

Dictamen n^o: **216/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **04.05.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 4 de mayo de 2011 sobre consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre en el asunto promovido por A.M.A.S., sobre responsabilidad patrimonial del Servicio Madrileño de Salud por una supuestamente deficiente asistencia sanitaria por parte del Hospital de la Princesa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante oficio de 28 de marzo de 2011, registrado de entrada el día 4 de abril de 2011, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 4 de mayo de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, en formato cd, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Por escrito presentado en el registro del Servicio Madrileño de Salud el 31 de julio de 2009, la interesada formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios

sufridos por la, a su juicio, deficiente asistencia sanitaria prestada por el Hospital de la Princesa.

Solicita en concepto de indemnización la cantidad de 10.752,12 euros, que amplía en su escrito de alegaciones, sumando a la cuantía anterior 18.503,90 euros, lo que asciende a una cantidad total de 29.256,02 euros.

Adjunta a su escrito de reclamación copias de diversos informes médicos:

- Informe emitido por el servicio de consultas externas de Oftalmología del Hospital de la Princesa el 1 de agosto de 2008 en el que consta como diagnóstico: *“pseudofaquia OI”* y *“síndrome de Irvine Gass OI”*.

- Informe de un centro privado de 28 de marzo de 2009 en el que se hace constar que la paciente presenta en el ojo derecho: Lente intraocular desplazada hacia cuadrantes nasales. Aspecto de rotura capsular posterior con vítreo enclavado en el meridiano de las 7h. Aumento del brillo de la membrana limitante interna nasal superior a la fovea con algunos pliegues. No hay desprendimiento posterior del vítreo. Parece existir tracción mínima en el área macular. Discreta rugosidad en la superficie retiniana yuxtafoveal.

- Informe del organismo municipal Madrid Salud de 2 de marzo de 2009 en el que consta que el fondo de ojo presenta imagen compatible con edema macular crónico.

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

La interesada, de 68 años de edad en el momento de los hechos, fue intervenida de cataratas en ojo derecho el 9 de octubre de 2007 en el Hospital de la Princesa presentando como complicación intraoperatoria una rotura capsular y posteriormente edema macular quístico y descentrado de la lente. El edema macular quístico fue tratado con ciclopléjico y celestone.

En la hoja de protocolo de cirugía consta: cápsula posterior ruptura grande (folio 50).

Consta en el expediente consentimiento informado para anestesia general suscrito por la interesada (folios 28 y 29) y documento de consentimiento informado sin firmar para la intervención de cataratas (folios 71 y 72).

La paciente fue vista el día 5 de junio de 2008 presentando la siguiente exploración:

- AV OD: 0,3-con est. 0,4 df. 01: 10/10.
- Polo anterior OD: cornea normal, iris con pupila centrada, tyndal cel +1 (3 ó 4 células), resto de vítreo en pupila.
- T.O. OD: 15 mm hg. 01:19 mm Hg.
- Media lente en sulcus desplazada hacia zona nasal.
- F.O. Papila de borde y coloración normal, vasos con discreto aumento de la tortuosidad. Mácula con edema macular quístico.

Con el diagnóstico de edema macular quístico post-afaquia se decidió tratar con trinacilonona peribulbar subtenoniano, Acular y Trusopt, mejorando la situación funcional de la paciente. En su revisión de fecha 2 de julio de 2008 presentaba una agudeza visual de 0,6 df con normalización de la fovea en el OD. Se decidió mantener el mismo tratamiento con Acular y Trusopt hasta su nueva revisión. Se estableció el diagnóstico de pseudoafaquia OD y síndrome de Irvine Gass OD. La paciente fue citada para nueva revisión.

El 17 de marzo de 2009 la reclamante acudió a un centro privado para revisión de su estado ocular, informándose según lo expuesto más arriba: Lente intraocular desplazada hacia cuadrantes nasales. Aspecto de rotura capsular posterior con vítreo enclavado en el meridiano de las 7h. Aumento

del brillo de la membrana limitante interna nasal superior a la fovea con algunos pliegues. No hay desprendimiento posterior del vítreo. Parece existir tracción mínima en el área macular. Discreta rugosidad en la superficie retiniana yuxtafoveal.

En su última revisión en el Servicio de Oftalmología del Hospital de la Princesa, el 4 de septiembre de 2009 presentaba:

- AV en OD con +0,50 esférico 0,6 y con estenopeico 0,8.
- P10: 15
- Medios transparentes.
- Polo anterior normal.
- Lente ligeramente desplazada, que no repercute en su agudeza visual.
- FO: papila buena coloración, excavación normal.

Macula normalización de la fovea por la OCT, habiéndose resuelto el edema macular quístico.

TERCERO.- Ante la reclamación se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. En fase de instrucción se han recabado los informes médicos que conforman la historia clínica del reclamante, así como el informe del jefe del Servicio de Oftalmología como servicio supuestamente causante del daño (folios 20 y 21), y un informe pericial recabado por la correduría de seguros del Servicio Madrileño de Salud de 3 de febrero de de 2010, que está sin firmar (folios 74 a 78).

El informe del jefe del Servicio de Oftalmología expresa que la paciente *“presentó como complicación intraoperatoria una rotura capsular y posteriormente edema macular quístico y descentrado de la lente. En nuestro documento de consentimiento informado aceptado y rubricado por la paciente la incidencia de rotura capsular es de un 2% y consultada la*

bibliografía oscila entre el 7,3% y el 44% de Turut. El edema macular quístico presenta una incidencia del 2% con una resolución al año del 50% y resolución total del 72% en el curso del postoperatorio, la paciente ha sido atendida en numerosísimas ocasiones, bien con cita o sin ella, así como en el Servicio de Urgencias, retina, polo anterior, glaucoma, pruebas especiales, OCT, CV, etc. En todo momento los tratamientos han sido adecuados a su patología”. Finalmente afirma que el edema macular quístico había quedado resuelto en la última revisión de 4 de septiembre de 2009.

Por su parte, el informe pericial aportado por la correduría de seguros del Servicio Madrileño de Salud expone:

- En relación al consentimiento informado: *“Si bien no está expresamente firmada la hoja del CI, ni por el paciente ni por el médico interviniente, se trata de un documento con la etiqueta identificativa de la Seguridad Social de la paciente, en el que sí se recogen las complicaciones sufridas tras la cirugía realizada; sin embargo, hemos de indicar que dicho documento está incompleto al carecer de las firmas anteriormente mencionadas. Sin embargo y puesto que el CI de anestesia es específico para este tipo de cirugía, y sí se encuentra firmado, hay que dar por válida de información sobre cirugía de cataratas aunque no se encuentre rubricado el CI específico por la paciente”.*

- Como conclusión: *“La asistencia prestada ha sido correcta y adecuada a la lex artis ad hoc, ya que tanto la indicación como la realización de los procedimientos quirúrgicos efectuados, fueron llevados a cabo según el estado actual de la ciencia y de la técnica. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada (art. 43.1 Constitución Española <<Se reconoce el derecho a la protección de la salud>>), y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta, a pesar de la correcta actuación de los profesionales sanitarios. Las complicaciones surgidas tras la cirugía se encuentran*

recogidas en un documento de consentimiento informado aceptado por la paciente, recibiendo en todo momento atención especializada”.

En cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, el 14 de abril de 2010 fue conferido trámite de audiencia a la interesada, notificado el día 21 de abril (folios 80 a 82).

Presenta alegaciones por escrito registrado el 10 de mayo de 2010, reiterándose en todo lo expuesto en su escrito de reclamación y subrayando la ausencia de consentimiento informado para la intervención de cataratas. Eleva el importe de la indemnización solicitada hasta 29.256,02 euros, argumentando una baja hospitalaria de 750 días que justifica *ad litteram*: “*A la vista de la documentación obrante en el expediente administrativo, resulta evidente que la paciente ha estado de baja hospitalaria hasta el 29 de septiembre de 2009, como se refleja en el documento contenido en las páginas 20 y 21 del expediente, expedido en dicha fecha y en el que textualmente se indica que <<en el momento actual... se da de alta hospitalaria>>, circunstancia esta que desconocíamos hasta la fecha, pues siempre consideramos que el alta hospitalaria se había producido el mismo día de la operación”.*

El 25 de noviembre de 2010 se formula por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria propuesta de resolución desestimatoria. El Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad emite oficio el 14 de diciembre de 2010 en el que expresa: “*Se devuelve sin informar el expediente de responsabilidad patrimonial referido, pues no puede entenderse que el informe de la correduría [...] sirva para suplir el preceptivo informe de la Inspección médica, órgano independiente y cualificado en materia de negligencias sanitarias, no existiendo explicación alguna a su omisión”.*

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC), por ser la cuantía de la indemnización superior a 15.000 euros, y se efectúa por el consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC, cuyo término se fijó el 12 de mayo de 2011.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesada, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), desarrollados en 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.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que sufre el daño causado supuestamente por la deficiente asistencia sanitaria.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid en cuanto que titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula

el daño y al encontrarse el Hospital de la Princesa integrado en la red pública sanitaria madrileña.

Por lo que al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad se refiere, el derecho a reclamar prescribe al año desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o manifestarse su efecto lesivo. Tratándose de daños físicos o psicológicos el plazo comienza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (artículo 142.5 LRJ-PAC). En el presente caso, al constar expresamente en el del Servicio de Oftalmología del Hospital de la Princesa que en la revisión de 4 de septiembre de 2009 el edema macular quístico ya estaba resuelto y o hacer referencia a dicha patología el informe emitido por centro privado el 18 de marzo del mismo año, el último informe médico en el que consta que la paciente padecía edema macular es el del organismo municipal Madrid Salud, de 2 de marzo de 2009, por lo que la reclamación presentada el 31 de julio de 2009 ha de considerarse en plazo.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha procedido a recabar informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigido en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y 82 y 84 LRJ-PAC.

Como ha quedado expuesto en antecedentes, no se ha incorporado al expediente Informe de la Inspección Médica. Sobre este punto, como decíamos en nuestros dictámenes 192/10 y 13/11, *“del tenor literal del artículo 10.1 in fine del RPRP, sólo se impone como preceptivo el informe del servicio supuestamente causante de la lesión, siendo la cuestión dilucidar si el informe de la Inspección Médica en las reclamaciones de responsabilidad sanitaria es facultativo o preceptivo. La conclusión que en dicho dictamen se recogía es que el informe de la Inspección es facultativo*

para aquellos supuestos en que el instructor lo considere necesario o conveniente para resolver. La regulación de la Inspección Sanitaria se contiene en diversas leyes estatales y autonómicas. En cuanto a la legislación estatal, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, regula en su artículo 30 las facultades del personal de la Inspección en el desarrollo de sus funciones, sin enumerarlas. Tampoco especifica estas funciones la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en cuyo capítulo XI relativo a la Alta Inspección, no se contiene previsión alguna sobre la obligatoriedad de emisión de informe en casos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial. En el ámbito de la Comunidad de Madrid, de conformidad con el artículo 12 f) de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria, corresponde a la Consejería de Sanidad la competencia en materia de Inspección Sanitaria. Por su parte, el Decreto 22/2008, de 3 abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de dicha Consejería atribuye a la Dirección General de Ordenación e Inspección el ejercicio, entre otras, de las siguientes funciones:

<<g) La elaboración y seguimiento del Plan Integral de Inspección de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

h) Las facultades inspectoras en materia sanitaria, farmacéutica y de salud pública, así como la evaluación, inspección y seguimiento de la prestación por incapacidad laboral y de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación aplicable>>.

Como se decía también en el citado dictamen 192/10 de este Consejo, el carácter facultativo del informe de la Inspección Sanitaria encuentra, asimismo, su respaldo en el apartado IX.9.1 de la Circular 3/1999, de 30 de noviembre, de la Presidencia Ejecutiva del INSALUD, sobre Organización y Funciones de la Inspección Sanitaria -cuya aplicación opera en el ámbito autonómico con carácter supletorio-, en el que se afirma

que la Inspección Médica <<elaborará los informes que le sean solicitados, en relación con los expedientes de Responsabilidad Patrimonial>>”. En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra 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"*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos.

2.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia

de asistencia sanitaria -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- 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.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

QUINTA.- Acreditada, mediante los informes médicos obrantes en el expediente, la realidad del daño, consistente en un edema macular quístico y desplazamiento de lente, daño que es evaluable económicamente e individualizado en la persona de la reclamante, la cuestión se centra en dilucidar si dicho daño es imputable a la acción u omisión de los servicios públicos sanitarios en una relación de causa a efecto y si el daño reviste la nota de antijuridicidad.

Para ello es preciso analizar si la asistencia sanitaria recibida se adecua a la *lex artis* porque de acuerdo con una larga y consolidada jurisprudencia que se reitera en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008, “*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", o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso."

Por otra parte, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, 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).

La relación de causalidad es reconocida en el informe del propio Servicio de Oftalmología del Hospital de la Princesa al afirmar que *"presentó como complicación intraoperatoria una rotura capsular y posteriormente edema macular quístico y descentrado de la lente"*.

Ello no obstante, el mismo Servicio considera que la actuación ha sido conforme a la *lex artis ad hoc* al tratarse dicha circunstancia de una complicación propia de la intervención de cataratas y además recogida en el documento de consentimiento informado.

En el mismo sentido se pronuncian tanto el informe pericial aportado por la correduría de seguros como la propuesta de resolución.

En aquellos asuntos en que el daño se hubiera producido por o a pesar del empleo de la praxis adecuada, o pudiera no haberse producido de no haber intervenido la acción de la Administración, esto es entendiendo que sí existe

nexo causal aunque no fuere absoluto o eficiente y sólo concomitante, la responsabilidad requiere que el daño sea antijurídico, pasando a ser lesión, esto es que el perjudicado directamente no tenga la obligación jurídica de soportar el daño. Existiendo esta obligación de soportar cuando existe la aceptación expresa del paciente o enfermo, en el llamado consentimiento informado. Por cuanto en los casos de actividad administrativa de prestación ésta 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 se reguló en el artículo 10 de la Ley de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, y hoy lo hace la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La jurisprudencia por su parte también se ha pronunciado sobre el consentimiento informado, valga por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio 2008 (recurso 4415/04), señala que: *“es una reiteradísima jurisprudencia de esta Sala en relación a la exigencia del consentimiento informado, impuesta ya en los apartados 5 y 6 del art. 10 de la Ley General de Sanidad 14/86) aplicable al caso de autos y en donde hemos dicho que el defecto del consentimiento informado se considera un incumplimiento de la lex artis y supone una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario siempre que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado. Por todas citaremos nuestra Sentencia de 1 de febrero de 2008 donde decimos:*

"El art. 10 de la Ley General de Sanidad 14/86, expresa que toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones Públicas

sanitarias, entre otros aspectos, derecho «a que se le dé en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento» (apartado 5); «a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención», (apartado 6) excepto, entre otros casos que ahora no interesan, «cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas» [letra b)]; y, finalmente, «a que quede constancia por escrito de todo su proceso» (apartado 11).

Se da así realidad legislativa al llamado «consentimiento informado», estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas.

La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal pone de manifiesto el carácter consustancial que el elemento de la información tiene con la prestación de consentimiento en relación con la disposición de los datos personales, pues en el artículo 3.h) define el consentimiento del interesado como «toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen» y en el artículo 11.3 dispone que «Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar».

Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los

formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad.

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 -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario”.

La consideración del daño sufrido incluye el menor daño que se hubiera podido producir de haberse actuado de acuerdo con la buena praxis o el posible menor daño derivado una mejor alternativa hipotética de haber podido manifestar su consentimiento con adecuado conocimiento de causa, es decir el daño sufrido comprende también la llamada pérdida de oportunidad, así lo ha considerado el Tribunal Supremo, entre otras, en sus sentencias de 7 de julio (recurso 6/4776/04) y 28 de mayo de 2008 (recurso 6/4107/04).

En el caso sometido a dictamen, como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho, el informe del Servicio de Oftalmología del Hospital de la Princesa expresa que la reclamante “*presentó como complicación intraoperatoria una rotura capsular y posteriormente edema macular quístico y descentrado de la lente. En nuestro documento de consentimiento*

informado aceptado y rubricado por la paciente la incidencia de rotura capsular es de un 2% y consultada la bibliografía oscila entre el 7,3% y el 44% de Turut”. El informe pericial de la correduría de seguros matiza esta afirmación reconociendo que el documento de consentimiento informado no consta en el expediente debidamente firmado por la paciente, circunstancia a la que resta importancia pretendiendo que pueda ser sustituido por el consentimiento para la anestesia, así afirma: “Si bien no está expresamente firmada la hoja del CI, ni por el paciente ni por el médico interviniente, se trata de un documento con la etiqueta identificativa de la Seguridad Social de la paciente, en el que sí se recogen las complicaciones sufridas tras la cirugía realizada; sin embargo, hemos de indicar que dicho documento está incompleto al carecer de las firmas anteriormente mencionadas. Sin embargo y puesto que el CI de anestesia es específico para este tipo de cirugía, y sí se encuentra firmado, hay que dar por válida de información sobre cirugía de cataratas aunque no se encuentre rubricado el CI específico por la paciente”. En idéntico sentido se pronuncia la propuesta de resolución.

Este órgano consultivo, sin embargo, no puede compartir el criterio expuesto y ello por la sencilla razón de que se aparta de la realidad constatada en el expediente: El documento de consentimiento informado para anestesia general suscrito por la reclamante (folios 28 y 29) no es específico para la intervención de cataratas ni recoge ninguno de los riesgos expuestos en el documento de consentimiento informado para cirugía de cataratas que se ha incorporado al expediente sin firmar.

No se puede olvidar que sobre la Administración recae la carga de probar que se dio cumplida información de la naturaleza de las intervenciones que se iban a realizar a la paciente, así como sus riesgos y consecuencias, reprochándose en este caso precisamente la ausencia de información. Como quiera que no consta documento de consentimiento informado alguno, no puede afirmarse que la interesada conociera la complicación de la

intervención que sufrió ni, por lo tanto, que lo asumiese como riesgo, por lo que el daño reviste la condición de antijurídico. Por ello, se aprecia una vulneración de la *lex artis ad hoc* que revela una actuación anormal del servicio sanitario.

SEXTA.- La indemnización debe resarcir el daño moral derivado de la frustración del derecho a la autodeterminación, ocasionado ante la falta de conocimiento de la complicación que sufrió por más que fuera propia de la intervención a la que se sometió.

En cuanto a la valoración de este daño, se ha de recordar el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia nº 213/2008, de 26 de febrero (RJCA 2008/247) *“Debemos, por tanto, fijar una indemnización por el daño moral padecido por la actora por esta ausencia de información, con la dificultad que ello siempre entraña, indemnización que no puede equipararse a la que le hubiera correspondido por los diversos daños que en la demanda se describen, pues dichos daños, como hemos argumentado, no son susceptibles de ser indemnizados por no ser daño antijurídico ni guardar, tampoco, relación causal alguna con la ausencia del consentimiento informado”*.

Para ponderar la indemnización a satisfacer, deben tenerse en cuenta dos cuestiones que hemos señalado repetidamente, que la paciente conocía la gravedad de su estado y que la opción quirúrgica era la única posible en el contexto de su enfermedad. Puede citarse a *sensu contrario*, al objeto de valorar el daño moral causado, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 diciembre 2004, JUR 2005\222189, cuando señala que *“Por esta razón, en esta clase de supuestos en los que ni existe urgencia, ni consta acreditado que el tratamiento sea único y exclusivo, ni consta que no pudiera, incluso, prescindirse de la intervención, parece claro que la relevancia de las exigencias del derecho a la información de los pacientes es mucho mayor”*, luego tales exigencias serían menores cuando sí consta que el tratamiento es

único y además existe un consentimiento informado firmado respecto de la anestesia para la intervención practicada.

Esta menor exigencia, junto con los antecedentes de la paciente antes indicados, permiten a este Consejo en atención al criterio indicado en la sentencia más arriba citada atemperar el importe de la indemnización que correspondería satisfacer por daño moral, considerando que la misma debe ascender a 3.000 €.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente



CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación por responsabilidad patrimonial, e indemnizar a la reclamante con 3.000 €.

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.

Madrid, 4 de mayo de 2011