

Dictamen nº: **257/21**

Consulta: **Consejero de Sanidad**

Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**

Aprobación: **01.06.21**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 1 de junio de 2021, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D. ...., por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón en una intervención de oído.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito presentado en el registro de la Consejería de Sanidad el día 24 de octubre de 2019, el interesado antes citado, representado por abogado, formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos en la intervención quirúrgica de dehiscencia de canal semicircular superior derecho realizada el día 26 de noviembre de 2018 y por la que fue dado de alta tres días después, el día 29 de noviembre (folio 1 a 17 del expediente administrativo).

El reclamante expone que el día 4 de enero de 2019 tuvo que acudir al Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario Gregorio Marañón porque refería acúfenos desde la cirugía que le impedían dormir

y que el día 9 de marzo de 2019 presentó una reclamación escrita en el SERMAS porque decía que el informe de alta reseñaba únicamente el cierre de dehiscencia de canal semicircular superior derecho y que no recibía respuestas claras de cuáles habían sido las causas que lo habían provocado y los posibles abordajes de tratamiento y le impedía consultar con otros profesionales. En respuesta a su reclamación, el jefe del Servicio de Otorrinolaringología el día 12 de marzo de 2019 elaboró un informe sobre la asistencia prestada y, formulada nueva reclamación, con fecha 24 de abril de 2019 la subdirectora gerente del Hospital General Universitario Gregorio Marañón contesta que la pérdida de audición tras la intervención puede considerarse excepcional y que en la última consulta iniciaba un tratamiento con corticoides, por lo que se decidió tomar una actitud expectante.

El interesado alega que está en tratamiento en el Servicio de Otorrinolaringología de una clínica privada cuyo informe aporta y alega que se ha producido una múltiple vulneración de la *“lex artis”* que hubo una inadecuada intervención quirúrgica, vía de abordaje y ejecución de la cirugía y que el consentimiento informado era insuficiente.

Solicita una indemnización de 250.000 €, propone como prueba que se incorpore la historia clínica, tanto del Hospital del Sureste y del Hospital General Universitario Gregorio Marañón y copia de la póliza de responsabilidad civil. Aporta con su escrito copia de la escritura de poder general para pleitos a favor del representante y copia de los informes médicos citados en su escrito (folios 18 a 41).

**SEGUNDO.-** Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente Dictamen:

El reclamante, nacido en 1954, con antecedentes de enfermedad inflamatoria intestinal, virus de la hepatitis tratado y fibrilación auricular con tratamiento antihipertensivo, el día 15 de febrero de 2017 acudió a consulta de Otorrinolaringología del Hospital Universitario del Sureste

anotándose en la historia clínica que acudía por sospecha de hipoacusia de larga evolución con taponamiento del oído derecho y ocasionalmente silbidos cerca de ese oído que provocan cierta sensación de desequilibrio.

El 19 de abril de 2017 se le realizó TAC de peñascos en el que consta que en el oído derecho existía dehiscencia del canal semicircular superior y en el oído izquierdo no había alteraciones. Ese mismo día fue valorado por el Servicio de Otorrinolaringología del referido hospital anotándose en la historia clínica el diagnóstico de dehiscencia del canal semicircular superior y se le planteó la posibilidad de intervención quirúrgica, “*en caso de que la clínica, el malestar del paciente, sea evidente. De momento se acuerda revisión en 6 meses*”.

Con fecha 18 de octubre de 2017 el paciente fue visto de nuevo en la misma consulta del Hospital Universitario del Sureste haciendo constar en la historia clínica:

*“Se sigue mareando bastante con la exposición de ruidos intensos, con cierto desequilibrio y aturdimiento. Si alguien silba detrás de él puede llegar a perder casi el conocimiento. No se marea en la cama, aunque ha tenido 2 episodios leves de giro de objetos al agacharse. Refiere notar más hipoacusia derecha”.*

Se acordó realizar un estudio videonistagmográfico (VNG) para descartar otras alteraciones.

El día 15 de noviembre de 2017 se anotaron los resultados de las pruebas, alcanzándose el diagnóstico de síndrome de dehiscencia del canal semicircular superior derecho y se decidió remitir al paciente al Hospital General Universitario Gregorio Marañón para valoración quirúrgica.

Con fecha 16 de febrero de 2018 el reclamante fue atendido en Servicio de Otorrinolaringología del citado centro hospitalario. A la exploración, la otoscopia era normal bilateral. Signo de fistula. Realizado TAC de peñascos, se observó defecto en cobertura ósea craneal del canal semicircular superior derecho. Se solicitó la realización de una prueba de potenciales evocados vestibulares miogénicos (VEMPS) en el Hospital de Getafe.

El día 1 de junio de 2018 en consulta de Otorrinolaringología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón, acudió con los resultados de las pruebas vestibulares referenciadas lo que confirmó el diagnóstico establecido anteriormente y se decidió abordaje transmastoideo estrecho, solicitándose preoperatorio e incluyendo al paciente en lista de espera quirúrgica.

Consta en esa fecha, firmado por médico y paciente, documento de consentimiento informado cumplimentado a mano para intervención quirúrgica de dehiscencia del canal semicircular superior derecho por fosa craneal media. En dicho documento se indicaba el tipo de intervención y los riesgos más frecuentes para este procedimiento consistentes en epilepsia, hematoma y pérdida de audición completa.

La intervención tuvo lugar el día 26 de noviembre de 2018. Según resulta de la historia clínica, se practicó cierre de la dehiscencia con implante de mini placas al efecto, con vía de acceso por fosa media.

Según el informe de alta de 29 de noviembre de 2018, “*ha presentado buena evolución postquirúrgica, por lo que se decide alta y seguimiento en consultas externas ORL*”, con indicación de acudir a consultas externas de Otorrinolaringología el día 5 de diciembre para retirar vendaje y grapas.

El 4 de enero de 2019 el paciente acudió a Urgencias del Hospital General Universitario Gregorio Marañón manifestando que desde la operación tenía acúfenos que le impedían dormir. “*No fiebre, no otorrea, no*

*parálisis facial*”. Se le exploró y se ajustó el tratamiento, indicándose como diagnóstico “acúfenos” y anotándose la próxima revisión para el 18 de enero de 2019.

En la revisión del día 18 de enero de 2019 manifestó estar muy mal, “*y que le gustaría volver a como estaba antes*”. “*Nota sensación de presión. Refiere acúfeno constante. Los esfuerzos y el ruido le aumentan los ruidos. Dice que no oye nada. No refiere mareo. Otoscopia: Tímpano derecho íntegro escleroso. Cicatrices supraauricular y de trago bien. Audiometría. En este momento la tonal está peor aunque mantiene SDS. El paciente está tremadamente disgustado. Dice que no le informé de la circunstancia de un ruido muy invalidante. Que si lo llega a saber nunca se hubiera operado. Refiere que por la noche, no sabe si por el efecto del Lexatín, oye un tintineo y se calma mucho el ruido. Le explico que en el síndrome de CSS suele haber una fase de adaptación a los síntomas y que espero que lo haga con su audición y sus ruidos. Cito en 1 mes para seguimiento*”.

El día 22 de febrero de 2019 fue atendido nuevamente en consulta de Otorrinolaringología. Se quejaba de hipoacusia de oído derecho y de hiperacusia de oído izquierdo (normal). “*Le resulta invalidante el acúfeno*”. Se lamentaba de inestabilidad. “*El ruido en el lado derecho le distorsiona*”. Refería tener enfermedad de Chron y que estaba en tratamiento con corticoides. Se solicitó interconsulta al Servicio de Maxilofacial por problemas de apertura por forzar articulación temporomandibular (ATM).

Con fecha 14 de marzo de 2019, el reclamante fue valorado en Cirugía Maxilofacial-Articulación Temporomandibular. Se hizo constar que tras intervención quirúrgica presentó disminución del cóndilo izquierdo y signos degenerativos. Se solicitó resonancia magnética.

El 14 de mayo de 2019 se anota en la historia clínica el resultado de la resonancia magnética, en la que se hallaron ciertas alteraciones

crónicas izquierdas asintomáticas. Diagnóstico principal: bloqueo articular ATM derecho resuelto.

Según la anotación de la historia clínica del día 22 de mayo de 2019 siguiendo con las revisiones en Otorrinolaringología del referido hospital, figura en la historia que, mantiene acufeno incapacitante, hipoacusia e hipercusia en el lado izquierdo. Se solicitó resonancia magnética de la base del cráneo y se citó en un mes. Realizada la prueba el día 4 de julio de 2019 y en el informe de la misma se hizo constar que había alteraciones postquirúrgicas en la fosa craneal media derecha en relación con antecedentes de cirugía de dehiscencia del canal semicircular superior derecho sin poder descartar una laberintitis sobreañadida.

El interesado aporta con fecha 29 de junio de 2019, informe de clínica privada.

El día 31 de julio de 2019 en revisión, consta que persiste la hipoacusia, acúfeno e insatisfacción por parte del paciente. En audiometría consta pérdida total de audición. Se explica al paciente la posibilidad de implante coclear por intervención quirúrgica y el paciente lo va a pensar.

Con fecha 2 de octubre de 2019 consta que se habló ampliamente de la opción del implante coclear. Se pidió una nueva resonancia magnética para valoración. El informe de dicha prueba, de fecha 11 de octubre de 2019 especificó que los hallazgos son similares a la exploración previa a julio de 2019.

La última reseña en la historia clínica corresponde al día 6 de noviembre de 2019 en la que se hizo constar que no estaba decidido a operarse y prefería repetir la resonancia magnética y se pautó revisión en 6 meses.

**TERCERO.** - Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC).

En cumplimiento de lo dispuesto en el art. 81 LPAC, se ha incorporado al expediente un informe del jefe del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón sobre la asistencia sanitaria prestada al reclamante.

Con fecha 13 de noviembre de 2020 emite informe la Inspección Sanitaria (folios 121 a 134) que tras el análisis de la asistencia dispensada al reclamante concluye:

*“Acerca de la indicación quirúrgica y la intervención realizada vía fosa media craneal, no se hacen objeciones: a pesar de resultados insatisfactorios, ello no permite catalogarla como de mala práctica.*

*Por otro lado, acerca de la información otorgada para el conocimiento y autorización del paciente, se valora por esta Inspección Médica que la misma se considera ha sido insuficiente”.*

El día 7 de mayo de 2020 el representante del reclamante presentó un escrito interesándose por la tramitación del procedimiento. Escrito que reitera el día 13 de noviembre de 2020.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes y de la historia clínica, se ha evauciado el oportuno trámite de audiencia al interesado en el procedimiento. Con fecha 31 de marzo de 2021 el representante del reclamante formula alegaciones reiterándose en su escrito de inicio del procedimiento, insistiendo sobre la insuficiencia del consentimiento informado firmado por su representado y las secuelas sufridas como consecuencia de la operación, incluida la retracción y

cicatriz de más de 20 centímetros en el lateral derecho de su cabeza y de la que no fue informado en el documento de consentimiento informado. Aporta con su escrito informes de su médico de Atención Primaria y unas fotografías de la cicatriz.

Con fecha 26 de abril de 2021 el viceconsejero de Asistencia Sanitaria formula propuesta de resolución (folios 181 a 185) estimatoria parcial de la reclamación al considerar que hubo falta de información en el consentimiento informado prestado para la intervención quirúrgica.

**CUARTO.-** Por escrito del consejero de Sanidad con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 29 de abril de 2021 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 202/21, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 1 de junio de 2021.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

## **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f.a) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial

de cuantía superior a 15.000 € y por solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3,a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

**SEGUNDA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al haber recibido la atención sanitaria objeto de reproche que dice haber sufrido.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por un centro sanitario de su red asistencial, el Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo o de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, el reclamante fue intervenido el día 26 de noviembre de 2018, y dado de alta tres días después, el 29 de noviembre,

por lo que la reclamación presentada el día 24 de octubre de 2019, está formulada en el plazo legal.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedural y, así, se ha solicitado el informe preceptivo previsto en el artículo 81 de la LPAC, esto es, al Servicio de Otorrinolaringología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón. También consta haberse solicitado informe a la Inspección Sanitaria y se ha incorporado al procedimiento la historia clínica. Después se realizó el trámite de audiencia al interesado y se ha dictado propuesta de resolución.

**TERCERA.-** La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el art. 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la LRJSP en su título preliminar, capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Regulación que, en términos generales, coincide con la que se contenía en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere:

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

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”.*

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.*

**CUARTA.-** En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *“lex artis”* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay

infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5<sup>a</sup>) de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) que “*no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente*”, por lo que “*si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido*” ya que “*la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados*”.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las Sentencias de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010) y de 27 de abril de 2015,

(recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales “*puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido*”, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

**QUINTA.-** Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta acreditado en el expediente que el reclamante, tras la intervención para reparar la dehiscencia de canal semicircular derecho, presentó acúfenos y realizado control, se apreció un deterioro de la audición e intensificación del acúfeno, así como una gran cicatriz en la cabeza, apreciándose en controles posteriores mayor deterioro auditivo hasta niveles severo-profundos, sin opción de utilización de prótesis auditiva.

Probada la realidad del daño, resulta necesario examinar si existe relación de causalidad entre este y la asistencia sanitaria prestada por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón.

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 lo que constituye regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 5 de noviembre de 2019 (recurso 886/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, como añade la citada sentencia, “*las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica*”.

El reclamante alega, en primer lugar, que la intervención quirúrgica fue inadecuada, así como la vía de abordaje y la ejecución de la cirugía.

Sin embargo, no aporta prueba alguna que acredite la infracción de la *lex artis* denunciada. Por el contrario, los informes médicos que obran en el expediente, contrastados con la historia clínica examinada, ponen de manifiesto que la actuación del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital General Universitario Gregorio Marañón en la asistencia dispensada a la interesada no infringió la *lex artis ad hoc*. En este sentido resulta relevante lo informado por la Inspección Sanitaria, que pone de manifiesto que la intervención realizada y su vía de acceso por fosa media se considera habitual y correcta. En este sentido el médico inspector afirma que “*se corrigió la solución de continuidad del conductor con técnica de las preconizadas y se repararon lesiones adyacentes, cosa que se recomienda ante su hallazgo*” e indica que, a pesar de no haber habido incidencias conocidas y unos primeros días sin sintomatología, el paciente no evolucionó bien. En este sentido, según el informe de la Inspección:

“*Se presentaron en este caso unos resultados postquirúrgicos desfavorables, con resolución solo parcial de algún síntoma, aparición de otros que no eran presentados previamente en este paciente, y agravamiento de la hipoacusia. (Esta no resolución está descrita en las referencias, relativa sobre todo a la hipoacusia y síntomas vestibulares).*

*A pesar de estos resultados, cuyo exacto mecanismo de producción no puede establecer esta Inspección, de ello no se infiere que esta asistencia sea catalogable de mala práctica médica.*

*Se entiende que la remodelación de estructuras como las intervenidas puede no llevar a la curación o puede haber afectación, en ocasiones, de estructuras adyacentes”.*

Por tanto, debe concluirse que la asistencia prestada al paciente por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón fue correcta y ajustada a la *lex artis*, como concluye el médico inspector en su informe.

Conclusión a la que debemos atenernos dado que el informe de la Inspección Sanitaria obedece a criterios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias, entre ellas la dictada el 24 de febrero de 2020 (recurso nº 409/2017): *“...sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del médico inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.*

**SEXTA.-** Resta por analizar el reproche del interesado relativo a la falta de información previa a la cirugía realizada el 26 de noviembre de 2018 para intervención quirúrgica de dehiscencia del canal semicircular superior derecho por fosa craneal media.

En este punto cabe recordar que esta Comisión Jurídica Asesora viene resaltando en sus dictámenes (por todos, el 54/18, de 8 de febrero), que la necesidad de suministrar al paciente información completa de las actuaciones que se van a llevar a cabo en el ámbito de su salud, viene impuesta legalmente en el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

En concreto, el artículo 8 de la misma Ley dispone sobre el consentimiento informado que *“toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”* y, en su apartado segundo que *“el consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de*

*procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.*

La finalidad de la información es permitir al paciente tomar la decisión de someterse a la técnica médica de que se trate con conocimiento de los riesgos que pueden derivarse de la misma, y la falta de información equivale a una limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral contemplado en el artículo 15 de la Constitución, según ha considerado el Tribunal Constitucional, en su sentencia 37/2011, de 28 de marzo.

Además, como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 31 de enero de 2019 (recurso 290/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “*no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales*”.

En este caso, no cabe duda que se ha producido una vulneración del derecho del reclamante a una adecuada información previa a la cirugía realizada el 26 de noviembre de 2018. Así, resulta del expediente que el interesado firmó el 1 de junio de 2018, el documento de consentimiento informado para la dehiscencia del canal semicircular superior derecho por fosa craneal media, siendo un documento muy parco en cuanto a la información que suministra, tal y como también reconoce la Inspección Sanitaria en su informe que dice que un documento de consentimiento informado debe comprender lo siguiente:

*“Una breve descripción específica de lo que se va a hacer, cosa que no figura en el documento del caso, una exposición mayor sobre los riesgos, los síntomas que pueden aparecer o persistir y también una reseña concreta sobre esto: que puede no resolverse el cuadro, sino solo parcialmente, cosa que tampoco figura como tal en el documento aportado (salvo la referencia manuscrita de pérdida de audición*

*completa); todo lo cual permitiría dar a conocer que, aunque estas intervenciones puede considerarse que suelen ser satisfactorias, pueden surgir los inconvenientes anotados (u otros).*

*Un documento más completo en estos sentidos permitiría cumplir mejor con el correcto deber de información y así aportarse verdadero consentimiento informado.*

*En este caso, este aspecto, complementario de la asistencia sanitaria pero en vinculación estrecha, como se acaba de reseñar, resulta algo insuficiente”.*

En este sentido afirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 21 de junio de 2018 (recurso 1/2017):

*“En el ámbito sanitario es de suma importancia la elaboración de formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse la finalidad pretendida por la Ley. El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo a una terapia por razón de sus riesgos”.*

En este caso cabe concluir, como hace la propuesta de resolución, que hubo una vulneración de las obligaciones impuestas a los servicios sanitarios por la citada Ley 41/2002. Así pues, esta Comisión considera procedente estimar la reclamación en el indicado punto de la infracción del derecho a la información de la reclamante, sin perjuicio de que la actuación médica en sí misma considerada no sea reprochable desde el punto de vista médico.

En estos casos la valoración de dicho daño es extremadamente complicada por su gran subjetivismo, como hemos señalado

reiteradamente [así nuestro Dictamen 165/18, de 12 de abril, en el que se citan las sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 (recurso 592/2006) y 23 de marzo de 2011 (recurso 2302/2009)].

En punto a su concreta indemnización, la Sentencia de 11 de mayo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (P.O. 1018/2013), resalta la dificultad de cuantificar ese daño moral, y señala que la cuantía debe fijarse “*de un modo estimativo atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin que, ni siquiera con carácter orientativo, proceda fijar la cuantía de la indemnización con base en módulos objetivos o tablas indemnizatorias como las contempladas en las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones*”.

Por ello, esta Comisión, como en dictámenes anteriores (así el Dictamen 529/19, de 12 de diciembre o el Dictamen 372/20, de 15 de septiembre, entre otros), valora el daño ocasionado por la falta de información suficiente con carácter previo a la cirugía para la dehiscencia del canal semicircular superior derecho por fosa craneal media realizada el 26 de noviembre de 2018 en 6.000 euros.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

## **CONCLUSIÓN**

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer una indemnización de 6.000 euros por la vulneración del derecho a la información del reclamante.

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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 1 de junio de 2021

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 257/21

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid