

Dictamen n^o: **172/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.04.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 30 de abril de 2013, 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 el asunto promovido por S.V.S., sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por el fallecimiento de su hijo menor de edad, A.V.T. que atribuye a la asistencia sanitaria dispensada por el Hospital General Universitario Gregorio Marañón, que considera deficiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El interesado, mediante escrito que tiene entrada en el registro auxiliar del Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid el 9 de diciembre de 2008, reclama responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por el fallecimiento de su hijo, que atribuye a una deficiente actuación de los médicos que atendieron al menor que ingresó el 9 de mayo de 2006 en el Hospital General Universitario Gregorio Marañón para reducción de pie cavo-varo izquierdo. Tras la intervención y posterior permanencia en la Unidad de Recuperación Posanestésica (URPA), es trasladado a planta, donde surgen complicaciones que obligan a su traslado a la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos (UCIP). Allí presenta coma irreversible y posterior muerte cerebral el 11 de mayo de 2006.

Solicita una indemnización de 250.000 euros “*más los intereses que se hubiesen devengado*”, sin indicar los criterios aplicados para llegar a esa cuantía. A efecto de notificaciones indica un despacho de abogados.

Por los mismos hechos, el reclamante había presentado denuncia el 12 de mayo de 2006, en el Juzgado de Instrucción número 9 de Madrid, que después de incoado el procedimiento resolvió el archivo provisional de las actuaciones interponiéndose contra el mismo recurso de apelación ante la Audiencia Provincial que confirmó la resolución del citado Juzgado mediante Auto 722/07, de 26 de julio de 2007, notificado el 14 de septiembre de 2007.

Con posterioridad, el reclamante presentó solicitud de responsabilidad patrimonial al Ministerio de Sanidad el 2 de septiembre de 2008, que fue inadmitida por falta de competencia el 4 de noviembre de 2008.

Adjunta a su reclamación, entre otros, documentación relativa a la denuncia interpuesta, diversos informes médicos, informes de autopsia efectuado por el Instituto Anatómico Forense y por el Hospital Gregorio Marañón, e informe médico forense efectuado en relación a las Diligencias Previas 3508/06.

SEGUNDO.- La historia clínica y la restante documentación médica obrante en el expediente, ponen de manifiesto los siguientes hechos:

El paciente, nacido de parto gemelar el 6 de noviembre de 2001 y reanimación tipo III al nacer contaba como antecedentes personales: síndrome hipotónico de las cuatro extremidades y deformidades con retraso madurativo y desequilibrios musculares múltiples artrogriposis congénita (folio 528); sospecha de anillo vascular; pies cavo-varo-adductos que precisaron yesos de recién nacido y posterior corrección quirúrgica; displasia de caderas tratada con férula de Frejka; plagiocefalia, limitación de giro cervical, escoliosis de columna y oblicuidad pélvica (folio 423).

El 6 de julio de 2005 se realiza fasciotomía superficial del pie derecho, con buena evolución y alta hospitalaria el día 10 siguiente (folio 617). La corrección obtenida fue satisfactoria, por lo que se puso en lista de espera para la intervención del otro pie, siendo rechazado por anestesia en varias ocasiones (folio 672).

Ingresa en febrero de 2006 para intervención del pie izquierdo que no pudo realizarse por catarro y que finalmente se llevó a cabo el 10 de mayo de 2006, clasificación de anestesia ASA III (folio 670).

Con anterioridad a la operación, la madre del menor suscribe documento de consentimiento informado para intervención quirúrgica, en el que constan como riesgos generales: “(...) *infección, hemorragia, lesión nerviosa, alteraciones cardiopulmonares, reacciones alérgicas y neumonía*”.

A las 9:00 horas del 10 de mayo de 2006 el niño es bajado a quirófano para fasciotomía superficial percutánea y transferencia del tibial posterior a cuboides y yeso inguinopédico. No presenta incidencias durante la cirugía, mostrando buen relleno capilar distal postoperatorio.

Tras la actividad quirúrgica se retiran los anestésicos intravenosos e inhalatorio y se administra oxígeno al 100% hasta objetivar reacciones espontáneas de despertar del paciente (apertura de ojos, deglución y actividad respiratoria espontánea satisfactoria) tras lo cual se retira la mascarilla laríngea. Se procede a la aspiración de numerosas secreciones orofaríngeas y se objetiva una actividad ventilatoria espontánea correcta sin signos de obstrucción respiratoria y con saturaciones periféricas del 99%, por lo que se decide su traslado a la URPA para estabilización posanestésica inmediata y monitorización, donde llega a las 11:15 horas.

Durante su estancia en la Unidad el paciente muestra una exploración física normal y constantes vitales correctas, con frecuencias respiratorias,

cardiacas y pulsioximetría normales a excepción de una leve bradicardia sinusal de cinco minutos de duración y que se normaliza espontáneamente, por lo que se decide su traslado a la unidad de hospitalización de planta para seguimiento de su proceso posquirúrgico a las 12:30 horas (folios 670, 671 y 696).

Vuelve a planta a las 13:10 horas con sueroterapia y escayola en el miembro inferior izquierdo. A las 14:20 horas presenta vómito abundante y se queda dormido, a las 17:30 horas vuelve a presentar náuseas y vómito bilioso (folio 696) y se avisa al especialista de Traumatología y Ortopedia Infantil (TOI) para que valore al paciente, encontrándole en perfecto estado de consciencia, sin alteraciones tensionales, cardiacas ni respiratorias, se pauta antiemético para controlar la sintomatología (folio 673).

A las 22:30 horas se vuelve a avisar al TOI de guardia porque aunque el paciente ha mejorado vuelve a presentar náuseas acompañadas de vómitos, se encuentra consciente, reactivo, sin alteraciones pupilares cardiacas ni respiratorias, con abdomen blando y depresible. Ante la persistencia del cuadro clínico se avisa a anestesiología y pediatría para valoración.

El pediatra de guardia encuentra al paciente inconsciente, con nistagmus giratorio, no cianosis, no en parada cardiorrespiratoria. La auscultación cardiaca es rítmica, con tonos normales y la auscultación pulmonar irregular, superficial, con murmullo vesicular conservado y roncus diseminados. Durante la inspección hace sacudida hipertónica generalizada con hiperextensión de extremidades inferiores que cedió espontáneamente en segundos. Presenta otras crisis de hipertonía generalizada, posibles signos de descerebración o convulsión hipertónica por parada previa (folio 674).

A la llegada del anestesiólogo de guardia, tiene una convulsión tónico-clónica, se aplica oxigenoterapia y se administran dos dosis de 3 mg diazepam IV con lo que ceden las crisis, persistiendo la desconexión del medio, reflejos conservados y pupilas isocóricas normorreactivas. Durante todo el episodio el paciente permanece estable hemodinámicamente y en respiración espontánea con gafas nasales con oxígeno al 100% en estas mismas circunstancias se decide su traslado a la UCIP para monitorización y administración del valproato sódico en perfusión continua.

Durante las dos primeras horas de ingreso en UCIP, destaca la evolución respiratoria con estridor inspiratorio y tiraje en yugulum, sin taquipnea y con buena oxigenación, valorándose como posiblemente de origen mixto, ligero edema posintubación e hipotonía muscular. Recibe tratamiento con aerosoles de adrenalina y rectificación postural.

Neurológicamente presenta escasa respuesta a estímulos nociceptivos, desconexión del medio, pupilas isocóricas y normorreactivas, reflejo tusígeno espontáneo: inicialmente son interpretadas como estado poscrítico, aunque llama la atención que no mejora en las dos horas siguientes.

A las 3:00 horas, del día 11 de mayo, de forma brusca hace bradipnea severa que no se acompaña ni es precedida de variaciones en frecuencia cardiaca o tensión arterial. Se realiza intubación nasotraqueal sin problemas y se traslada a radiología para realizar TAC craneal, en el que se objetivan imágenes de edema cerebral difuso.

Regresa a la UCIP, donde la exploración muestra pupilas midriáticas areactivas y la monitorización cerebral muestra línea isoelectrica bilateral que no se modifica al aumentar la amplitud de la señal (folios 668, 669, 720 y 721).

El paciente entra en coma irreversible y muerte cerebral.

TERCERO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

Se ha incorporado al expediente la historia clínica del menor fallecido del Hospital Gregorio Marañón.

En fase de instrucción se han recabado los siguientes informes médicos: anestésico (folios 670 y 671) y del anestesiólogo de guardia (folio 675); de Traumatología y Ortopedia Infantil (folio 672); del médico de guardia (folio 673) y del médico adjunto de Pediatría (folio 674).

Se ha recabado el informe del Servicio afectado, la Unidad de Cuidados Intensivos Pediátricos (UCIP), que con fecha 10 de mayo de 2006, su médico adjunto, entre otros aspectos puestos de manifiesto en el párrafo anterior, señala:

“Se informa a los familiares del diagnóstico de muerte cerebral y dado que en la historia clínica del paciente no se encuentra ningún dato que justifique su sintomatología y evolución, se solicita estudio necrópsico, siendo muy costosa la obtención de la autorización para el mismo, siendo precisa incluso la intervención de un mediador social externo.

Dicho estudio necrópsico se realiza en este centro siendo enviado el cerebro al Banco de cerebros de referencia en la Comunidad de Madrid (Hospital Universitario Fundación de Alcorcón) sin que los resultados de dicho estudio hayan aportado más datos que los ya conocidos de edema cerebral difuso y los hallazgos hipóxico-isquémicos

cerebrales secundarios a Hipertensión Intracraneal/Enclavamiento cerebral, desconociendo la causa primaria de dicha patología”.

Asimismo, obran en el expediente los informes de autopsia:

- Del médico forense, emitido en las diligencias tramitadas ante el Juzgado de Instrucción nº 9 de Madrid, de 13 de mayo de 2006 en el que tras constatar que tanto el cráneo como la cavidad torácica abdominal se encuentran vacíos concluye que el cadáver había sido necropsiado en otro centro, el cual debía ser el que verificase las causas mediatas e inmediatas de la muerte del menor.

- Del Hospital Gregorio Marañón, sin datar, en el que consta que el cerebro se remitió al Hospital Fundación Alcorcón y que el estudio histológico de los órganos de tórax y abdomen pone de manifiesto la presencia de signos de congestión visceral.

- El informe neuropatológico del cerebro realizado en el Hospital Fundación de Alcorcón, de 12 de junio de 2006 determina la existencia de signos de isquemia-anoxia global y signos de edema cerebral.

Se ha incorporado también el segundo informe emitido por el médico forense en las diligencias tramitadas ante el Juzgado de Instrucción nº 9 de Madrid tras conocer los informes de autopsia previamente efectuados. Este segundo informe, de fecha 24 de julio de 2006, expone que

“(…) este signo de edema con anoxia cerebral, juntamente con congestión visceral generalizada, es típico de los cuadros asfícticos, pero en este caso, la causa que ha provocado ese cuadro asfíctico no se ha detectado en la necropsia efectuada (...) De todas formas, no aprecio negligencia o mala praxis médica en la actuación de los médicos que atendieron al niño”.

El informe de la Inspección Sanitaria de 7 de mayo de 2010 plantea la posibilidad de que la anoxia sufrida por el paciente se debiese a la postura del cuello mientras se encontraba adormilado y que la falta de tono muscular del enfermo unida a la medicación suministrada impidiese al niño corregir por sí mismo la postura para facilitar la respiración. Ello unido a los antecedentes de cirugía para de anomalía del tronco que comprimía la traquea a nivel distal y al pequeño edema de glotis que se corrigió con el suministro de adrenalina (lo que pudo evitar que fuese apreciado en la autopsia) además de que solo fue controlado durante una hora y cuarto en la URPA lo relativo a los niveles de saturación de oxígeno (pese a su clasificación anestésica como ASA III y a que el año anterior en una operación igual en el otro pie fue controlado durante cinco horas y cuarenta y cinco minutos).

El juicio crítico de este informe de la Inspección Sanitaria comunica que independientemente de que lo habitual para este tipo de intervención sea el ingreso en la Unidad de Corta Estancia, tras ser dado de alta en la Unidad de Recuperación Posanestésica, en el caso del paciente se podría haber valorado por sus riesgos específicos y antecedentes clínicos la posibilidad de ingreso posquirúrgico en condiciones de mayor seguimiento de los niveles de saturación de oxígeno, del pulso, de la tensión arterial, frecuencia respiratoria y haber puesto los medios adecuados suficientes para evitar o alertar sobre la anoxia generalizada que padeció y el subsiguiente edema cerebral, aunque no se pueda afirmar ni negar que de todas formas se hubiesen presentado complicaciones.

Tras la inclusión en el informe de una revisión de conceptos, concluye que los hallazgos de la autopsia clarifican la causa de fallecimiento del paciente y los registros documentales de la historia clínica demuestran que la asistencia recibida tras la cirugía es compatible con los hallazgos de la autopsia por los razonamientos expuestos anteriormente (folios 722 a 735).

A requerimiento de la Administración, aporta copia del libro de familia para acreditar el parentesco con el fallecido y copia del Auto 722/07 de 26 de julio de 2007 de la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Madrid que desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto de 6 de noviembre de 2006 del Juzgado de Instrucción número 9 de Madrid en Diligencias Previas 3508/06, confirmando este último íntegramente.

Con fecha 30 de octubre de 2012 se remite el expediente a la parte reclamante y se notifica la apertura del trámite de audiencia, sin que conste en el expediente que se hayan formulado alegaciones.

El 6 de marzo de 2013 la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) elevó propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

CUARTO.- Por el consejero de Sanidad, mediante escrito de 20 de marzo de 2013, registrado de entrada el día 1 de abril siguiente y que ha recibido el número de expediente 135/13, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá. El dictamen fue deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 30 de abril de 2013, por ocho votos a favor y el voto en contra del consejero, Sr. Galera, que formula el voto particular recogido a continuación del dictamen.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación, en soporte CD, que se consideró suficiente y de la que se ha dejado constancia en los anteriores antecedentes de hecho.

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 (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El presente Dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC, cuyo término se fijó el 8 de mayo de 2013.

SEGUNDA.- Respecto de la legitimación activa, la misma parece clara en el reclamante en su condición de padre del menor fallecido, relación de parentesco que ha sido acreditada en el expediente con la aportación al mismo de copia del libro de familia.

La indemnización que, en su caso, correspondería al reclamante lo sería por daños morales, que tiene su sustrato en las relaciones afectivas, familiares, u otras semejantes. Así la sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1999, señala que *“aquella persona ligada a la víctima por vínculos próximos de familia, afectos, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios derivados directamente de la muerte producida”*.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, puesto que el reproche formulado se centra en la actuación sanitaria prestada por el Hospital Gregorio Marañón, al encontrarse este integrado en el sistema sanitario público de la Comunidad de Madrid no cabe dudar de que concurre en esta legitimación pasiva.

El procedimiento se ha iniciado a instancia de parte y se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos. Especialmente, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y en los artículos 82 y 84 LRJ-PAC.

TERCERA.- En el caso sometido a dictamen, el examen del plazo en que se ha formulado la reclamación merece una consideración específica toda vez que la propuesta de resolución considera que procede no estimar la reclamación por entender que la misma es extemporánea ya que no considera que la reclamación formulada ante el Ministerio de Sanidad tenga carácter interruptivo del plazo de prescripción cuyo *dies a quo* considera que es el 4 de septiembre de 2007, fecha en que se notificó el auto de la Audiencia Provincial de Madrid por el que se procedía al archivo de las diligencias penales.

El artículo 142.5 de la LRJ-PAC dispone que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*.

El derecho a la acción surge desde el mismo momento del fallecimiento del menor, sin embargo, el ejercicio de la acción penal interrumpe el plazo de prescripción, de acuerdo con la doctrina de la *actio nata*, por lo que es claro que el *dies a quo* no puede tener lugar antes del 4 de septiembre de 2007, fecha de la notificación del Auto 722/07 de 26 de julio de 2007 de la Audiencia Provincial de Madrid por el que se confirma el Auto de 6 de noviembre de 2006 del Juzgado de Instrucción número 9 de Madrid en Diligencias Previas 3508/06 que resolvía el sobreseimiento y archivo del proceso penal.

La cuestión controvertida es si la reclamación formulada ante el Ministerio de Sanidad el 2 de septiembre de 2008, que fue inadmitida por falta de competencia el 4 de noviembre de 2008, puede o no interrumpir el plazo de prescripción.

Puesto que, de acuerdo con lo expuesto más arriba, el *dies a quo* es el 4 de septiembre de 2007, la reclamación presentada ante el Ministerio de Sanidad el 2 de septiembre de 2008 fue presentada en plazo, por lo que si se considera que la misma tiene carácter interruptivo de la prescripción, el nuevo *dies a quo* sería el de la fecha de inadmisión de la misma, es decir, el 4 de noviembre de 2008, en cuyo caso la reclamación presentada en la Comunidad de Madrid el 9 de diciembre de 2008 habría que considerarla formulada en plazo.

Si, por el contrario, entendiésemos que la reclamación presentada ante el Ministerio de Sanidad no interrumpe el plazo de prescripción, la reclamación presentada el 9 de diciembre de 2008 sería extemporánea al haber transcurrido más de un año desde el 4 de septiembre de 2007.

El Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de abril de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, Recurso de Casación nº 5477/2005) expresa:

“Se trata de supuestos en los que la impugnación se dirige a obtener la reparación de la situación perjudicial, mediante el ejercicio de una acción adecuada para ello, cuyo resultado incide en la determinación del daño o efecto lesivo, que es lo que justifica su consideración como dies a quo según el citado art. 142.5 de la Ley 30/92, pues, como señala la sentencia de 21 de marzo de 2000 (RJ 2000, 4049), "la prescripción se interrumpe en virtud de cualquier reclamación que manifiestamente no aparezca como no idónea o improcedente encaminada a lograr el resarcimiento del daño

o perjuicio frente a la Administración responsable, siempre que comporte una manifestación de la voluntad de hacer efectiva la responsabilidad patrimonial de la Administración por alguna de las vías posibles para ello". El mismo criterio se recoge en la sentencia de 4 de julio de 2002 que cita la de 26 de mayo de 1998.

Pero, como decimos, no es este el caso, pues la acción de impugnación de la resolución de 24 de mayo de 1990 se dirige a contrarrestar la declaración de urgencia de las concesiones de las que era titular la recurrente y no la obtención de la indemnización de daños y perjuicios por la imposibilidad de desarrollar su actividad a consecuencia de la denegación de autorización para las reparaciones y adaptaciones precisas de las instalaciones, y así lo establece la sentencia de la Audiencia Nacional de 1 de diciembre de 1994 , que en su fundamento de derecho primero deja claro cual es el objeto del proceso e, incluso, en su fundamento de derecho tercero, rechaza una solicitud de indemnización de daños y perjuicios por la infravaloración que se recoge en el Proyecto de Regeneración, por no ser este objeto del pleito. No se trata, por lo tanto, del ejercicio de una acción idónea al respecto que pueda considerarse a efectos de interrupción del plazo de prescripción, pues no depende de su resultado la manifestación y concreción del efecto lesivo”.

El criterio seguido en el caso resuelto es el de considerar que solo existe eficacia interruptiva en el caso de que la reclamación presentada es adecuada para ello y centra la idoneidad de la acción ejercitada en el objeto de la misma: no es lo mismo el objeto de contrarrestar una declaración de urgencia de concesiones que el objeto de solicitar una indemnización para reparar daños y perjuicios, por lo que en el caso enjuiciado al ser la acción inidónea no se considera que haya tenido lugar interrupción de la prescripción.

En la Sentencia de 21 de febrero de 2012 (Sala de lo Contencioso Administrativo Sección 4ª, Recurso de Casación 205/2010) se sigue el mismo criterio al expresar:

“Y ya en el plano de las valoraciones jurídicas, porque esa demanda civil expresó en su "hecho" sexto, y copiamos literalmente, que "la responsabilidad que respecto de la reparación de los desperfectos e indemnización solicitada tenía un origen extracontractual, ha venido a tener carácter contractual para la Consejería de Obras Públicas, Urbanismo y Transportes de la Comunidad de Madrid frente a mi representado y los demás propietarios de inmuebles afectados por la realización de las obras del Metro", pues mediante acuerdo de 8 de febrero de 1999 asumió aquélla "la rehabilitación y reparación íntegra de los daños funcionales y estructurales de los 123 edificios que se relacionan en anexo... entre los que, como es de ver figura el de mis representados sito en la calle San Juan de la Peña número 1". Y razonó en su primer fundamento de derecho, y de nuevo transcribimos, que "el conocimiento de esta demanda, que versa sobre el cumplimiento de una obligación contractual de hacer, asumida por la Administración Autónoma (sic) de Madrid frente a mis representados... es competencia de la Justicia Ordinaria...". De donde se sigue, en lo que aquí importa, que la acción civil ejercitada contra la Administración en esos concretos términos no era "manifiestamente inadecuada", es decir, inadecuada de un modo patente, notorio u ostensible; y que, por ende, ha de anudarse a ella el efecto jurídico de interrumpir la prescripción, tal y como dispone aquel art. 1973 del Código civil (LEG 1889, 27), que el motivo, con todo acierto, reputa infringido, y como reconoce una reiterada jurisprudencia en la que se afirma que "la interrupción del plazo de prescripción de un año hoy establecido en el art. 142.5 de la Ley 30/1992 se produce

por la pendencia de una acción civil encaminada a exigir la responsabilidad patrimonial de la Administración, salvo que sea manifiestamente inadecuada”.

En esta Sentencia se pone de manifiesto que para que no interrumpa el plazo de prescripción no basta con que la acción formulada sea inidónea sino que, además, dicha inadecuación ha de ser manifiesta, notoria u ostensible.

En un caso similar en cuanto al plazo (aunque no en cuanto al fondo) se ha pronunciado el Consejo de Estado en su Dictamen de 3 de febrero de 2011 en el que expone:

“Ahora bien, queda acreditado en el expediente que la reclamación se formuló dentro de plazo y ello porque la interesada se dirigió inmediatamente contra la Administración que figuraba como de la vía (sic) en el parte de la Guardia Civil, es decir, contra la Administración autonómica. (...) Por ello no puede, pues, en modo alguno, pretenderse que dicha reclamación no surte efectos interruptivos de la prescripción.

Efectivamente, aunque la regla del artículo 1973 del Código Civil es clara a los efectos de determinar qué actuaciones pueden surtir la eficacia interruptiva de la prescripción (...) en el caso, como el presente, de acciones dirigidas contra la Administración pública, aunque la Ley distingue claramente entre las distintas Administraciones públicas, no puede pretenderse imputar a los administrados un conocimiento tal de la distribución de competencias entre las distintas Administraciones como para imponerles a los mismos incluso el deber de que no se dirijan contra quien la propia Guardia Civil y la Dirección General de Tráfico identifican como

Administración titular de la vía pública y, por tanto, como responsable de su estado.

Además, quien permitió el transcurso del plazo de un año no fue sino una Administración pública que, si era tan obvio que era incompetente por no ser titular, debió dirigirse con diligencia al propio interesado para no perjudicarlo en el ejercicio de su acción”.

En el caso sometido a dictamen hemos de tener en consideración, por un lado, que no cabe apreciar una conducta negligente en el interesado, que reclamó dentro de plazo al Ministerio de Sanidad y por otro lado, que la asunción de competencias en materia sanitaria por parte de la Comunidad de Madrid (argumento esgrimido en la propuesta de resolución para invocar la prescripción) no es completa, ya que el Estado conserva competencias como la determinación de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud o la alta inspección, por ello, aún siendo inadecuada la reclamación formulada ante el Ministerio de Sanidad, no cabe considerar que dicha inadecuación sea evidente, ostensible o manifiesta para el ciudadano y menos aún en un procedimiento administrativo en el que no se exige la intervención de abogado.

Estas circunstancias, unidas a la interpretación restrictiva que ha de hacerse sobre la prescripción, conducen a este órgano consultivo a concluir que la reclamación presentada ante el Ministerio de Sanidad interrumpió el plazo de prescripción, que se reinició el 4 de noviembre de 2008 con el acuerdo por parte del Ministerio de inadmisión de la reclamación, por lo que la solicitud de indemnización presentada ante la Comunidad de Madrid el 9 de diciembre de 2008 ha de considerarse formulada en plazo.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho*

a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado 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.

Aplicando lo anterior al caso objeto del presente dictamen cabe considerar que el expediente adverte suficientemente el fallecimiento del paciente.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

Resulta ello relevante porque la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración, a través de esta institución, en una aseguradora

universal de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder sólo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

La reclamación se limita a afirmar que el daño producido es efectivo e individualizado, sin que haya obligación jurídica de soportarlo y que se debe al funcionamiento anormal de la actividad administrativa.

No puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -recurso 4067/2000- entre otras). Sin embargo, no es menos cierto que en determinados casos se ha impuesto la teoría de la facilidad probatoria que implica la inversión de la carga de la prueba, como ocurre en los supuestos de daño desproporcionado.

Se entiende por daño desproporcionado un resultado inusual o anormalmente grave en relación con la media de resultados en intervenciones médicas de similar naturaleza. Se trata, por lo tanto, de un juicio probabilístico o juicio de presunciones: a través de una deducción obtenida de la anormalidad de las consecuencias se afirma que el médico no ha actuado con los datos actuales de la ciencia y con una conducta profesional diligente. El Tribunal Supremo en sentencia 780/2001, de 19 de julio (recurso de casación 1581/1996) expresa:

“(...) cuando el resultado obtenido es desproporcionado a lo que comparativamente es usual, una presunción desfavorable al buen hacer exigible y esperado, y también propuesto desde su inicio, que ha de desvirtuar el interviniente, y no el paciente, justificando su adecuada actividad en una impuesta inversión de la carga de la prueba según aquellas sentencias reseñadas, especialmente la última de

ellas, que ha venido estableciendo por razón de aquella desproporción de resultados que, con más facilidad que nadie, puede justificar el autor de la actividad que el mal resultado surge si es que ésta ha sido por su propia culpa o por causa inevitable e imprevisible”.

La mera existencia de este mayor daño no determina por sí sola la existencia de responsabilidad. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2007 a propósito de esta cuestión señala lo siguiente: “(...) *la existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí solo la existencia de responsabilidad del médico, sino la exigencia al mismo de una explicación coherente acerca del por qué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida*”. Por su parte Sentencia del Tribunal de Supremo de 9 de marzo de 2011, expone:

“(...) es jurisprudencia reiterada de esta Sala la que expresa que no resulta adecuada la invocación de la doctrina del daño desproporcionado a efectos probatorios, cuando la lesión padecida por la interesada como consecuencia de la intervención a que fue sometida constituye un riesgo propio de la misma en un porcentaje considerable, como informan los peritos, de modo que lo ocurrido no puede considerarse como un daño desproporcionado atendiendo a las características de la intervención que se practicó”.

En este sentido se ha pronunciado también el Consejo Consultivo, por ejemplo en el Dictamen 535/12, de 3 de octubre: «*En el supuesto de daño desproporcionado señala el Tribunal Supremo que incumbe a la Administración probar que se actuó con la debida diligencia*”.

En el caso sometido a dictamen hemos de valorar conjuntamente las pruebas incorporadas al expediente, en concreto los informes médicos y la historia clínica.

Respecto de los informes médicos encontramos una contradicción manifiesta entre:

- El informe de la Inspección Sanitaria, que expresa que los antecedentes médicos del menor hubieran justificado un mayor seguimiento postoperatorio en lo relativo a los niveles de saturación de oxígeno, del pulso, de la tensión arterial y frecuencia respiratoria, lo que posiblemente hubiera permitido evitar o detectar con mayor prontitud la anoxia generalizada que padeció el niño y su consecuencia, que fue el edema cerebral que ocasionó su fallecimiento.

- El informe del médico forense que actuó en las diligencias penales que no aprecia negligencia ni mala praxis en la atención dispensada al menor.

Ante esta contradicción entre los informes, hemos de ponerlos en relación con los datos de la historia clínica en orden a determinar cuál de ellos merece mayor crédito y así poder establecer la procedencia o no de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

El informe de la Inspección Sanitaria expone que el paciente solo permaneció en la Unidad de Recuperación Postanestésica (URPA) durante una hora y cuarto cuando para la misma operación en el otro pie permaneció en observación en dicha Unidad durante cinco horas y cuarenta y cinco minutos, y atribuye a una posible falta de seguimiento la anoxia del menor que ocasionó su edema cerebral y su fallecimiento, todo ello en términos de hipótesis.

Sin embargo, este informe de la Inspección no toma en consideración que después de pasar a la URPA a las 11:15 horas, el paciente fue visto por Traumatología a las 17:30 horas, es decir, seis horas y quince minutos después, anotándose en la historia que el niño se encontraba en perfecto estado de consciencia y sin alteraciones tensionales, cardiacas ni

respiratorias, resultando este último aspecto de gran relevancia toda vez que no podemos olvidar que el fallecimiento del enfermo tuvo su origen en una anoxia.

Es preciso subrayar, además, que no es hasta las 22:30 horas (once horas y quince minutos después de la salida del quirófano) cuando el menor empieza con náuseas y vómitos y, por primera vez, el pediatra aprecia una auscultación pulmonar irregular. Este dato no se puede desconectar del hallazgo efectuado en la autopsia relativo a la malformación congénita del enfermo consistente en un lóbulo superior accesorio en el pulmón derecho, la cual puede dar lugar a trastornos deglutorios, lo que unido a los vómitos padecidos por el niño permite contemplar la posibilidad de una neumonía por aspiración que hubiera dificultado la oxigenación.

Tampoco cabe ignorar que el menor tenía una pluripatología de base congénita que también pudo contribuir al fatal desenlace, ya que consta en sus antecedentes una anomalía de tronco que comprimía la tráquea nivel distal, hecho que pudo coadyuvar en la insuficiencia respiratoria secundaria a vómito con posible aspiración.

Estos datos extraídos de la historia clínica permiten dudar de la corrección de las conclusiones contenidas en el informe de la Inspección Sanitaria que se funda, como hemos dicho, en un supuestamente escaso tiempo de control del paciente tras el postoperatorio (una hora y cuarto frente a cinco horas y tres cuartos el año anterior en una cirugía igual pero del otro pie), ya que los problemas del niño aparecieron más de once horas después del postoperatorio (casi el doble del tiempo que el niño permaneció en recuperación postanestésica en la intervención anterior).

Por otro lado, la propia médica inspectora reconoce que *“no se puede afirmar ni negar que de todas formas se hubiesen presentado complicaciones”*.

Por lo expuesto, este órgano consultivo entiende que es más verosímil el informe del médico forense que actuó en las diligencias penales y que afirma que no hubo mala praxis, el cual, unido a la historia clínica y al informe de autopsia, y efectuando una valoración conjunta de todos ellos nos permite concluir que no hubo mala praxis en la atención médica dispensada al paciente a pesar de que, desgraciadamente, no fuese posible su curación.

QUINTA.- 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 define el consentimiento informado como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

Existe obligación de soportar el daño, y por lo tanto este pierde su nota de antijuridicidad, cuando hay aceptación expresa del paciente o enfermo en el llamado consentimiento informado, puesto que la prestación sanitaria de que se trate se asume voluntariamente, y se debe soportar su posible efecto adverso. Así las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio (recurso 4415/04) y 1 de febrero de 2008 (recurso 6/2033/03), que señalan que el defecto de consentimiento informado se considera un incumplimiento de la *lex artis* y, por consiguiente existiría un daño producido por el funcionamiento anormal del servicio público, matizado en el sentido de que exista relación de causalidad entre daño y actividad sanitaria.

El consentimiento informado obvia el carácter antijurídico del daño siempre y cuando la atención sanitaria haya sido conforme a la *lex artis ad hoc* ya que la existencia de documento de consentimiento informado no puede, en ningún caso, amparar la mala *praxis*.

En el caso que nos ocupa el consentimiento informado suscrito por el reclamante recogía como riesgos genéricos de la intervención: infección, hemorragia, lesión nerviosa, alteraciones cardiopulmonares, reacciones alérgicas y neumonía y no se señaló ningún riesgo específico a pesar de los complicados antecedentes clínicos del paciente.

Es indudable que la anoxia sobrevenida es consecuencia de una alteración cardiopulmonar. De acuerdo con la doctrina de este Consejo Consultivo no se considera necesario llegar al extremo de detalle que se exige en algunas reclamaciones por entender que la contemplación de un riesgo en el documento de consentimiento informado es suficiente para que el paciente lo asuma al suscribirlo sin necesidad de detallar de forma exhaustiva las características del mismo o su naturaleza.

Así en el Dictamen 233/10, de 21 de julio considerábamos:

“En el presente caso encontramos que el paciente sí tuvo conocimiento de los riesgos de la operación a la que se sometió, dado que firmó el consentimiento informado. Es bien cierto que en el documento que obra en el expediente no consta expresamente la bacteria o las bacterias que podrían ocasionar la infección, como alega el reclamante para considerarse así mismo desinformado, pero esta circunstancia no puede considerarse como un defecto de la información facilitada sino una exigencia exagerada del paciente, ya que, sabiendo que podía resultar infectado no parece razonable considerar una lesión a la autonomía de la voluntad del interesado el no detallar las bacterias concretas que podrían producir la infección. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de noviembre de 2005 (Recurso nº 6620/2001), en relación con el consentimiento informado explica que: «El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por

razón de sus riesgos. No cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada (...). Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica»".

También se modula la exigencia de exhaustividad en el contenido del documento de consentimiento informado en el Dictamen 207/12, de 11 de abril:

“En el caso sometido a consulta, sin embargo, los reclamantes no reprochan la falta de información relativa a la cirugía a la que se sometió a la menor sino, más concretamente, la falta de información del riesgo de síndrome compartimental que entrañaba la canulación de las vías femorales que devino necesaria como consecuencia de la afectación del corazón al realizar la esternotomía. En definitiva, parece que lo que pretenden los interesados sería la consignación de todos los riesgos en cascada que pudieran derivarse unos de otros y, a la vez, de todas las complicaciones posibles. En este contexto es pertinente la cita de la sentencia número 580/2010, de 2 de junio del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que expone que «tanto de la dicción del precepto como de su interpretación jurisprudencial se desprende que el consentimiento no ha de abarcar todos los posibles resultados lesivos que pudieran derivarse de la intervención, sino los riesgos específicos de ella y los probables según el estado de la ciencia (...)». Así, en el caso que nos ocupa, el síndrome compartimental padecido por la paciente ha de considerarse un resultado lesivo, pero no un riesgo de la intervención en el sentido de que la cirugía a la que se sometió la paciente no implica per se dicho riesgo, ni siquiera considerando la circunstancias personales de la enferma”.

En aplicación de esta doctrina al presente caso, hemos de considerar que el riesgo de hipoxia sufrido por el menor sí estaba contemplado en el documento suscrito por su madre. En la medida en que se trataba de un riesgo que se asumió, el daño que supone la verificación de dicho riesgo no reúne el requisito de antijuridicidad imprescindible para la existencia de responsabilidad patrimonial.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por no apreciarse mala *praxis* en la asistencia sanitaria prestada y no concurrir el requisito de antijuridicidad en el daño.

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

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO, D. JESÚS GALERA SANZ.

«Al amparo del artículo 15.3 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, y con el

respeto y consideración que siempre me merecen mis compañeros que han votado a favor, formulo este Voto particular para dejar constancia de mis discrepancias con el dictamen nº 172/13 aprobado por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo celebrada el 30 de abril de 2013.

Este Voto particular viene motivado porque disiento, dicho sea en términos estrictamente jurídicos, de las consideraciones en derecho cuarta y quinta y de la conclusión por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no apreciarse mala praxis en la asistencia sanitaria prestada y no concurrir el requisito de antijuridicidad en el daño. Discrepo del dictamen porque considero que se ha producido un daño desproporcionado por la actuación de la Administración sanitaria, que ha derivado en la muerte del niño de cuatro años y también porque creo que se ha vulnerado el derecho a la información que hubiera permitido a los padres del menor aceptar o rechazar la intervención por razón de sus riesgos.

1. Sobre el daño desproporcionado.

La doctrina jurisprudencial del daño desproporcionado como conformadora de responsabilidad patrimonial (SSTS de 20 de junio de 2006, 6 de febrero y 10 de junio de 2007 y 30 de septiembre de 2011) se refiere a los casos en que el acto médico produce un resultado anormal e inusualmente grave y desproporcionado en relación con los riesgos que comporta la intervención y los padecimientos que se tratan de atender. En palabras de la citada Sentencia de 30 de septiembre de 2011, recurso 3536/2007:

“en la afirmación de que la Administración sanitaria debe de responder de un daño o resultado como aquél(el desproporcionado), ya que por sí mismo, por sí solo, un daño así denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla “res ipsa loquitur” (la cosa habla por sí

misma) de la doctrina anglosajona, a la regla “Anscheinsbeweis” (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la “faute virtuelle” (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción”

Las SSTs de la Sala 1ª de 23 de octubre de 2008 y 8 de julio de 2009, consideran que el daño desproporcionado es

“aquel no previsto ni explicable en la esfera de su actuación profesional y obliga al médico a acreditar las circunstancias en que se produjo por el principio de facilidad y proximidad probatoria. Se le exige una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implica la actividad médica y la consecuencia producida, de modo que la ausencia u omisión de la explicación puede determinar la imputación, creando o haciendo surgir una deducción de negligencia.”

El dictamen, del que discrepo, en la consideración de derecho cuarta, se refiere a la doctrina del daño desproporcionado, con cita de dos sentencias del Tribunal Supremo, para afirmar, como hizo nuestro Dictamen 535/12, que corresponde a la Administración Sanitaria probar que se actuó con la debida diligencia. Pues bien, como veremos, la Administración sanitaria, no sólo no ha dado una explicación coherente sobre las causas que llevaron a la muerte del menor sino que ni tan siquiera ha dado explicación alguna.

El dictamen destaca la contradicción existente entre el informe de la Inspección Médica Sanitaria que considera que no ha habido una buena praxis y el informe del médico forense que actuó en las diligencias previas abiertas en el Juzgado de Instrucción nº 9 de los de Madrid, que no aprecia negligencia o mala praxis médica en la atención prestada al menor

para afirmar el dictamen que “ *Estos datos extraídos de la historia clínica permiten dudar de la corrección de las conclusiones contenidas en el Informe de la Inspección Sanitaria que se funda, como hemos dicho, en un supuestamente escaso tiempo de control del paciente tras el postoperatorio (una hora y cuarto) frente a cinco horas y tres cuartos el año anterior en una cirugía igual pero del otro pie), ya que los problemas del niño aparecieron más de once horas después del postoperatorio.*” Para afirmar más adelante que “*por todo lo expuesto, este órgano consultivo entiende que es más verosímil el informe del médico forense que actuó en la diligencias penales y que afirma que no hubo mala praxis, el cual, unido a la historia clínica y al informe de la autopsia, y efectuando una valoración conjunta de todos ellos nos permite concluir que no hubo mala praxis en la atención médica dispensada al paciente a pesar que, desgraciadamente, no fuese posible su curación.*” No puedo estar más en desacuerdo con estas afirmaciones que se hacen en el dictamen. Por ello, es preciso analizar detenidamente la historia clínica, los informes médicos, el informe de la Inspección Sanitaria y el informe del médico forense, documentos que obran en el expediente, para valorándolos racional y conjuntamente y aplicando la doctrina invocada del daño desproporcionado, se compruebe si la Administración sanitaria ha dado una explicación coherente acerca del fatal desenlace producido tras una sencilla intervención de corrección de pie zambo.

Como bien se afirma en el dictamen, el niño fue intervenido el año anterior, en julio del 2005, del pie derecho siendo la corrección satisfactoria por lo que se le incluyó en lista de espera para la intervención del pie izquierdo que se realizó el 10 de mayo de 2006. Para esta intervención la clasificación de la anestesia era ASA III, de lo que, como veremos más adelante, no se informó debidamente a los padres de los riesgos que esa clasificación conlleva. No consta en la historia clínica que se tomara ninguna precaución especial tanto por la malformación congénita

que el niño padecía ni por la clasificación de la anestesia como ASA III que hubiera precisado especiales cuidados que no consta que se tomaron. Como bien refleja el informe de la Inspección, tras la operación que se practicó del pie derecho en el año 2005, el niño estuvo cinco horas y cuarenta y cinco minutos en Reanimación, con al menos tres horas y cuarenta y cinco minutos motorizados los niveles de saturación de oxígeno, cuando tras la intervención del año 2006 y pese al riesgo anestésico ASA III que hubiera precisado especiales cuidados, solo estuvo una hora y quince minutos en Reanimación sin que conste que se controlasen los niveles de oxígeno. Sobre esto, ninguna, absolutamente ninguna, explicación consta en el expediente.

La Inspección Sanitaria de la Comunidad de Madrid, sobre lo que el dictamen nada dice, afirma que ningún informe viene firmado por el jefe de servicio correspondiente y tampoco consta el médico responsable del cuidado del paciente en la Unidad de Corta Estancia. Estos hechos deberían haber sido valorados a la hora de emitir el dictamen, lo que no se ha hecho.

Analicemos de forma cronológica los hechos. Después de la intervención, que comenzó a las 10 horas y que se realizó sin incidencias, el niño llega a las 11,15 a la Unidad de Recuperación Postanestésica y es dado de alta a las 12,30 horas, según consta en el informe del doctor D.M.P. (folio 671 del expediente). Durante ese tiempo no consta en el informe que se le controlasen los niveles de oxígeno, sin que exista explicación alguna. Como, según el informe del citado médico, el niño mantiene una exploración física normal y constantes vitales correctas a las 12,30 fue dado de alta y trasladado a la unidad de hospitalización de planta para seguimiento de su proceso postquirúrgico.

Al folio 673 consta el informe del médico adjunto TOI de guardia, Dr. A.C., que afirma que a las 17,30 horas reciben aviso de enfermería, ya que

el paciente ha empezado con nauseas y vómitos. Cuando sube el médico, el niño está en perfecto estado de conciencia, sin alteraciones tensionales, cardíacas ni respiratorias. A las 22,30 horas es avisado que el niño vuelve a tener nauseas y vómitos. Ante el cuadro dice a las enfermeras que avisen a los facultativos de Anestesiología y Pediatría que acuden, haciéndose cargo del niño.

Obra en el expediente al folio 674 un informe de la Dra. B.S., médico adjunto de Pediatría que afirma que aproximadamente a las 24 horas del día 10 de mayo le avisaron por teléfono para que subiera a la planta de Cirugía por una parada cardiorespiratoria. Al llegar estaba atendido por enfermeras solamente, según afirma, ya que no había cirujanos ni intensivistas. El niño estaba inconsciente, y al minuto de estar allí, esta médico pediatra, subió la Dra. S. y una médico residente y en ese momento el niño sufrió otra crisis de hipertonia generalizada que, según la médico, le hizo pensar en signos de descerebración o convulsión hipertrónica por la parada previa. La doctora B.S. afirma en su informe que la Dra. S. afirmó que se trataba de una convulsión y desde ese momento se hizo cargo del enfermo.

La Dra. S., médico adjunto de Cuidados Intensivos Pediátricos, en su informe, que consta a los folios 668 y 669, dice que a las 23 horas le avisan de emergencia en planta. Es preciso hacer notar la divergencia de las horas ya que la pediatra de guardia, Dra. B.S. dice que alrededor de las 24 horas y la Dra. S. dice que le avisan a las 23 horas. Ante esa contradicción es preciso cuestionarse que, o se equivocan las doctoras en las horas o la Dra. S. tarda una hora en acudir al aviso, ya que no dice en su informe a qué hora acudió. Según la Dra. S. se encontró al niño a su llegada con desconexión del medio, movimientos tónico-clónicos de extremidades, movimientos de rotación interna de miembros superiores, encajamiento madibular y revulsión ocular. Se decide el traslado a la UCIP para

motorización donde a las 03:00 horas de forma brusca hace bradipnea severa. El diagnóstico de esta doctora es crisis convulsiva generalizada, deterioro profundo hasta coma profundo, hiponatremia, edema cerebral difuso y muerte cerebral. Ninguno de los informes de los médicos que han intervenido en la evolución del paciente ni dan una explicación convincente ni aclaran las causas del fallecimiento del menor.

La Inspección Médica sanitaria emite un exhaustivo y pormenorizado informe de 13 páginas (folios 722 al 735 del expediente administrativo), que repasa las actuaciones practicadas, relaciona los hechos averiguados, realiza consideraciones médicas sobre la actuación sanitaria, emite un juicio crítico y termina con las conclusiones. Considera la Inspección Sanitaria que se debería haber valorado al paciente por sus riesgos específicos y antecedentes clínicos, lo que no se hizo, debiendo hacerse un mayor seguimiento de los niveles de saturación de oxígeno, del pulso, de la tensión arterial, de la frecuencia respiratoria y haber puesto los medios adecuados suficientes para evitar o alertar sobre la anoxia generalizada que padeció y el subsiguiente edema cerebral, aunque, afirma, que no se pueda afirmar ni negar que de todas formas se hubiesen presentado complicaciones. Afirma también que *“a la vista de los datos documentales existe la posibilidad de que la anoxia que padeció el niño se debiese a la postura que tuviese el cuello estando adormilado, al haberse suministrado midazolam, a la falta del tono muscular del paciente, su incapacidad para corregir por sí mismo una postura que le facilitase la respiración, durante el tiempo que estuvo ingresado en la Unidad de Corta Estancia, unido al discreto edema de glotis, unido a sus antecedentes de cirugía de anomalía del tronco innominado que comprimía la tráquea a nivel distal, sumado al hecho de que solamente tuvo controlados los niveles de saturación de oxígeno durante hora y cuarto tras la cirugía y el ingreso en la URPA también fue sólo de una hora y cuarto, cuando por la misma intervención de este paciente clasificado como ASA III se le había tenido en la URPA un*

año antes durante cinco horas y cuarenta y cinco minutos.” La Inspección Sanitaria en sus conclusiones afirma que los registros documentales de la historia clínica demuestran que la asistencia recibida tras la cirugía es compatible con los hallazgos de la autopsia, por lo que no hubo buena praxis médica.

El dictamen dice que duda de las conclusiones contenidas en este informe de la Inspección Sanitaria, sin argumento alguno que fundamente esas dudas sobre el informe, que está revestido de presunción de veracidad e independencia, para basarse en el informe del médico forense que actuó en las diligencias penales, que considera más verosímil. No puedo compartir esa valoración que hace el dictamen.

Para una mejor comprensión, y con el fin de poder realizar una valoración conjunta de la prueba, se hace preciso transcribir íntegramente los dos informes que firma el médico forense. En el primero de ellos, fechado el 13 de mayo de 2006, dos días después de la muerte del menor, afirma:

***“EXAMEN EXTERNO:** Se trata de una cadáver de un niño de 4 años de edad con cicatriz de apertura craneal, así como toracolaparotomía en cruz. Asimismo se aprecian pies en equinovaro con cicatrices quirúrgicas no recientes en pie derecho y recientes en el izquierdo. **EXAMEN INTERNO: Cabeza:** Se abre el cráneo que se encuentra vacío de contenido. **Tórax y abdomen:** Se abren la cavidad torácica y abdominal, que no presentan órgano ni estructura alguna al haber sido extraídos. **CONCLUSIONES:** 1. Se trata de un cadáver que ha sido necropsiado en otro centro. 2. La causa inmediata de la muerte por insuficiencia respiratoria aguda ha sido verificada en otro centro. La causa mediata de la muerte deben de decirla en el centro que ha practicado la necropsia del cadáver.”*

El médico forense en este informe de 13 de mayo de 2006 no se pronuncia sobre la necropsia ya que tanto la cabeza como el tórax y abdomen del cadáver que recibe están vacíos ya que se había hecho la autopsia en otro centro médico. Por ello, el médico forense no puede hacer la necropsia, tampoco conoce ni la historia clínica, ni los informes médicos. No puedo estar de acuerdo con el dictamen que considera que el informe del médico forense le ofrece más credibilidad que el fundamentado, didáctico y exhaustivo informe de la Inspección Sanitaria.

Posteriormente, con fecha 24 de julio de 2006, el médico forense, después de relacionar los antecedentes, realiza un nuevo informe que transcribimos:

“2. Se solicita autopsia judicial del cadáver sin informar de que se ha realizado necropsia hospitalaria. Al realizar la autopsia compruebo el vaciamiento de los órganos cráneo-toraco-abdominales, realizados en otro centro. 3. En la necropsia facilitada se indican los siguientes diagnósticos: A) Plagiocefalia con incremento del diámetro antero-posterior craneal. B) Escoliosis dorsal. C) Pie equino-varo bilateral. D) Congestión visceral generalizada. E) Corrección quirúrgica de pie equino-varo bilateral y anillo vascular de arteria innominada. Soturas sin deshicencias, fibrosis no signos de infección. F) Informe de necropsia cerebral de Fundación Hospital Alcorcón “signos de isquemia-anixia global. Signos de edema cerebral.”

Se puede observar que el médico forense solo repite lo recogido en la autopsia realizada en la Fundación Hospital Alcorcón ya que, como reitera en este nuevo informe, el cadáver le llegó vacío pues ya se había realizado la autopsia por lo que no lo pudo estudiar. Y termina el informe con las siguientes conclusiones que, debido a su importancia, transcribo íntegramente:

“CONCLUSIONES: 1) *Ya decía yo en mi informe de autopsia que había que preguntar al hospital la causa inmediata y mediata de la muerte del niño- Los anatomopatólogos del Gregorio Marañón describen los problemas médicos del niño anteriores a la intervención que he enumerado en el apartado 3, y solamente indican como daño evaluable de la necropsia la “Congestión visceral generalizada”. No se encuentran otros datos con lesiones específicas en cavidad toraco-abdominal. 2) la necropsia del cerebro en el Hospital Alcorcón, con diagnóstico de “Isquemia-anoxia global con signos de edema cerebral”, se encuentran en numerosos cuadros asfícticos. 3) Como siempre, tendré que concretar que éste signo de edema con anoxia cerebral, juntamente con congestión visceral generalizada, es típico de los cuadros asfícticos, no se ha detectado en la necropsia efectuada. Habría que preguntarle a los anatomopatólogos que explicaran su opinión, cual ha sido la causa mediata de la muerte que ha desembocado en la “anoxia y edema cerebral con congestión visceral generalizada.”*

Por último, concluye, sin haber podido hacer la autopsia al cadáver, sin conocer la historia clínica del menor, sin conocer los informes de los servicios médicos intervinientes, sin conocer el informe de la Inspección Sanitaria, que no se emite hasta cuatro años después, conociendo únicamente el informe de la necropsia realizada en el Hospital de Alcorcón afirmando que: *“ 4) De todas formas, no pareció negligencia o malpraxis médica en la actuación de los médicos que atendieron al niño”*. En esta frase se apoya el dictamen para afirmar, como lo hace, que *“este órgano consultivo entiende que es más verosímil el informe del médico forense en las diligencias penales y que afirma que no hubo mala praxis.”*

Afirmación con la que, de ninguna forma, puedo estar de acuerdo.

Como antes he afirmado, ninguno de los informes de los médicos que actuaron en este caso, ninguno de ellos emitido por los jefes de Servicio, dan una explicación razonable al daño producido, mientras que el informe

de la Inspección Sanitaria de la Comunidad de Madrid, haciendo un análisis exhaustivo del caso, concluye en la mala praxis de la actuación sanitaria. Por todo ello, considero que se ha producido un daño desproporcionado como consecuencia de una sencilla intervención quirúrgica, correctamente practicada, cuando en el postoperatorio no se actuó correctamente, lo que derivó en la muerte del menor diecisiete horas después de entrar en el quirófano.

2. Sobre el consentimiento informado.

Como ya dijimos en nuestro Dictamen 384/11, en relación con el consentimiento informado, cabe señalar 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, de Autonomía del Paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Más adelante, el artículo 8.1 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”*. Añade el apartado 2 del mismo artículo: *“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”*.

En cuanto a la forma de prestar el consentimiento, el apartado 3 del mismo precepto legal se pronuncia en los siguientes términos: *“El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general,*

y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos”.

Del precepto legal transcrito, se desprende la necesidad de prestar consentimiento por escrito en los casos, entre otros, de intervenciones quirúrgicas (como la que nos ocupa).

Y deberá ser la Administración Sanitaria *“quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, como corolario lógico de que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que integran, además, 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, como establece la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 25 abril 1994; 16 octubre, 10 noviembre y 28 diciembre 1998; 19 abril 1999; 7 marzo 2000 y 12 enero 2001), y que hoy se resuelve a tenor de las reglas sobre facilidad probatoria contenida en el artículo 217.6 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge estos criterios jurisprudenciales”* (vid. STS de 29 de septiembre de 2005).

El incumplimiento de brindar información suficiente al paciente, y la consiguiente omisión del consentimiento informado, constituye una mala praxis, como viene entendiendo el Tribunal Supremo. Así, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) de 9 de marzo de 2010, se pronuncia en los siguientes términos:

“Esta situación originada por la incompleta o insuficiente información de la Administración acerca de los riesgos... inherentes de la operación, supone un incumplimiento de la "lex artis ad hoc" que revela un anormal

funcionamiento del servicio sanitario, que exige una indemnización siempre y cuando se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento, defectuosamente informado; y, aquí (...) independientemente de que no se haya acreditado, como precisa el juzgador de instancia, que "la rotura de las pars membranosas (...) venga determinada por la infracción de la lex artis, propia de la intervención quirúrgica de tiroidectomía total ni por las maniobras anestésicas ..." se produjo un resultado lesivo, que originó un daño moral grave al recurrente".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3ª) afirma taxativamente que:

"(...) una constante jurisprudencia (sentencias de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002, 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003, de 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008, sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008) insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario. No solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales como aquí se invoca respecto a la primera intervención. Se incluye, por tanto, 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".

Pero, como dice la doctrina jurisprudencial, no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales, así como la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al paciente o a sus padres, como es en el presente caso al tratarse de un menor de edad, de todos los riesgos que entraña una

intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma se pudieran derivar (entre otras, sentencias de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010, recurso 3944/2008, citada en varios dictámenes de este Consejo Consultivo y de 29 de junio de 2010, recurso 4637/2008).

Este Consejo Consultivo, siguiendo la doctrina jurisprudencial, ha considerado, en varios dictámenes, que el consentimiento informado incompleto constituye una mala praxis. Así ha dicho en su Dictamen 57/11 que no puede olvidarse que tal y como se refleja en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio 2008 (recurso 4415/04) con cita de la de 1 de febrero de 2008, el consentimiento informado no es una mera formalidad, sino que *“El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos”*.

En el Dictamen 65/12 para apreciar un defecto del consentimiento informado invocamos la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de marzo de 2010 que afirma:

“No cabe, por tanto, considerar que no hubo, como hace la Sala de instancia, quebranto del consentimiento informado por el hecho de que el riesgo fuere considerado muy bajo. Lo que falta es la ausencia de esa eventual complicación de la intervención con su subsiguiente secuela para que el paciente, autónomamente hubiera decidido aceptar o no la intervención a la vista de una posible consecuencia lesiva grave aunque fuere de acaecimiento infrecuente pero no improbable. El contenido del consentimiento informado comprende transmitir al paciente (es decir, la persona que requiera asistencia sanitaria) todos los riesgos a los que se expone en una intervención precisando de forma detallada las posibilidades, conocidas, de resultados con complicaciones”.

Y en el Dictamen 105/11 se decía que *“En efecto, en este caso no se trata de una ausencia total de consentimiento informado, pues el documento existe, sino de si la información recogida en el mismo puede ser considerada suficiente para que la paciente hubiera podido prestar un consentimiento válido sobre el tratamiento médico que iba a recibir asumiendo todas las consecuencias posibles del mismo.”*

De la misma forma, en el Dictamen 733/11 donde invocábamos la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2011 (recurso de casación 3536/2007), a propósito de si los riesgos específicos sufridos por los reclamantes se entienden implícitos en los términos más genéricos, dice lo siguiente:

“En efecto, hay en ese documento, en un primer apartado, la expresión de lo que en él se denominan “riesgos y complicaciones de la intervención”; que, como bien dice la Sala de instancia, no menciona con sus nombres técnicos específicos las dos secuelas que padece la actora (síndrome postdiscectomía y vejiga neurógena por lesión de motoneurona inferior); entendiendo en su sentencia, sin embargo, que éstas sí se encuentran comprendidas en algunos de los términos más genéricos (reintervención y lesión de raíz afectada por la hernia) con que allí se expresan aquellos riesgos y complicaciones.

Pero en ese mismo apartado, y esto es lo que consideramos más relevante, hay también un párrafo final del siguiente tenor: “Y lo que es importante reseñar de estas complicaciones, es que prácticamente todas tienen solución con diversas medidas y con los medios de este Hospital”.

Como bien se comprende, si esto último integra o forma parte también de la información dada a la actora, y si aquellas secuelas, caracterizadas por las notas que hemos resaltado en el párrafo primero de este fundamento, no han tenido solución, habrá que concluir que de ellas no se

informó a la actora. O habrá que concluir, en el mejor de los casos, que aquel documento no ofrece certeza de que se prestara de modo claro y suficiente información sobre unos riesgos que, por sus consecuencias, debían poder ser valorados por la paciente para que su consentimiento a ser intervenida de la hernia discal pudiera merecer el atributo o calificación de informado. Falta de certeza o duda que ha de despejarse en contra o en perjuicio de la Administración demandada, pues sobre ésta pesa la carga de probar que cumplió con la obligación que le imponía entonces el art. 10, núm. 5, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad [en este sentido o sobre esta afirmación de la carga de la prueba pueden verse, entre otras muchas, las sentencias de este Tribunal de fechas 10 de octubre y 19 de diciembre de 2007, y 1 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1349)]».

Aplicando la citada doctrina a este caso concreto, la madre del menor fallecido firmó un documento de consentimiento informado para la intervención, no fechado, que suscribe junto a la doctora que realizó la operación. En el documento, que más adelante analizaré, no se recoge ningún riesgo personalizado pese a la malformación congénita del niño y el alto nivel ASA.

La consideración de derecho quinta del dictamen, del que discrepo, se detiene a analizar el consentimiento informado, invocando dos dictámenes emitidos por este Consejo que, como se afirma en el dictamen, modulan la exigencia de exhaustividad en el contenido del documento de consentimiento informado, para concluir que *“el riesgo (sic) hipoxia sufrido por el menor sí estaba contemplado en el documento suscrito por su madre. En la medida en que se trataba de un riesgo que asumió, el daño que supone la verificación de dicho riesgo no reúne el requisito de la antijuricidad”*. Estoy totalmente en desacuerdo con esta afirmación.

El documento de consentimiento informado, firmado exclusivamente por la madre, y, repito, sin fecha alguna, recoge como riesgos generales la *“infección, hemorragia, lesión nerviosa, hematomas, alteraciones cardiopulmonares, reacciones alérgicas y neumonía. La administración de cualquier tipo de anestesia también implica riesgos, el más importante de los cuales es un raro y remoto riesgo de reacción a los medicamentos. Estos riesgos pueden ser ocasionalmente graves.”* No se describen otros riesgos, no se describen riesgos personalizados, no se hace referencia alguna al alto nivel ASA y no se ofreció a los padres otra alternativa a la intervención quirúrgica. Analizado el documento del consentimiento informado no puedo estar de acuerdo, como se afirma en el dictamen, que el riesgo de hipoxia sufrida por el menor y que le ocasionó su muerte 16 horas después de su entrada en el quirófano, hipoxia cuya causa no está explicada en ninguno de los informes médicos que obran en el expediente, estaba contemplada en el documento de consentimiento informado.

El sentido común nos dice que si los padres hubieran conocido los riesgos de la intervención, aún queriendo ofrecer a su hijo una mayor calidad de vida para paliar, en lo posible, las malformaciones congénitas que sufría, es muy probable que no hubieran optado por la intervención quirúrgica que se le practicó. En este caso, la falta de información se ha traducido en una elección que ha determinado la muerte del menor que, en principio, podría haberse evitado.

Sobre un caso muy similar al aquí dictaminado se ha pronunciado recientemente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Sevilla, Sección 4^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo de 9 de marzo de 2012, n^o 262/2012. Esta sentencia, al igual que este Voto particular, considera que hubo una infracción de la *lex artis ad hoc*. La sentencia enjuiciaba sobre la intervención quirúrgica practicada a un niño de 10 años de edad para la corrección de pie valgo bilateral, con isquemia

preoperatoria que duró aproximadamente 45 minutos. Previamente se había realizado un estudio preanestésico del que resultó un riesgo ASA 3/5, con antecedentes cardiorespiratorios. Los padres no fueron informados del riesgo que representaba una intervención con tal nivel ASA, al igual que en el caso dictaminado por este Consejo Consultivo, y tras la intervención, antes de comenzar la reversión de la anestesia, se produce una parada cardíaca que determina la muerte del menor. El Tribunal razona en su fundamento jurídico segundo que:

“Se trata por tanto de si la información que se le dio al paciente o a los familiares que debían decidir, que no constaba en el expediente remitido, lo que ya supone una limitación a la hora de formular la demanda, y que luego fue remitido, permiten concluir un consentimiento adecuado que permitiese a los padres del menor hacer una elección adecuada del tratamiento a seguir. Lo que cobra especial relevancia al tratarse de una operación de corrección de pie valgo que no puede decirse que constituya una urgencia vital. No se trata de ofrecer a la firma un formulario estereotipado en el que se incluyan, casi de modo disuasorio, todas las calamidades posibles, sino de que se haga entender a quien firma las ventajas e inconvenientes del tratamiento permitiéndole elegir. Así, como señala el Tribunal Supremo en reciente sentencia de 7 de diciembre de 2011:

“Por otra parte, no hay que olvidar que el consentimiento informado tiene por objeto asegurar la autonomía de decisión del paciente, que pueda así estar informado sobre los riesgos -y también las ventajas- que pueda suponer determinada intervención, de forma que le sea dable discernir la conveniencia de someterse a la misma, o bien de acudir a tratamientos alternativos, o incluso a cuidados paliativos. Y que, en contraste con esa finalidad de puesta a disposición del paciente de alternativas distintas a las sugeridas por los profesionales de la medicina que le atienden, en el caso

examinado no existía otra alternativa, pues ningún informe médico defiende lo contrario ni lo afirma tan siquiera la representación procesal del recurrente, que existieran alternativas distintas a la intervención practicada, y en la forma en que se hizo.”

En nuestro caso, se trata de ver si del formulario firmado por el padre, sin que conste el consentimiento de la madre, y de la prueba testifical, se deduce ese consentimiento informado. Para resolver es preciso destacar la existencia de un riesgo cierto y que no nos encontramos ante una urgencia vital; y no se dice en ninguna parte que no existiese alternativas de tratamiento del que fuese informado el padre, sólo hay una mención genérica en el formulario obrante al folio 97 del expediente, que no podemos considerar suficiente en un caso especialmente grave como este en el que el riesgo de quedar en la anestesia es alto.

Examinados los documentos y vista la declaración del médico no podemos coincidir con la sentencia en cuanto a la suficiencia de la información facilitada a los padres. En efecto, tratándose de un riesgo alto y de una intervención de la que no depende la vida del menor ni unas lesiones graves irreversibles, no puede entenderse cumplido el trámite con una información protocolaria, por muy catastrofista que sea, es necesario sentarse con los padres y hablar de algo más que de un catálogo de posibilidades fatales. Y es esa información la que no aparece por ninguna parte. Así los dos formularios firmados no destacan en modo alguno la gravedad del riesgo y las posibles alternativas, permitiendo a los padres una decisión plenamente libre y responsable a la hora de decidir sobre la suerte de su hijo en un caso que no tiene nada de rutinario, donde hay un riesgo alto para una intervención en la que no está en juego la vida ni se ve gravemente comprometida la salud.

Por todo ello, no podemos coincidir con la sentencia recurrida y, al contrario, concluimos que falta en este caso la prueba de una información

adecuada a las circunstancias del caso y a las de quienes la reciben, lo que se ha traducido en una pérdida de oportunidad de elegir un tratamiento alternativo, como, por ejemplo, el ortopédico, sin riesgo para la vida.”

La sentencia estima la reclamación y fija una indemnización a favor de los padres en 151.033 euros.

Por tanto considero que la situación originada por la incompleta e insuficiente información de la Administración sobre los riesgos de la intervención quirúrgica que se le practicó al menor, supone un incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, que revela un anormal funcionamiento del servicio sanitario, que exige una indemnización siempre y cuando se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento, defectuosamente informado, lo que concurre en el caso dictaminado, en el que se produjo un resultado lesivo, que llevó a la muerte del paciente.

Por todo ello considero que el dictamen debería haber estimado la reclamación e indemnizar a los padres del menor fallecido en la cantidad global y actualizada de 100.000 euros por el daño desproporcionado y por la vulneración del derecho de información.

Este es el Voto particular que emito en Madrid a 11 de mayo de 2013».

Madrid, 13 de mayo de 2013