

Dictamen nº: **467/14**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **05.11.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid aprobado por mayoría, en su sesión de 5 de noviembre de 2014, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con la reclamación formulada por D.M.R., por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de junio de 2013 el reclamante presentó un escrito en el registro del Servicio Madrileño de Salud solicitando una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la atención sanitaria prestada en el Hospital Universitario A, como consecuencia de la deficiente intervención quirúrgica a la que fue sometido, y la falta de información de las complicaciones de la misma o de las posibles alternativas.

Manifestaba el reclamante que fue derivado, desde el Hospital Universitario 12 de Octubre al Hospital Universitario A para ser sometido a una intervención quirúrgica con objeto de corregir el reflujo gastroesofágico que padecía.

Afirmaba que pese a que su historial médico fue remitido al citado centro sanitario no se recibieron las pruebas complementarias, fundamentalmente el resultado de las gastroscopias. Pese a ello se llevó a cabo la intervención el 24 de enero de 2012 mediante funduplicatura tipo Nissen vía laparoscópica, sin informarle, además de los riesgos de dicha intervención.

Destacaba que el 23 de diciembre de 2011 se había hecho constar en la historia que no se había recibido la gastroscopia realizada con anterioridad, rechazando el reclamante someterse a una nueva. Dichos resultados no llegaron ni se pidieron de nuevo pese a que se solicitó una endoscopia para completar el estudio quirúrgico.

El 7 de marzo, el reclamante comenzó a sentirse mal por lo que su cirujano solicitó pruebas de tránsito que objetivaron que permanecía la hernia de hiato y el reflujo gastroesofágico, teniendo que acudir a Urgencias en dos ocasiones.

El reclamante afirmaba que de los resultados de las pruebas que se practicaron se desprende que su situación clínica había empeorado significativamente. Por ello tuvo que ser reintervenido en el Hospital 12 de Octubre el 31 de octubre.

Consideraba que la intervención practicada el 24 de enero de 2012 no fue llevada a cabo adecuadamente ni fue informado de las complicaciones de la misma así como de las posibles alternativas.

Solicitaba por ello una indemnización por importe de sesenta mil euros (60.000 €).

Adjuntaba a su escrito diversa documentación médica.

SEGUNDO.-En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo, al que se ha incorporado la historia clínica

del Hospital Universitario A, y la documentación médica aportada por el reclamante, ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

El reclamante estaba siendo tratado en el Hospital 12 de Octubre por presentar reflujo severo, regurgitación de la comida y pirosis. El 8 de noviembre se realiza estudio preanestésico, firma consentimiento informado y es incluido en lista de espera quirúrgica (folio 49).

Es derivado al Hospital Universitario A en el que el 12 de noviembre se explica el proceso al reclamante y se solicitan los resultados de las pruebas de su hospital de procedencia (folio 117).

El 15 de diciembre se anota “*veo las pruebas que hemos reclamado a su hospital*” (folio 119) y se acuerda solicitar una endoscopia.

El 23 de diciembre se anota que el paciente se niega a que se le realice una nueva gastroscopia. Se anota que se aclara la situación con el reclamante y se reclamará de nuevo la gastroscopia buscando, una vez recibida una fecha para la intervención (folio 126).

Es intervenido el 24 de enero de 2012 evolucionando el postoperatorio con normalidad.

El 7 de marzo de 2012 acudió a revisión, refiriendo notar “*nudo en la garganta*” al levantarse, sin síntomas de fatiga, ni pirosis.

Acudió a consulta de Cirugía Digestiva del Hospital Universitario A los días 21 de marzo, 11 de abril, 23 de mayo, 21 de junio y 23 de julio, realizándose tránsito esófago gastroduodenal, gastroscopia y ph metría que pusieron de manifiesto la persistencia de la hernia hiatal, esofagitis y reflujo ácido distal, por lo que se instauró tratamiento indicándose que si con el mismo no cedía la esofagitis, se debía reintervenir.

El 26 de septiembre de 2012, acudió nuevamente a revisión indicando que iba a someterse a reintervención, esta vez en el HUDO, llevándose a cabo la misma el 31 de octubre.

En la intervención se observó recidiva de hernia hiatal y funduplicatura parcialmente dehiscente sobre el cuerpo gástrico, realizándose desmontaje de cirugía previa, disección del esófago distal, cierre de pilares diafrágmáticos y funduplicatura sobre esófago distal.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial y se han solicitado los informes que se consideraron pertinentes, de los que se destacan los siguientes particulares.

Se ha incorporado al expediente el informe emitido por el jefe asociado del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo del Hospital Universitario A, de 5 de agosto de 2013, en el que manifestaba que el diagnóstico de la enfermedad del reclamante se basa en la clínica y no requiere la realización de otras pruebas como son ph-metría, manometría o endoscopia alta para indicar el tratamiento quirúrgico tal y como consta en las guías de la Asociación Española de Cirugía.

No se realizó gastroscopia al oponerse el reclamante a su realización siendo informado adecuadamente durante el estudio preoperatorio.

Las pruebas realizadas tras la cirugía no permiten afirmar que su estado hubiera empeorado sino tan solo que el reflujo seguía siendo intenso. Además su patología postquirúrgica era muy “*abigarrada*”.

En cuanto a la intervención manifiesta que el hecho de que en la reintervención no se objetivaran suturas en el hiato no significa que éstas no se hicieran correctamente, existiendo un video de la cirugía que prueba la correcta técnica quirúrgica si bien ello no implica que esta cirugía sea

siempre satisfactoria de tal forma que en torno a un 5% de los pacientes puede presentar una recidiva del reflujo cuya causa es multifactorial y no atribuible a una técnica incorrecta.

Afirma que el reclamante firmó el consentimiento informado en su hospital de origen y, además fue informado verbalmente en el estudio preoperatorio realizado en el Hospital Universitario A.

Por su parte, la Inspección Médica emitió informe sin fecha en el que, puso de manifiesto que el hecho de que el reclamante haya tenido que ser reintervenido no implica que la primera intervención se realizara mal.

Concluía indicando que no parece deducirse mala praxis si bien no existe constancia de que el reclamante firmara el consentimiento informado para la cirugía.

Consta en el expediente un informe pericial, de fecha 17 de febrero de 2014 emitido por un especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo en el que considera que el estudio preoperatorio fue adecuado y la decisión de intervenir se llevó a cabo con los estudios previos necesarios.

Considera que la técnica quirúrgica fue correcta sin que se puedan garantizar nunca los resultados. Es más, tras la segunda cirugía, el reclamante sigue presentando esofagitis y hernia hiatal sin que por ello haya que considerar que fue incorrectamente realizada.

Con fecha 11 de junio de 2014, fue notificada al reclamante la apertura del trámite de audiencia, no constando la presentación de alegaciones dentro del plazo concedido para ello.

De igual forma, con fecha 10 de junio de 2014, fue notificada la apertura del trámite de audiencia al Hospital Universitario A que, con fecha 4 de julio de 2014, presentó escrito de alegaciones en el que

ratificaba el contenido del informe emitido por el Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo.

Finalmente, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 29 de septiembre de 2014, en que propone al órgano competente para resolver la desestimación de la reclamación al no observarse relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño aducido por el reclamante, ni la necesaria antijuridicidad de éste.

Considera que se actuó conforme la *lex artis* y la falta del documento de consentimiento informado no genera responsabilidad ya que del acto médico no se derivó daño antijurídico.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante oficio de 2 de octubre de 2014, que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el día 7 de octubre, formula preceptiva consulta por el trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por cuatro votos a favor y tres en contra, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 5 de noviembre 2014.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE 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 (LCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de

cuantía superior a quince mil euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 14.1 LCC.

SEGUNDA.- El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), en cuanto es la persona que recibió la asistencia sanitaria que considera incorrecta.

Se cumple, por otra parte, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, en cuanto la asistencia prestada lo fue tanto por parte de un centro que forma parte de sus servicios sanitarios (Hospital 12 de Octubre) como por otro que actúa por medio de un convenio con la Comunidad de Madrid (Hospital Universitario A).

Por lo que se refiere al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 142.5 LRJ-PAC, que se contará, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho aconteció o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

En el presente caso el reclamante considera inadecuada la asistencia en el Hospital Universitario A por lo que precisó una nueva intervención quirúrgica recibiendo el alta el 3 de noviembre de 2012. La reclamación tuvo entrada el 26 de junio de 2013 por lo que ha de considerarse dentro del plazo legal.

En cuanto al cumplimiento de los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC desarrollado por el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP) se ha incorporado, conforme el artículo 10 del RPRP, el informe del Servicio al que se

atribuye la producción del daño y se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

Se ha recabado el informe de la Inspección sanitaria.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJP-PAC exige, según una constante y reiterada jurisprudencia, una serie de requisitos, destacando la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de marzo de 2014 (recurso 4160/2011) que, conforme el citado artículo 139, es necesario que concurra:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicoamente 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 cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente exige la jurisprudencia el requisito de la antijuridicidad del daño que consiste, no en que la actuación de la Administración sea contraria a derecho sino que el particular no tenga una obligación de soportar dicho daño (así sentencias de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y de 31 de marzo de 2014 (recurso 3021/2011)).

En el ámbito sanitario, la jurisprudencia tanto civil como contencioso administrativa ha utilizado como criterio para determinar el carácter antijurídico del daño la llamada *lex artis*, definida en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2008 (recurso 2364/2004), indicando (FJ 4º), que “*según jurisprudencia constante de esta Sala, un acto médico respeta la lex artis cuando se ajusta al estado de conocimientos de la comunidad médica en ese momento y, así, realiza lo que generalmente se considera correcto en el tipo de situación de que se trate*”.

Igual definición se recoge en la jurisprudencia civil, así la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª) de 30 de marzo de 2012 (recurso 1050/2009) considera que:

“*(...) es obligación del médico realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento, de tal forma que, realizadas las comprobaciones que el caso requiera, sólo el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas, puede servir de base para declarar su responsabilidad, al igual que en el supuesto de que no se hubieran practicado todas las comprobaciones o exámenes exigidos o exigibles*”.

Por ello, la Administración no causa un daño antijurídico si su actuación no ha sido efectiva, pese a haberse aportado los medios necesarios actuando conforme la *lex artis* tal y como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2011 (recurso 2192/2010) y la más reciente de 11 de abril de 2014 (recurso 4221/2012).

La carga de la prueba corresponde al reclamante de la responsabilidad patrimonial conforme el artículo 217 LEC. No obstante, en ocasiones en la materia sanitaria la jurisprudencia ha invertido la carga de la prueba, considerando la mayor facilidad probatoria de la Administración sanitaria.

Así lo ha entendido este Consejo en numerosos dictámenes, a título de ejemplo, el 341/09, de 10 de junio, el 463/10 de 22 de diciembre y el 104/11, de 23 de marzo. El mismo criterio es acogido por los tribunales, así sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de julio de 2013 (recurso 210/2011) y 19 de mayo de 2014 (recurso 748/2011) y sentencia del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 2012 (recurso 1264/2012).

CUARTA.- La reclamación plantea como actos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración la existencia de mala praxis en la realización de la primera intervención quirúrgica en el Hospital Universitario A así como la ausencia de información respecto a dicha intervención incumpliendo lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En lo relativo al primer reproche considera el recurrente que se intervino sin realizar adecuadamente el estudio preoperatorio y que la intervención se realizó incorrectamente al producirse una dehiscencia y precisar nueva cirugía.

Pues bien lo cierto es que no solo no aporta ninguna prueba que sustente sus afirmaciones sino que tanto el informe del Servicio de Cirugía como el de la Inspección Sanitaria y el evacuado por un perito especialista en Cirugía consideran, por el contrario, que la intervención se realizó de forma correcta.

Consta que se revisaron determinadas pruebas realizadas en su hospital de origen y se realizaron otras e igualmente consta la negativa del reclamante a someterse a nuevas pruebas por lo que no puede considerarse que el estudio preoperatorio fuera negligente o inadecuado, siendo avalado tanto por la Inspección como por un perito especialista en este tipo de

cirugía. Así pues no podemos entender que se haya acreditado la existencia de infracciones de la *lex artis* ya sea en el preoperatorio o en la concreta técnica quirúrgica utilizada sin que la supuesta ausencia de resultados satisfactorios genere por sí misma responsabilidad de la Administración, habida cuenta que nos encontramos ante un supuesto de medicina curativa en la que no se garantiza el resultado (a diferencia de la medicina satisfactiva) sino tan solo se asume una obligación de medios (dictámenes 720/11, de 14 de diciembre y 292/14, de 25 de junio, entre otros).

QUINTA.- Procede examinar a continuación la reclamación en lo relativo a la ausencia de consentimiento informado por escrito para la realización de la primera intervención quirúrgica.

Tal y como se ha expuesto en los hechos, consta en la historia clínica del Hospital 12 de Octubre que dicho consentimiento fue firmado (folio 49) pero lo cierto es que no consta en el expediente pese a que su remisión fue solicitada por la Inspección Sanitaria (folio 185), afirmando expresamente el reclamante que no fue informado (folios 1 y 5-13).

Este Consejo viene destacando la importancia del derecho a la información que tienen los pacientes, tal y como ha sido desarrollado por la Ley 41/2002, de 14 noviembre básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica y que el Tribunal Constitucional en su STC 37/2011, de 28 de marzo, ha conectado con el derecho fundamental a la integridad física y moral del artículo 15 de la Constitución Española.

Igualmente el Consejo exige que sea la Administración sanitaria quien pruebe que proporcionó al paciente esa información en virtud del principio de facilidad probatoria ya que se trata de una de sus obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la

información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad a la intervención.

En este caso es un hecho, reconocido por la propia Administración, que no se ha podido aportar el consentimiento informado que, al parecer, firmó en su día el reclamante.

Por ello e independientemente de que quizás no se buscó de forma adecuada (se solicitó al Hospital Universitario A en lugar de al Hospital 12 de Octubre), lo cierto es que ha de tenerse por acreditado que no existe dicho consentimiento informado incumpliéndose lo dispuesto en el artículo 8.2 de la Ley 41/2002.

Es reiterada la jurisprudencia que viene calificando la ausencia de consentimiento informado como una vulneración de la *lex artis*.

En este caso no consta que de la intervención quirúrgica resultase para el reclamante un daño específico, más allá de la falta de resultados de esa intervención.

Ahora bien, el que no se haya producido un daño físico no significa que no se le haya ocasionado un manifiesto daño moral al privársele de la capacidad de decisión en cuanto a operarse o no, con lo cual se vulneró su derecho fundamental a la integridad física y moral contemplado en el artículo 15 de la Constitución tal y como se desprende de la citada STC 37/2011.

En cuanto los derechos fundamentales son elementos esenciales del ordenamiento jurídico que han de informar el conjunto de la organización jurídica y política y cuya tutela es de esencial interés público (SsTC 25/1981, de 14 de julio y 81/1992, de 28 de mayo) es evidente que su vulneración origina un daño moral que ha de ser indemnizado.

A la hora de efectuar la siempre compleja valoración del daño moral, este Consejo, teniendo en cuenta las circunstancias de este concreto caso y en especial el que no se ha ocasionado un daño físico al reclamante, estima adecuada una indemnización de 3.000 euros, que ha de entenderse actualizada a la fecha de este dictamen.

En atención a lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la presente reclamación de responsabilidad patrimonial reconociendo una indemnización de 3.000 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo.

Madrid, 5 de noviembre de 2014