



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sr. Sobrini Lacruz, Consejero y
Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 1 de marzo de 2018, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx*, 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 6 de febrero de 2018 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite el mismo día, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 57/2018, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Sobrini Lacruz.

Primero.- El 22 de junio de 2015 Dña. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autónoma, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1.

Expone en su escrito que, tras acudir a revisión anual por antecedentes de probable neumonía eosinófila crónica, el 20 de enero de 2015 se le practica una broncoscopia en la que se le provocó un neumotórax y perforación del pulmón, motivo por el cual no recibió el alta hospitalaria hasta el día 6 de febrero –cursó la laboral el 9 de marzo- del mismo año.

Solicita por ello una indemnización de 4.273,56 euros.

Adjunta a su reclamación diversa documentación médica y parte de alta.

Segundo.- Al expediente se incorporan, además de la historia clínica, informe de la Unidad de Broncoscopias del Complejo Asistencial Universitario de xxx1de 31 de julio de 2015, de la Inspección Médica de 8 de marzo de 2016 y de la compañía aseguradora del Sacyl de 20 de abril de 2016.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia a la reclamante, el 8 de mayo de 2017 presenta alegaciones en las que se ratifica en su pretensión inicial, si bien incrementa el quantum indemnizatorio a 12.711,90 euros.

Cuarto.- El 5 de junio se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación presentada.

Quinto.- El 3 de julio de 2017 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente.

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.i),1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g) del Acuerdo de 6 de

marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la 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, aplicables en el presente caso *ratione temporis*.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (22 de junio de 2015) hasta que se formula la propuesta de orden (5 de junio de 2017). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente como una infracción de los principios y criterios que han de regir 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 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.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

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.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la 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, nexo 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.- En cuanto al fondo del asunto, en el supuesto planteado resulta necesario abordar las cuestiones que se suscitan en relación con la antijuridicidad del daño sufrido por el interesado desde varias perspectivas.

La reclamante considera en su escrito de reclamación que la asistencia recibida ha sido inadecuada por los daños derivados de la práctica de la broncoscopia efectuada el 20 de enero, que le produjo una serie de complicaciones que deben ser indemnizadas.

En este punto procede traer a colación la doctrina sentada por este Consejo relativa a que el no obtener los resultados esperados o la aparición de complicaciones tras una intervención o prueba no es constitutiva, a modo de ecuación directa, de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

A este respecto es constante la jurisprudencia que modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con aquél que pueda producirse.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria 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.

Finalmente debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 16 de marzo de 2005 y de 7 y 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), según la cual "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, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida”.

En este sentido, el informe de la Unidad de Broncoscopias señala que la hemorragia y el neumotórax son complicaciones que pueden observarse en la realización de esta técnica hasta en el 1% de casos, riesgos que aparecen reflejados en el documento de consentimiento informado. El informe de la Inspección Médica considera que procede estimar la reclamación, si bien ello obedece a la falta de firma del documento de consentimiento informado, sin que exista, más allá de una relación del *iter* asistencial, manifestación alguna que permita entender que la práctica de la broncoscopia ha sido ejecutada de manera incorrecta.

Si bien la existencia de complicaciones puede resultar no muy frecuente, sí es posible, en el caso de ciertas intervenciones quirúrgicas o de determinadas técnicas -tal y como se recoge en el documento de consentimiento informado- que puedan llegar a ser inevitables, sin que en este caso se haya aportado prueba alguna que acredite, más allá del resultado, que ha existido *mala praxis*.

6ª.- En otro orden de consideraciones, resta por analizar el hecho de que el documento de consentimiento informado relativo a la técnica indicada solo aparece firmado por el facultativo y no por el paciente, motivo este por el que la Inspección Médica se inclina por estimar la reclamación.

Lo primero que cabe advertir a este respecto es que la falta de información no ha sido alegada por la reclamante ni en su escrito inicial ni el de alegaciones, en el que se limita a señalar que “El consentimiento informado no consta firmado por mí, sólo está firmado por el médico”, pero sin que en ningún momento se invoque la falta de información para prestar válido consentimiento a la prueba, indicada y necesaria, a la que fue sometida.

Respecto a la falta de consentimiento informado, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2007 recuerda que “el defecto de consentimiento

informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario”, y la Sentencia de 25 de marzo de 2010 añade que “no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales. Así la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar” y que “Por ello, una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento”.

Ello no obstante, como indica la Sentencia de 26 de febrero de 2004, “aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis *ad hoc*, no lo es menos que tal mala praxis no puede *per se* dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002, que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad”, lo que reitera la Sentencia de 1 de febrero de 2008 al señalar que “obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado”.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009 contiene un repaso de la doctrina sobre el particular, de la que pueden extraerse las siguientes conclusiones: “(1) el consentimiento informado surge en defensa de la autonomía de la voluntad de la persona-paciente que tiene derecho a decidir, con el asesoramiento técnico adecuado, su sometimiento a un acto médico, de suerte que el defecto del consentimiento informado es considerado por la jurisprudencia como incumplimiento de la ‘*lex artis*’ en cuanto constituye una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario; la falta del consentimiento constituye por sí un supuesto de antijuridicidad; (2) sin embargo, no de todo incumplimiento del consentimiento informado se deriva responsabilidad pues se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo. En el supuesto de intervención enteramente satisfactoria para el paciente e inexistencia de daño físico, difícilmente puede entenderse que se origine una reclamación, pero caso de producirse estaría condenada al fracaso. Supuesto distinto al anterior es aquel en el que no obstante ajustarse

la intervención de manera absoluta a la '*lex artis*', el paciente sufre una secuela previsible; en estos casos la jurisprudencia considera el consentimiento informado como bien moral susceptible de resarcimiento, y ello aun cuando se trate de complicaciones propias de las intervenciones quirúrgicas no imputables a una actuación médica incorrecta, salvo en aquellos supuestos de actuaciones médicas conformes con la "*lex artis*" en las que se origina un resultado dañoso por un riesgo atípico, imprevisible o fuerza mayor, supuesto en el que la jurisprudencia entiende que se rompe el nexo causal entre la prestación del servicio y el resultado dañoso, al considerar que el consentimiento y la información que la precede debe ajustarse a estándares de razonabilidad y, por tanto, no cabe desde esa premisa exigir una información que abarque hipótesis que se alejan del acto médico; (3) a falta del documento relativo a su prestación, incumbe a la Administración por inversión en la carga de la prueba la acreditación sobre el cumplimiento de las formalidades que exige el consentimiento informado, que comprenden, entre otros aspectos, no sólo los riesgos inherentes a la intervención sino también los posibles tratamientos alternativos; y (4) supuesto que la producción del daño colateral, inherente al riesgo normal de la intervención, no pueda imputarse al mal arte del facultativo, respecto de las consecuencias jurídicas de tal carencia en el consentimiento informado lo que debe valorarse en cuanto proceder antijurídico es la privación del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora, debiendo ponderarse sólo el monto de una indemnización que responda a la privación de aquel derecho y de las posibilidades que, en otro caso, se tenía".

En el presente caso, debe tenerse en cuenta también que, junto con ese documento no firmado por la paciente, consta que esta prueba requiere de sedación, que para su práctica sí firmó la paciente este documento, y que ambos han sido firmados por la misma facultativo, por lo que no resulta razonable pensar que la paciente fue informada de los riesgos de la sedación y no de la práctica de la prueba en sí, realizadas ambas en unidad de acto –a este respecto cabe sin embargo advertir que la existencia de este segundo documento de consentimiento aparece declarado en la propuesta de resolución, en el informe de la Asesoría Jurídica y de la compañía aseguradora del Sacyl, aunque este Consejo Consultivo no ha podido identificarlo dentro de la historia clínica remitida-. Hubiera sido también deseable contar con un informe del médico que llevó a cabo esta información y que aparece en ambos documentos, en el que se diera razón de las omisiones constatadas en el documento de consentimiento informado, así como del facultativo que practicó la prueba, ya

que éste afirma de manera categórica que la prueba se realiza “previa firma del consentimiento informado” (informe de 31 de julio de 2015).

Sin perjuicio de lo anterior y a pesar de que la deficiente cumplimentación del documento de consentimiento informado con ausencia de alguno de los requisitos legales preceptuados por la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud de Castilla y León (cuyo artículo 34 señala como contenido mínimo, entre otros: la identificación del médico, lugar y fecha, así como las firmas del médico y de la persona que presta el consentimiento), este Consejo Consultivo considera que las omisiones descritas no son merecedoras en el presente caso de constituir una infracción de tal entidad como para determinar el reconocimiento de una indemnización a la reclamante. Se considera, por el contrario, que la misión fundamental del consentimiento ha sido cumplida (suministrar información, advertir de los posibles riesgos y firma del paciente, lo que refleja la debida constancia de su existencia y contenido) por una paciente que acude previamente a consulta para revisión anual, donde se le pauta esta prueba, necesaria, que firma el documento de consentimiento relativo a la sedación y, junto a este, consta el relativo a la técnica en cuestión, aunque sin firmar. En definitiva, no se aprecia en el presente supuesto que se haya producido –amén de no haber sido siquiera alegado– una privación del ejercicio del derecho de autodeterminación de la paciente (en el mismo sentido Dictamen 578/2011, de 3 de mayo).

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución desestimatoria en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1.

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

