo: Tal vez ¿alergias?: me cuesta decir que “aspirina”; apenas puedo pronunciar las palabras pero digo que tengo dolor de cabeza, mareo, frío, algo de tos y dolor de pierna derecha y nada más.

Cuál es mi sorpresa que al día siguiente otra enfermera me habla del interrogatorio al que respondí que había tenido relaciones sexuales con múltiples parejas en Camerún; le digo indignada a esta enfermera que nadie me ha hecho estas preguntas al ingresar y mucho menos he podido responder a cosas así 1º porque no tuve ninguna relación sexual, 2º ni siquiera se abordó el tema y 3º que soy una mujer casada y decente. Cuando mi marido llega le comento el tema, se aborda a la 2ª enfermera, niego de nuevo que hubo interrogatorio, hasta mi marido le pide que quite aquellas declaraciones de mi informe médico por ser afirmaciones equivocadas; dice que no puede modificar lo dicho por una compañera”.

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 la reclamante en 60.000 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.

La competencia para resolver los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial corresponde al consejero de Sanidad, en virtud de lo establecido en el artículo 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. La tramitación incumbía antes al director general del Servicio Madrileño de Salud según el artículo 27.2.h) del Decreto 14/2005, de 27 enero, si bien tales competencias de tramitación han sido atribuidas al viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.h) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

SEGUNDA.- La reclamante solicita indemnización por los daños morales que se le han causado por los hechos descritos en los antecedentes de hecho, siendo dichos daños de carácter personalísimo, que sólo pueden ser reclamados por quien los sufre, o por un tercero, siempre que aquél le hubiera conferido su representación o, en el caso de ser menor o incapacitado, ostente su representación legal (Sentencia del Tribunal Supremo –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª- de 30 de diciembre de 2002). Concurre pues en la reclamante la condición de interesada, exigida por mor de los artículos 31 y 139.1 de la LRJAP-PAC.

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 de la acción, 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 LRJAP-PAC). En el presente caso, la reclamante vincula los daños que padece a una anotación sobre sus prácticas sexuales efectuada en su historia clínica el día 3 de septiembre de 2010, por lo que interpuesta su reclamación el día 10 de diciembre de 2010, cabe concluir que esta presentada en plazo.

TERCERA.- En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Dicho procedimiento para 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 Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, se encuentra regulado en el Título X de la LRJAP-PAC (artículos 139 y siguientes), desarrollado en el citado RPRP.

A este procedimiento se encuentran sujetas, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJAP-PAC (en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) y la disposición adicional primera del RPRP, 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 dijo *supra*, se ha recabado y evacuado informe de los servicios médicos afectados, cuya preceptividad resulta del artículo 10.1 del RPRP.

Asimismo, se ha dado trámite de audiencia a la interesada, de conformidad con los artículos 84 de la LRJAP-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.

CUARTA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJAP-PAC, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados 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.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, 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 con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y 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, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el

resultado lesivo o dañoso producido. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a) de 5 de junio de 1998 (RJ 1998\5169), se pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previniendo frente al riesgo de erigir dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la utilización de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo causal de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha responsabilidad. El fundamento primero de dicha Sentencia se pronunciaba en los siguientes aclaratorios términos:

“(...) esta Sala ha declarado reiteradamente que no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva, recogida en los artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Pùblicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992,, la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, que en este caso, como ha declarado la sentencia de instancia, no puede apreciarse ya que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en si mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o

funcionamiento de éstos, de tal manera que el hecho causal causante del accidente es ajeno por completo al actuar de la Administración y en consecuencia ninguna relación existe entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, ni de manera directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente.

La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

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.

Como antes se dijo, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, nos hallamos en presencia de una responsabilidad objetiva, en el ámbito de la cual la jurisprudencia se ha encargado de ir perfilando los caracteres y requisitos que ha de reunir para poder apreciar o no su concurrencia. Así, si la actuación de los servicios públicos sanitarios no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, por razones obvias, se hace necesario establecer un requisito adicional que nos permita diferenciar los casos en que debe responder la Administración Sanitaria, de aquellos otros en los que se ha de considerar que el daño no es antijurídico y que no procede de la actuación administrativa, sino de la evolución de la propia patología del enfermo. Este requisito, que se debe a la jurisprudencia y a la doctrina, sirve para establecer un límite razonable a la aplicación rigurosa del carácter objetivo de la responsabilidad, evitando así el riesgo de llegar a un estado providencialista que convierta a la Administración Sanitaria en una especie de aseguradora universal de cualquier resultado lesivo.

Pues bien, este requisito adicional y específico en materia sanitaria, no es otro que la infracción de la *lex artis*, basado en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, de tal forma que los profesionales de la salud están obligados a prestar la atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas

conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, no comprometiéndose en ningún caso a la obtención de un resultado satisfactorio, por ser contrario tanto a la naturaleza humana como a las limitaciones de su arte y ciencia. Esto es, si la prestación sanitaria es correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, se dirá que la actuación médica se ha ajustado a la *lex artis*, sin que nazca entonces responsabilidad alguna.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que la responsabilidad surge del carácter inadecuado de la prestación médica dispensada, lo que ocurre cuando “*no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario*” (vid. SSTS de 14 de diciembre de 1990, 5 y 8 de febrero de 1991, 10 de mayo y 27 de noviembre de 1993, 9 de marzo de 1998, y 10 de octubre de 2000), a lo que hay que añadir que “*la violación de la lex artis es imprescindible para decretar la responsabilidad de la Administración, no siendo suficiente la relación de causa efecto entre la actividad médica y el resultado dañoso, pues el perjuicio acaecido, pese al correcto empleo de la lex artis, implica que el mismo no se ha podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento*” (STS de 14 de octubre de 2002).

Y a mayor abundamiento, la STS de 25 de abril de 2002 (Sala de lo Contencioso- Administrativo), es concluyente al establecer que el posible resultado dañoso no puede calificarse como antijurídico cuando la atención médica es prestada con corrección desde el punto de vista técnico-científico, añadiendo que “*prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a*

la actuación administrativa y por lo tanto no pueden tener la consideración de antijurídicas”.

Conforme a las reglas generales aplicables en orden a la carga de la prueba, es al reclamante a quien corresponde, de ordinario, probar tanto la violación de la *lex artis* como la existencia de nexo causal.

QUINTA.- Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron al paciente, debemos partir de que, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria, es al reclamante al que incumbe la carga de la prueba. Así lo proclama la jurisprudencia, de la que sirve como exponente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1707/2008, de 17 de septiembre, que desplaza la carga de la prueba en estos casos sobre quien reclama. La Sentencia citada argumenta en los siguientes términos: “*(...) las obligaciones exigibles a los servicios médicos en relación con prestaciones como las examinadas en este expediente son obligaciones de medios y no de resultado. Corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia se alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama*”.

En este caso, ya hemos señalado que la reclamante reprocha a la Administración sanitaria la constancia en su historia clínica de determinados datos sobre sus prácticas sexuales, datos que la interesada considera falsos, en cuanto que niega haber sido proporcionados por ella, y atentatorios del derecho a la intimidad que debe regir entre médico y paciente. Sin embargo, estas afirmaciones, carentes de toda actividad probatoria, resultan contradichas, a

juicio de este Consejo, por el examen de la historia clínica y los informes obrantes en el expediente.

Teniendo en cuenta el reproche formulado por la reclamante, entendemos oportuno abordar el tema de la protección de datos personales en relación con la necesidad de asistencia sanitaria para preservar la salud. Conviene señalar que los datos sobre la salud de un paciente afectan a su esfera más personal e íntima, por lo que su conocimiento por terceras personas puede atentar gravemente contra su intimidad. Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de marzo de 2009 “*constituye doctrina consolidada de este Tribunal que el derecho a la intimidad personal garantizado por el art. 18.1 CE (RCL 1978, 2836), estrechamente vinculado con el respeto a la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana. Además el art. 18.1 CE confiere a la persona el poder jurídico de imponer a terceros, sean éstos poderes públicos o simples particulares (STC 85/2003, de 8 de mayo [RTC 2003, 85] , F. 21), el deber de abstenerse de toda intromisión en la esfera íntima y la prohibición de hacer uso de lo así conocido, y de ello se deduce que el derecho fundamental a la intimidad personal otorga cuando menos una facultad negativa o de exclusión, que impone a terceros el deber de abstención de intromisiones salvo que estén fundadas en una previsión legal que tenga justificación constitucional y que sea proporcionada, o que exista un consentimiento eficaz que lo autorice, pues corresponde a cada persona acotar el ámbito de intimidad personal y familiar que reserva al conocimiento ajeno (STC 206/2007, de 24 de septiembre [RTC 2007, 206] , F. 5, por todas). (...) El derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE no sólo preserva al individuo de la obtención ilegítima de datos de su esfera íntima por parte de terceros, sino*

también de la revelación, divulgación o publicidad no consentida de esos datos, y del uso o explotación de los mismos sin autorización de su titular. Lo que el art. 18.1 CE garantiza es, por tanto, el secreto sobre la propia esfera de vida personal y, por tanto, veda a los terceros, particulares o poderes públicos, decidir sobre los contornos de la vida privada (STC 83/2002, de 22 de abril [RTC 2002, 83], F. 5). Dentro de ese ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás que preserva el derecho a la intimidad contenido en el art. 18.1 CE, se comprende, sin duda, la información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en la medida en que los datos que a la salud se refieren constituyen un elemento importante de su vida privada (en este sentido STEDH de 10 de octubre de 2006 [TEDH 2006, 57], caso L.L. c. Francia, § 32). (...) europeo de derechos humanos (RCL 1999, 1190, 1572) (SSTEDH caso Z. c. Finlandia de 25 de febrero de 1997 [TEDH 1997, 13] La información relativa a la salud física o psíquica de una persona, en suma, es no sólo una información íntima (SSTC 202/1994, de 4 de julio [RTC 1994, 202], F. 2; y 62/2008, de 26 de mayo [RTC 2008, 62], F. 2), sino además especialmente sensible desde este punto de vista y por tanto digna de especial protección desde la garantía del derecho a la intimidad (art. 6 del Convenio núm. 108 del Consejo de Europa, de 28 de enero de 1981 [RCL 1985, 2704], para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal, así como el art. 8 de la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 (Seur 1995, 2977), relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos). El derecho a la intimidad queda así relevantemente afectado cuando, sin consentimiento del paciente, se accede a datos relativos a su salud o a informes relativos a la misma...”.

El derecho a la protección de datos de carácter personal consagrado en el artículo 18.4 de la Constitución Española, consiste en un poder de disposición y de control sobre los datos personales que faculta a su titular para decidir sobre ellos (así Sentencia del Tribunal Constitucional 292/2000, de 30 de noviembre). Constituye un derecho fundamental que goza de la máxima protección en nuestro ordenamiento, estando regulado en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (en adelante, LOPD), y en el ámbito autonómico en la Ley 8/2001, de 13 de julio, que establecen las reglas generales sobre el tratamiento de datos. El problema resulta de la interrelación de ese derecho con la asistencia sanitaria imprescindible para preservar la salud, que ha de primar sobre aquel derecho dado que el valor defendido por la asistencia sanitaria es en último término, la vida. En el ámbito de la asistencia sanitaria habrá que tener en cuenta la normativa sanitaria constituida fundamentalmente por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad y la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, que especifica para el ámbito sanitario la legislación general de protección de datos anteriormente referida.

En materia de datos en el ámbito sanitario resulta esencial la historia clínica que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre define en su artículo 3 como “*el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e información de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica del paciente a lo largo del proceso asistencial*”. El Tribunal Supremo en su Sentencia de 11 de marzo de 2011 recoge que las historias clínicas “*reflejan la imprescindible y específica relación entre el que padece una enfermedad y el profesional médico encargado de adoptar las medidas precisas para su curación o mejora*”.

La definición de lo que es la historia clínica se completa en el art. 14 de la Ley 41/2002 donde se hace referencia además a la identificación de los profesionales que atienden al paciente y se alude a la necesidad de la integración de la documentación clínica de cada paciente al menos en el ámbito de cada centro, y el artículo 15 de la referida Ley en cuanto que establece , por una parte , el fin principal de la historia clínica que no es otro que facilitar la asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud y por otra parte, fija el contenido mínimo de la historia clínica, que según el referido precepto debe incluir entre otra mucha documentación, la anamnesis (artículo 15.2 apartado d)), que es el término médico empleado en los conocimientos y habilidades de la Semiología clínica, para referirse a la información proporcionada por el propio paciente al médico durante una entrevista clínica, con el fin de incorporar dicha información en su historia clínica. Consiste en la reunión de datos subjetivos, relativos a un paciente, que comprenden antecedentes familiares y personales, signos y síntomas que experimenta en su enfermedad, experiencias y, en particular, recuerdos, que se usan para analizar su situación clínica.

Cabe señalar por otra parte que los datos sobre la salud, al igual que los relativos a la vida sexual, son datos especialmente protegidos de ahí que el artículo 7.3 de la LOPD señale que “*solo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente*”. Por tanto, del precepto se infiere que los datos sobre la salud o sobre la vida sexual serán objeto de tratamiento cuando su titular lo consienta expresamente o sin mediar consentimiento su tratamiento este previsto en una Ley. También se permite el tratamiento de datos al margen del consentimiento, cuando dicho tratamiento resulte necesario para la prevención o para el diagnóstico médico, la prestación de asistencia sanitaria o tratamientos médicos o la gestión de

servicios sanitarios, siempre que dicho tratamiento de datos se realice por un profesional sanitario sujeto al secreto profesional o por otra persona sujeta asimismo a una obligación equivalente de secreto, o cuando el tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del afectado o de otra persona, en el supuesto de que el afectado esté física o jurídicamente incapacitado para dar su consentimiento (artículo 7.6 LOPD)

Nos resta hacer una breve referencia a los principios que nuestro ordenamiento jurídico consagra en relación con el tratamiento de los datos relativos a la salud. En primer lugar, señalar el principio de confidencialidad que consagra el artículo 10 de la LOPD, con carácter general, y diversos artículos de la Ley 41/2002, con carácter particular. Así el artículo 2.7 de la referida Ley 41/2002 señala que “*La persona que elabore o tenga acceso a la información y la documentación clínica está obligada a guardar la reserva debida*”. Además la confidencialidad vertebría el derecho a la intimidad del art. 7.1, según el cual “*toda persona tiene derecho a que se respete el carácter confidencial de los datos referentes a su salud, y a que nadie pueda acceder a ellos sin previa autorización amparada por la Ley*”. Otros preceptos se ocupan de recoger este principio como el artículo 16.6 que incide en el secreto profesional al que se somete el personal que accede a la historia clínica en el ejercicio de sus funciones.

El segundo principio esencial en la materia es el de adecuación y pertinencia de los datos, recogido en el artículo 4 de la LOPD cuando exige que los datos sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con las finalidades para las que se hayan recabado. El art. 15.1 de la Ley 41/2002, añade que “*La historia clínica incorporará la información que se considere trascendental para el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud del paciente*” y en su apartado 2, “*La historia clínica tendrá como fin principal facilitar la*

asistencia sanitaria, dejando constancia de todos aquellos datos que, bajo criterio médico, permitan el conocimiento veraz y actualizado del estado de salud” fijando a continuación el contenido mínimo de la historia clínica al que anteriormente ya hicimos referencia. La recogida de los datos en la materia se vincula a la finalidad perseguida que es “garantizar una asistencia adecuada al paciente” (art 16.1 de la Ley 41/2002).

El art. 4.3 de la LOPD consagra el principio de exactitud cuando señala que los datos han de ser exactos y puestos al día de forma que respondan con veracidad a la situación real del interesado. En materia sanitaria la Ley 41/2002 recoge este principio en varios de sus preceptos como el artículo 14 apartados 2 y 3 o el artículo 17 apartados 1,3 y 5, todos ellos en relación al deber de mantener los datos en buen estado, garantizando su conservación, su seguridad o la autenticidad de su contenido.

El principio de cancelación aparece recogido en el artículo 4.3 de la LOPD, cuando refiere que la cancelación de los datos cuando hayan dejado de ser necesarios o pertinentes en relación con la finalidad para la que se recogieron. En el ámbito sanitario, el art. 17 de la Ley 41/2002 habla de la obligación de los centros sanitarios de conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en soporte original, por el periodo necesario en cada caso y establece un periodo mínimo de 5 años desde el momento del alta del paciente.

De acuerdo con el art. 4.7 de la LOPD, la información sanitaria no puede recogerse de forma desleal, fraudulenta o ilícita (principio de lealtad).

Finalmente, el principio de seguridad recogido en el artículo 9 de la LOPD es una pieza clave en orden a preservar el derecho a la protección de datos personales. Por su parte, la Ley 41/2002 realiza una completa regulación de la

seguridad de las historias clínicas recogiéndola como un deber para los centros (artículo 14 apartados 2 y 3 y artículo 17 apartado 1)

SEXTA. – Expuesto en líneas generales el ámbito normativo en el que se desenvuelve la recogida y el tratamiento de los datos especialmente protegidos, entre los que se encuentran los datos que atañen a la salud o a la vida sexual, no cabe duda a este Consejo Consultivo sobre la adecuación de la actuación de la Administración sanitaria, habiéndose respetado en relación con la reclamante las normas y principios que hemos expuesto en la consideración anterior.

En efecto, señalar en primer lugar que la recogida de los datos atinentes a las prácticas sexuales de la paciente se revela como necesaria, siendo esos datos pertinentes en el contexto de garantizar la adecuada asistencia sanitaria de la reclamante, que constituye el fin último de la actuación, tal y como ponen de manifiesto los informes obrantes en el expediente. En este punto cabe recordar que el jefe de la Unidad de Urgencias Generales del Hospital Universitario Severo Ochoa de Leganés en su informe de 3 de enero de 2011 señala que “*dichas preguntas sobre prácticas de riesgo son pertinentes dado que se considera fundamental conocer los antecedentes epidemiológicos en procesos patológicos que cursan con síndrome febril. Esta encuesta forma parte de la anamnesis clásica que debe constar en todo informe clínico*”. En el mismo sentido se pronuncia la médico interno residente que atendió a la paciente en su informe de 11 de marzo de 2011 donde refiere el carácter pertinente de los datos recabados y subraya que “*el procedimiento médico que se siguió para con su caso fue acorde a la sospecha diagnóstica de su proceso; con la única finalidad de aplicar una serie de tratamientos médicos y exploraciones complementarias cuyo único objetivo final era la curación y/o mejoría de la paciente...*”.

Respecto al reproche de la reclamante relativo a que la recogida de los datos sobre sus prácticas sexuales implica un prejuicio racista por parte de los profesionales sanitarios, entendemos oportuno señalar que conforme a las líneas generales que sobre la distribución de la carga de la prueba en esta materia se contiene ya en la STC 26/1981, de 17 de julio, al haber alegado la reclamante un indicio de discriminación consistente en un trato desigual, por ser ella de una determinada raza, se ha trasladado a la Administración la carga de justificar que su actuación goza de cobertura legal y se ajusta a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, lo que se ha efectuado adecuadamente en nuestra opinión, pues de los datos contenidos en el expediente se infiere que la actuación médica no fue por un prejuicio racista o por una especial prevención contra los integrantes de un determinado grupo étnico, sino que las preguntas sobre prácticas de riesgo constituye la práctica habitual en procesos patológicos que cursan con síndrome como el que nos ocupa, circunstancia totalmente ajena a la condición racial de la paciente, existiendo pues un tratamiento igual y no discriminatorio, como recogen los informes médicos obrantes en el expediente.

Por otra parte, a nuestro juicio, ha quedado acreditado a través de la historia clínica y los informes incorporados al expediente la veracidad de las anotaciones practicadas, sin que la reclamante haya aportado en este sentido prueba alguna en contrario. En este punto señalar que el valor probatorio de la historia clínica ha sido recogido en numerosas sentencias judiciales, con la fuerza probatoria de todo documento sometido a la valoración libre del juzgador. Sirva como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000 cuando señala que “*esta Sala estima procedente cuando la información no se ha realizado por escrito –como es obvio que ocurre en el caso examinado–, se advierte que la Sala de instancia considera que hay que decantarse por la versión del médico que practicó la intervención en contra de*

la falta de información alegada, pues a) se hace constar en la ficha obrante en el expediente que «se le explica al paciente: irreversibilidad de la intervención, porcentaje mínimo pero existente de recanalizaciones, riesgo infección, hematoma herida. Seguir con las mismas precauciones durante dos a tres meses (anovulatorios, preservativo...). A los siete días retirar puntos. Dentro de dos a tres meses espermiograma»; b) el operador se manifiesta de forma espontánea en este sentido; y c) sólo motivado por la información el actor pudo someterse al espermiograma de 26 de diciembre de 1989.

Estas afirmaciones suponen la proclamación de la existencia de un resultado probatorio y, por ende, suficiente para considerar levantada por la Administración la carga de la prueba que en este supuesto le corresponde.

Nada hay, en principio, en esta valoración que infrinja las normas sobre valoración de la prueba o sobre la prueba tasada. No se advierte que el resultado de la prueba sea arbitrario, irracional o inverosímil –motivo que determinaría la infracción de las reglas de la sana crítica–, pues se advierte una coherencia interna en las inferencias realizadas a partir del historial clínico, cuya autenticidad se somete a crítica, del grado de credibilidad de las manifestaciones del médico y de los testigos, y de la conducta del paciente...”.

La reciente sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 17 de febrero de 2011, a propósito de la fuerza probatoria de los datos de la historia clínica en relación con el consentimiento informado señala que “*A efectos de prueba, hay que tener en cuenta por la importancia que puede tener en caso de negar haber recibido la información y ser la misma oral, la historia clínica, como documento apto para dejar constancia de la información. El art. 4.1 Ley 41/02 ya dice que de la información se deberá dejar constancia en la historia clínica. Si se produce un daño en el paciente y el consentimiento se hizo en forma oral la ausencia de historia clínica puede constituir una negligencia del*

facultativo, y así el TS -S 29.9. 2005 (RJ 2005, 8891) - dice que tiene valor ad probationem. Desde luego, si existe la historia clínica y se presenta al proceso, si bien no constituirá una verdad irrefutable, pero sí un importante indicio que deberá ser valorado por el Tribunal junto a los demás elementos probatorios”.

Además en nuestro caso, la veracidad de los datos que constan en la historia clínica resulta corroborada por el informe de 11 de marzo de 2011 de la médico residente que atendió a la reclamante al señalar que “*tras la encuesta realizada por mi persona como médico que atendió a la paciente reafirmo que después de preguntar a la paciente sobre prácticas de riesgo para infección por VIH, la paciente me refirió haber tenido conductas de riesgo*”.

Por otra parte, no existe ningún dato en el expediente que nos lleve a apreciar que por parte de los profesionales sanitarios que atendieron a la paciente se produjera vulneración alguna de la confidencialidad de los datos proporcionados por la reclamante, habiendo quedado estos reservados en todo momento al ámbito estricto de las relaciones entre el médico y paciente como exige la normativa legal examinada. Por el contrario, de lo manifestado por la reclamante en su escrito de queja del día 6 de septiembre de 2010 se colige que es la propia paciente la que por su exclusiva voluntad pone esos datos en conocimiento de su esposo, sin que nada haya que reprochar en este punto a los profesionales sanitarios que guardaron en este caso la reserva debida.

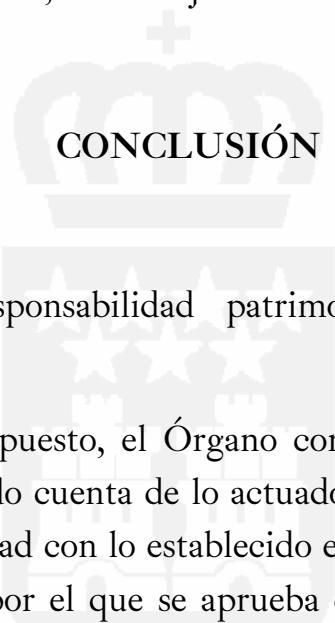
En definitiva, entendemos que no cabe imputación negativa alguna a los servicios sanitarios, actuando de acuerdo con las normas y principios que eran exigibles en la materia.

Finalmente señalar que no corresponde al ámbito de actuación de este Consejo pronunciarse sobre la posible cancelación de los datos de la paciente,

debiendo estarse a lo dispuesto en esta materia tanto en la LOPD como en la Ley 41/2002.

De todo lo dicho cabe concluir que no se aprecia en este caso la existencia de daño antijurídico, ni relación de causalidad alguna con la actuación de la Administración sanitaria que fue en todo momento adecuada y conforme a los parámetros legales.

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



CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada debe ser desestimada.

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, 7 de septiembre de 2011