



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero  
Sr. Fernández Costales, Consejero  
Sr. Pérez Solano, Consejero  
Sr. Quijano González, Consejero y  
Ponente  
Sr. Madrid López, Consejero  
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 7 de junio de 2007, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx1 y Dña. xxxxx2*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

### I

#### ANTECEDENTES DE HECHO

El día 9 de mayo de 2007 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx1 y Dña. xxxxx2 debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hija, ccccc, en el Hospital hhhhh de xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 10 de mayo de 2007, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 442/2007, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Quijano González.

**Primero.-** El 28 de febrero de 2005, D. xxxxx1 y Dña. xxxxx2, en su propio nombre y en el de su hija, ccccc, presentan una reclamación de



responsabilidad patrimonial debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hija en el Hospital hhhhh de xxxxx.

Exponen que en marzo de 2004 su hija, de 6 años, ingresó en el Hospital hhhhh de xxxxx para someterse a una cirugía por videotoracoscopia a fin de researle un quiste broncogénico subcarinal derecho. Que en dicha intervención se le ocasionó una perforación esofágica, lo cual supuso una mayor estancia hospitalaria amén de secuelas no sólo físicas –dificultades al tragar alimentos– sino psicológicas, por cuanto requirió tratamiento farmacológico con antidepresivos. Manifiestan asimismo que estos hechos les han generado a ambos padres crisis de ansiedad para las cuales han requerido tratamiento médico.

Reclaman como indemnización 60.000 euros.

Acompañan a su reclamación determinados informes médicos de la menor que ya figuran en la historia clínica.

**Segundo.-** Al expediente administrativo se han incorporado la historia clínica de la niña, los informes del Coordinador de la UCIP del hospital, de la Sección de Pediatría, de la Sección de Cirugía Torácica, de la Sección de Cirugía Pediátrica y de la Inspección Médica, así como un dictamen médico realizado a instancia de la compañía aseguradora de la Administración.

**Tercero.-** Concedido el trámite de audiencia, los reclamantes presentan el 21 de diciembre de 2005 un escrito en el que ratifican los argumentos contenidos en su reclamación y manifiestan su disposición para llegar a un acuerdo sobre el importe de la indemnización.

**Cuarto.-** El 4 de diciembre de 2006, presentan un nuevo escrito en el que indican que existe otra secuela derivada de la intervención, cual es la posible sinostosis de arcos costales posteriores, para lo cual solicitan la apertura de un periodo de prueba. Asimismo, reiteran su disposición para una terminación convencional del procedimiento y solicitan la certificación de acto presunto.

**Quinto.-** Mediante escrito de 22 de diciembre de 2006, se informa a los interesados de los efectos del silencio administrativo producido y se les comunica que no se tiene previsto proponer una terminación convencional.



**Sexto.-** El Director General de Desarrollo Sanitario emite, con fecha 6 de marzo de 2007, informe-propuesta de carácter desestimatorio.

**Séptimo.-** Con fecha 27 de marzo de 2007, la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula la propuesta de orden desestimando la reclamación interpuesta.

**Octavo.-** El 12 de abril de 2007, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la propuesta de orden citada.

**Noveno.-** Consta en el expediente la interposición por parte de los interesados de un recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, cuyo expediente es objeto del presente dictamen, y su admisión a trámite por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con fecha 22 de febrero de 2007.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

## II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**1ª.-** El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

**2ª.-** El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.



No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que los interesados presentan la reclamación (28 de febrero de 2005) hasta que se formula la propuesta de orden (27 de marzo de 2007). En particular, llama la atención la inexplicable tardanza –más de un año– en formular la propuesta de orden desde la finalización del trámite de audiencia. Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración de principios y criterios relativos a su actuación recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros.

**3ª.-** Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

**4ª.-** El artículo 106.2 de la Constitución establece que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos”.

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.
- b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.



c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexos causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

**5ª.-** El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por D. xxxxx1 y Dña. xxxxx2 por los daños y perjuicios derivados de la perforación esofágica causada a su hija, ccccc, durante una toracoscopia realizada en el Hospital hhhhh de xxxxx.

Los interesados han interpuesto la reclamación en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, al no haber transcurrido un año desde la fecha de la intervención quirúrgica –25 de marzo de 2004–.

**6ª.-** En cuanto al fondo del asunto, es preciso analizar por separado las diferentes cuestiones planteadas en la reclamación.

A) En primer lugar, alegan que la perforación esofágica se produjo como consecuencia de la negligente actuación de los servicios sanitarios en la cirugía por videotoracoscopia realizada a su hija, a fin de researle un quiste broncogénico subcarinal derecho.

El parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño viene determinado por el criterio de la *lex artis*. La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración sanitaria y sus agentes están obligados a poner a



disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada, según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis ad hoc* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño –por no ser éste antijurídico– cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

En el presente caso, la niña fue diagnosticada de quiste broncogénico para lo cual se pautó tratamiento quirúrgico. La intervención mediante toracoscopia (VATS) se realizó sin complicaciones, tal y como consta en el protocolo de intervención. A las 24 horas de la operación se aprecia que el líquido del drenaje pudiera corresponderse a quilotórax secundario a cirugía. Por ello, se decide intervención urgente en la cual aprecian una perforación esofágica de 2 cm de longitud. Se procede al cierre primario de la misma sobre una sonda y se cubre la sutura con músculo intercostal.

El dictamen médico afirma que los quistes broncogénicos se encuentran al lado del esófago y la tráquea, pero rara vez comunican con estas estructuras. Su tratamiento es quirúrgico y consiste en la meticulosa extirpación de los mismos por el riesgo de lesionar estructuras vecinas. En caso de ser posible, se prefiere el empleo de técnicas de cirugía endoscópica, ya que son menos agresivas que las técnicas quirúrgicas abiertas, aunque ello no excluye la posible aparición de complicaciones, entre ellas, la lesión del esófago.

La literatura médica –expone la Inspección Médica– indica que la causa más común de perforación de esófago es la iatrogénica por procedimientos diagnósticos (75% de los casos) apareciendo entre las causas menos comunes las lesiones producidas durante una intervención quirúrgica a otro órgano cercano al esófago. Por su parte, el dictamen médico puntualiza que “las



perforaciones en el esófago de los niños son en su mayor parte de causa iatrogénica en el transcurso de intervenciones quirúrgicas o en el de dilataciones con cualquiera de las técnicas utilizadas para el tratamiento de la estenosis de cualquier etiología". Debe entenderse que el término iatrogenia se utiliza para designar la patología producida por intervención médica, sin que ello implique por sí mala praxis, como expresamente afirman los distintos informes obrantes en el expediente.

La lesión del esófago –complicación citada– puede pasar inadvertida en el momento de la cirugía y ponerse de manifiesto sólo después de unas horas, al salir saliva y aire a la cavidad pleural, apareciendo la sintomatología típica de neumotórax y derrame pleural, que no es otra cosa que saliva.

En definitiva, cabe entender que la perforación del esófago es un riesgo propio de la intervención quirúrgica a la que fue sometida la hija de los reclamantes, que no fue advertida hasta pasadas 24 horas desde la cirugía por la aparición de los síntomas propios, lo que, como afirman los informes médicos, entra dentro de lo posible. No cabe, por tanto, apreciar una actuación incorrecta de los profesionales sanitarios durante la práctica de la operación, sin que por parte de los reclamantes se haya aportado prueba alguna que acredite una mala praxis médica.

B) En segundo lugar, la consideración de los daños sufridos por la menor como riesgos propios de la intervención quirúrgica obliga a analizar el contenido de la información suministrada a los padres de la niña sobre los riesgos de la operación.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, y en nuestra Comunidad la Ley 8/2003, de 8 de abril, de derechos y obligaciones en relación con la salud, concretan los límites precisos del derecho a la información del paciente (y la correlativa obligación por parte de la Administración sanitaria) y acentúan la necesidad de su constancia por escrito para determinados supuestos.

Como indica el artículo 2.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, el previo consentimiento se requiere, con carácter general, para toda actuación en el ámbito de la sanidad; consentimiento que, como indica dicho precepto, debe obtenerse después de recibir una información adecuada, sin que esta expresión



deba entenderse en el sentido de información completa. Y ello porque como señaló el Tribunal Supremo, en Sentencia de 26 de noviembre de 2004 –recogida en supuestos semejantes por este Órgano Consultivo (entre otros, Dictamen 372/2006, de 31 de agosto)–, “la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada –puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente– y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica –no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión–, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario (...)”.

El derecho a conocer toda la información disponible con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud se recoge en el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre; información que, como regla general, se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica. Correlativamente, el artículo 8.2 establece que el consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito, entre otros, en los casos de intervención quirúrgica, como es el caso. Y para este consentimiento escrito, el artículo 10.1 precisa la información previa que ha de otorgarse. En resumen, consecuencias relevantes seguras, riesgos personales o profesionales del paciente, riesgos probables en condiciones normales y contraindicaciones. No obstante, su párrafo segundo añade que “el médico responsable deberá ponderar en cada caso que cuanto más dudoso sea el resultado de una intervención más necesario resulta el previo consentimiento por escrito del paciente”.

Esta regulación vino a consagrar la doctrina del Tribunal Supremo, recogida en la sentencia mencionada, según la cual “la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). La obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender





que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad”.

En el caso que nos ocupa, consta en el expediente (folio 5 de la historia clínica) el impreso denominado “Información y autorización de procesos quirúrgicos” firmado por el padre de la menor. Ciertamente es que se trata de un impreso genérico, si bien referido en este caso –pues así se indica– a la intervención quirúrgica “toracotomía derecha y resección de lesión quística mediastínica” al que iba a ser sometida la paciente. Pero también lo es que en dicho documento los padres de la niña expresamente asumen las siguientes declaraciones: “Reconocemos haber sido informados por la Dra. (...) sobre la enfermedad que padezco, sus características, su evolución; además he recibido información sobre el tipo de intervención quirúrgica que se me propone, así como de los posibles tratamientos alternativos. He sido informado de: (...) el riesgo, tipo de complicaciones y muerte, para el tipo de intervención (...)”.

Este documento constituye prueba suficiente de que los reclamantes fueron informados verbalmente de la intervención a que iba a ser sometida su hija y de las posibles complicaciones que podían surgir. Ahora bien, este Consejo no puede dejar de advertir que aquél no recoge la información suministrada con carácter previo al otorgamiento del consentimiento, lo que sería muy deseable.

La afirmación contenida en la reclamación de que “se nos había informado que dicha intervención no tenía complicaciones” no desvirtúa la anterior consideración, pues ningún tipo de cirugía está exento de la posibilidad de aparición de complicaciones, como expresamente indica el dictamen médico.

Por otra parte, la presencia o no de un cirujano pediátrico en quirófano como mero espectador no podía influir en el resultado de la intervención, por lo que la alegación sobre la información inadecuada en este punto carece de relevancia.



C) En tercer lugar, los reclamantes reclaman por otros daños calificados como diagnósticos secundarios, motivados por la perforación esofágica.

A este respecto, la Inspección Médica considera que únicamente son diagnósticos secundarios: hidroneumotórax –que puede ser complicación de la perforación esofágica–, atelectasia, empiema y escoliosis –consecuencia de la cirugía torácica–. El resto de los mencionados en el informe de alta de la UCIP no tienen tal carácter y son incidencias observadas durante la estancia de la paciente en la unidad.

En definitiva, al ser complicaciones propias de la intervención, existiendo consentimiento informado y no apreciándose mala praxis, no han de considerarse daño antijurídico.

D) Finalmente, se alega que la lesión le ha producido como secuela la estrechez del tubo esofágico que le impide comer con normalidad.

El dictamen médico manifiesta que “la estenosis esofágica que quedó como secuela y que se visualiza (...) no le impide la alimentación normal, no tiene dilatación supraestenótica y no ha requerido de dilataciones, por lo que se considera que debe ser mínima.”

Por su parte, el propio médico interviniente –Jefe de Sección de Cirugía Torácica– afirma “que no se trataba de una intervención electiva sobre una paciente asintomática sino de una indicación quirúrgica en una paciente con trastornos severos de la alimentación con estenosis esofágica por compresión extrínseca”.

Y el informe de la Inspección Médica estima que la niña “puede alimentarse como cualquier otro niño de su edad, masticando correctamente los alimentos”.

E) En conclusión, cabe afirmar que las actuaciones sanitarias practicadas fueron conformes con la *lex artis ad hoc*, por lo que procede desestimar la reclamación planteada.

**7ª.-** Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, y constando que los interesados han interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la



desestimación, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que, en el caso de que en dicho proceso hubiera recaído sentencia firme, no procedería ya dictar resolución alguna en vía administrativa, sino dar cumplimiento en sus propios términos al fallo de la sentencia.

Por último, nos vemos igualmente en la obligación de poner de manifiesto que la demora injustificada en resolver el presente expediente de responsabilidad patrimonial, y la consiguiente ausencia de causas expresas denegatorias de su reclamación –la desestimación se produce por silencio administrativo–, ha llevado a los interesados a acudir a la vía judicial, con los gastos que esto conlleva de procurador y abogado, entre otros. Si bien es cierto que el cumplimiento por parte de la Administración de su obligación de resolver en plazo no hubiera impedido, en este caso, que los interesados acudieran a la vía judicial, también lo es que los argumentos en que se fundamenta la desestimación es posible que les hubieran hecho desistir de esta opción.

**8ª.-** Debe corregirse en la página 4 de la propuesta de orden, párrafo cuarto, primera línea, la expresión “no lleva a estudiar” por “nos lleva a estudiar”.

### **III CONCLUSIONES**

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx1 y Dña. xxxxx2 debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hija, ccccc, en el Hospital hhhhh de xxxxx.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.