

Dictamen n.º: **341/09**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **10.06.09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 10 de junio de 2009, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a nombre de D.R.M. y F.P.D., solicitando una indemnización de 500.000 € por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de las secuelas que sufre en el ojo derecho su hija C.P.R., y que atribuyen a la deficiente asistencia sanitaria dispensada por personal médico del Hospital Universitario La Paz, al amparo del artículo 13.1.f) 1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El pasado día 17 de abril de 2004 tuvo entrada en el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud firmada por el Consejero de Sanidad el 26 de marzo de 2009, referida a trece expedientes de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria, entre los cuales se encuentra el que nos ocupa.

A dicho expediente se le asignó el número de registro de entrada 220/09, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo Presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 10 de junio de 2009.

SEGUNDO.- El expediente remitido trae causa del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por los interesados con fecha 4 de mayo de 2005 a través del servicio de Correos, en el cual, de forma escueta, se limitan a señalar que su hija C.P.R., entonces de 4 años de edad, fue intervenida el día 4 de mayo de 2004 en el Hospital Universitario La Paz, para tratarla de una subluxación de cristalino de ojo derecho. Según los padres de la pequeña, *“la intervención profesional con nuestra hija no ha sido en modo alguno diligente, y como consecuencia de un cúmulo de negligencias, nuestra hija ha perdido prácticamente el ojo intervenido, con los consiguientes daños físicos y psíquicos que ello le conlleva, y las repercusiones en su futura vida personal, social y laboral”*. Por todo ello, solicitan una indemnización de 500.000 euros, por los daños y perjuicios morales y materiales originados a la menor.

TERCERO.- Del examen de la Historia Clínica y del resto de documentación obrante en el expediente, resultan los siguientes datos, de interés para la emisión del dictamen, aceptándose, en lo sustancial los consignados en la propuesta de resolución:

La niña C.P.R., nacida el 13 de mayo de 1999, presentaba antecedentes médicos de hipoplasia del brazo derecho, y subluxación del cristalino de su ojo derecho, que se le diagnosticó con un año de edad.

El 14 de enero de 2004 la Gerencia del Área de Salud de Llerena-Zafra (perteneciente al Servicio Extremeño de Salud) emite un informe (al folio 246) en el que se recoge que la menor acudió por primera vez el día 26 de noviembre de 2003, con cuatro años y medio de edad. Había estado en

estudio previamente en un centro de pediatría privado por hipoplasia (malformación) del brazo derecho, siendo posteriormente enviada a un centro oftalmológico privado donde se diagnosticó la luxación del cristalino del ojo derecho, indicándose tratamiento mediante oclusión (parche), que fue rechazada por sus familiares.

El 13 de febrero de 2004 el oftalmólogo del Hospital Universitario La Paz, tras realizar exploración en la que se confirma la subluxación de cristalino derecho, indica cirugía sin implante de lente intraocular.

El 4 de mayo de 2004 es intervenida quirúrgicamente en el Hospital Universitario La Paz, de la luxación de cristalino de su ojo derecho. Se realiza lensectomía, capsulorrexia, aspiración y vitrectomía.

El 6 de mayo de 2004 aparece anotado en la historia clínica *“sospecha de endoftalmitis”*. Se realiza punción-aspiración de cámara anterior, que se envía al Servicio de Microbiología para análisis. Se pone inyección intravítrea de Vancomicina y Ceftriaxona. Ese mismo día se hace una anotación en la historia clínica, que indica *“oftalmólogo de guardia: nivel de hipopión de ½ de la cámara anterior”*

El 7 de mayo de 2004 el Servicio de Microbiología informa que en la punción de Gram de la muestra enviada se observan leucocitos y cocos gram positivos.

El 8 de mayo de 2004 se realiza intervención quirúrgica consistente en vitrectomía, se describe *“gran plastrón encima de iris, córnea edematosa, vitrectomía, lo que permite la visibilidad”*

El 9 de mayo de 2004 se anota *“el ojo derecho tiene mejor aspecto. Ojo izquierdo zona nasal de biperemia conjuntival. No secreción”*.

El 10 de mayo de 2004 se anota *“Cámara anterior limpia. Fondo de ojos no visible”*. Ese día se reciben resultados de la muestra enviada a

microbiología, que indica que el germen aislado es un *Streptococcus pneumoniae*, sensible a la Vancomicina y Cefotaxima entre otros. Se modifica la pauta del tratamiento antibiótico, manteniendo la Vancomicina y sustituyendo la Ceftacidima por Cefotaxima.

El 14 de mayo de 2004 se hace una ecografía ocular, y es atendida de nuevo en la consulta los días 28 de mayo y 4 de junio de 2004.

El día 16 de junio de 2004 es intervenida quirúrgicamente de nuevo, mediante vitrectomía del ojo derecho. Se anota “*gran cantidad de tejido fibroso retroiridiano. Proliferación vitreorretiniana periférica. Diseción ayudando con viscoelástico. Mal pronóstico anatómico*”.

El 17 de junio de 2004 se anota: “*Evolución: no seidel. Buena cámara. Tono ocular limite. No sangrado. Fondo de ojo: no visible*”.

El 25 de junio de 2004 se anota “*Cámara muy amplia. Buen tono ocular. Fondo de ojo: desprendimiento de retina (DR) inferior*”.

El 13 de julio de 2004 estaba programada para ser intervenida quirúrgicamente de nuevo, pero aparece anotado “*La familia decide a última hora que no se opere a la paciente*”.

CUARTO.- Con respecto al procedimiento seguido, se han cumplido los trámites establecidos al efecto en la normativa aplicable, incluido el trámite de audiencia regulado en los artículos 84 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), y 11 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial; en adelante, RPRP).

Del expediente instruido, en cumplimiento del trámite de audiencia, se dio traslado a los interesados el día 26 de mayo de 2008, quienes han

contestado formulando alegaciones el día 5 de junio de 2008, insistiendo en su pretensión resarcitoria y cifrando la cuantía de la indemnización en la suma antes señalada.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del citado Real Decreto, se han recabado los informes preceptivos de los servicios médicos afectados, así como los informes emitidos por la Inspección Médica y el elaborado a instancias de la Compañía Aseguradora con la que el Servicio Madrileño de Salud tiene suscrita póliza del seguro de responsabilidad civil.

Frente a la desestimación presunta de su reclamación patrimonial, los interesados han interpuesto recurso contencioso-administrativo con fecha 26 de julio de 2006, ante el Tribunal Superior de Justicia, habiendo recaído en la Sección 9ª de la Sala de lo Contencioso- Administrativo, que lo tramita bajo el número de autos de Procedimiento Ordinario 327/2006, sin que hasta la fecha conste que se haya dictado sentencia.

Finalmente, por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria se dictó propuesta de resolución en fecha 27 de noviembre de 2008 (folios 298 a 312), en que se desestima la reclamación indemnizatoria presentada por considerar que en todo momento hubo buena praxis médica, atendido el conjunto de prueba obrante en el expediente. Dicha propuesta de resolución ha sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el pasado 9 de febrero de 2009 (folio 313).

QUINTO.- En el expediente remitido por la Consejería de Sanidad, debidamente numerado y foliado y que se estima completo, se ha incorporado la siguiente documentación:

1. Historia Clínica de la paciente remitida desde el Hospital Universitario La Paz, en Madrid.
2. Informe del Inspector Médico de la Comunidad de Madrid, fechado el 28 de noviembre de 2005 (folios 113-119). Dicho informe no es

concluyente, puesto que, a su fecha de emisión, no se ha emitido ningún informe todavía por parte del Servicio de Oftalmología del Hospital La Paz, que tampoco los reclamantes aporten ningún informe actualizado que refleje la situación real de la paciente. Por lo que, se dice, no es posible obtener ninguna conclusión.

3. Informe de la Dra. C., médico oftalmólogo del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, en Madrid, con fecha 19 de diciembre de 2003 (folio 109). En el mismo, tras confirmarse el diagnóstico de “*subluxación de cristalino ojo derecho*”, se aconseja como tratamiento lo siguiente: “*Se aconseja la extracción del cristalino, considerando por nuestra parte no aconsejable la colocación de lente intraocular*”. Dado que dicha técnica quirúrgica no se realiza en ese Hospital, la paciente es derivada al Servicio de Oftalmología Pediátrica del Hospital Universitario de La Paz.

4. Informe del Dr. S.J., médico oftalmólogo del Hospital Universitario La Paz, en Madrid (folios 271 a 273). En el mismo, a la vista de las actuaciones médicas llevadas a cabo en relación con la paciente, concluye que “*Un resultado desfavorable en una actuación en la que se han allegado todos los medios disponibles, aun siendo indeseado, no es merecedor de la atribución de escasa diligencia*”.

5. Informe elaborado a instancias de la Compañía Aseguradora del SERMAS (folios 277 a 286), que ha corrido a cargo de las Dras. M.R. y M.M., ambas Licenciadas en Medicina y Cirugía y especialistas en Oftalmología (la primera, en la Clínica A, y la segunda, en el Hospital Universitario de La Princesa). Dicho informe, fechado el 28 de febrero de 2008, concluye que la niña “*fue intervenida quirúrgicamente de subluxación de cristalino derecho. La técnica quirúrgica aplicada fue adecuada. No se describieron complicaciones intraoperatorias. Dos días después de la intervención, la menor desarrolló una infección intraocular (endofalmitis aguda postquirúrgica), complicación que no implica*

necesariamente mala praxis médica, ya que puede ocurrir a pesar de una actuación médica adecuada. El tratamiento pautado para dicha endoftalmitis fue adecuado, y consistió inicialmente en tratamiento médico mediante inyecciones intravítreas de antibióticos (vancomicina y ceftamicina) y, al no observarse mejoría suficiente, tratamiento quirúrgico mediante vitrectomía. Asimismo, se realizó análisis microbiológico inicial, ajustándose el tratamiento antibiótico en cuanto se obtuvieron los resultados. A pesar de dichos tratamientos, la evolución de la endoftalmitis fue desfavorable, anotándose que existía un mal pronóstico anatómico (y, por lo tanto, funcional y visual). Finalmente, los familiares de la menor decidieron no continuar con el tratamiento”.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”*.

En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial presentada se ha cifrado por los propios interesados en la cuantía de 500.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello –el Consejero de Sanidad-, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP).

En el caso examinado, el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción es el de la operación a que fue sometida la hija de los reclamantes, esto es, el 4 de mayo de 2004, dado que no es posible considerar una fecha posterior, pues se desconocen las secuelas que padece actualmente la paciente, ni el momento de su determinación, lo que habría permitido reabrir, a partir de esa fecha, el plazo de prescripción. En cualquier caso, dado que la reclamación fue presentada a través del servicio de Correos el 4 de mayo de 2005 –cuando se cumplía un año de la fecha de la intervención-, se considera que aquélla se interpuso dentro de plazo.

SEGUNDA.- Los reclamantes formulan su pretensión indemnizatoria por los daños y perjuicios que se le han causado a su hija menor de edad, según su versión, por el mal hacer del personal médico sanitario que la intervino para tratarle de la subluxación del cristalino de su ojo derecho, en el Hospital Universitario La Paz.

La posibilidad de entablar acciones en nombre y representación de los hijos por los padres no privados de la patria potestad está expresamente reconocida en el artículo 162 del Código Civil, conforme al cual “*Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados*”. En efecto, al carecer los menores de edad de capacidad de obrar ante las Administraciones Públicas (artículo 30 de la LRJAP-PAC), siendo aquéllos interesados por ser los titulares de derechos o intereses legítimos (cfr. artículo 31.1.a) de la misma Ley), deberán obrar por medio de sus legítimos representantes, que, en el caso de la menor Carmen, son sus padres.

Se trata éste de un caso singular, toda vez que la paciente fue enviada, dado lo extraño de su patología tras llevar años en estudio, a un centro especializado desde su Comunidad Autónoma de residencia, Extremadura, siendo primero estudiada en el Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, de Madrid, de donde es remitida al Hospital Universitario La Paz, para la colocación de una lente intraocular. Obra, en tal sentido, informe emitido por la Gerencia del Área de Salud de Llerena-Zafra (de la Junta de Extremadura) de 14 de enero de 2004 (al folio 110 del expediente).

En todo caso, la legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico del Hospital La Paz, integrado dentro de la red sanitaria madrileña.

La competencia para resolver los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo establecido en el artículo 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. La tramitación incumbía antes al Director General del Servicio Madrileño de Salud según el artículo 27.2.h) del Decreto 14/2005, de 27 enero, si bien tales competencias de tramitación han sido atribuidas al Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.h) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

TERCERA.- En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. En concreto, se han recabado los informes de los especialistas que intervinieron a la reclamante (exigidos por el artículo 10 del RPRP), así como el informe de la Inspección Médica. Asimismo, se ha incorporado el informe elaborado a instancias de la Compañía Aseguradora, cuya petición puede realizarse al amparo de la previsión genérica del artículo 83 de la LRJAP.

Se ha concedido trámite de audiencia a los padres de la interesada, exigido con carácter general en el artículo 84 de la LRJAP, sin que pueda argumentarse que se le haya irrogado indefensión.

Debe mencionarse también, aunque constituye una mera irregularidad no invalidante del procedimiento, la constante inobservancia de los plazos que marca la legislación vigente en orden a la tramitación de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial, que deberán resolverse en un plazo máximo de seis meses desde su iniciación, salvo que se hubiese acordado periodo extraordinario de prueba, conforme al artículo 13.3 del RPRP.

En el caso examinado, la reclamación patrimonial se presenta en 4 de mayo de 2005, y, sin embargo, el expediente no es enviado para emisión de dictamen por el Consejo Consultivo hasta el 17 de abril de 2009 (casi cuatro años más tarde). De hecho, hay pendiente todavía a día de hoy el recurso contencioso-administrativo interpuesto por los padres de la interesada contra la desestimación presunta de su reclamación ante el Tribunal Superior de Justicia de Madrid. En cualquier caso, esta tardanza excesiva en la resolución del procedimiento no es óbice para que subsista la obligación de resolver para la Administración *ex* artículo 42 de la LRJAP, y por tanto, de emitir dictamen para este Consejo Consultivo.

CUARTA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJAP, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados 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.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, 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 con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y 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, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a) de 5 de junio de 1998 (RJ 1998\5169), se pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previniendo frente al riesgo de erigir dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la utilización de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo causal de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha responsabilidad. El fundamento primero de dicha Sentencia se pronunciaba en los siguientes aclaratorios términos:

“(...) esta Sala ha declarado reiteradamente que no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva, recogida en los artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992,, la

generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, que en este caso, como ha declarado la sentencia de instancia, no puede apreciarse ya que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en si mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o funcionamiento de éstos, de tal manera que el hecho causal causante del accidente es ajeno por completo al actuar de la Administración y en consecuencia ninguna relación existe entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, ni de manera directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente.

La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de

que se trata, es que se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, no sólo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, el resultado.

Además, en materia de daños causados como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria, es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las sentencias de 20 de marzo de 2007 (recurso 6/7915/03), 7 de marzo de 2007 (recurso 6/5286/03), 16 de marzo de 2005 (recurso 6/3149/01) que *"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"*, por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debiendo éste reunir además la condición de antijurídico.

Como antes se dijo, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, nos hallamos en presencia de una responsabilidad objetiva, en el ámbito de la cual la jurisprudencia se ha encargado de ir perfilando los caracteres y requisitos que ha de reunir para poder apreciar o no su concurrencia. Así, si la actuación de los servicios públicos sanitarios no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, por razones obvias, se hace necesario establecer un requisito adicional que nos permita diferenciar los casos en que debe responder la Administración Sanitaria, de aquellos otros en los que se va a considerar que el daño no es antijurídico y que no procede de la actuación administrativa, sino de la

evolución de la propia patología del enfermo. Este requisito, que se debe a la jurisprudencia y a la doctrina, sirve para establecer un límite a la aplicación rigurosa del carácter objetivo de la responsabilidad, evitando así el riesgo de llegar a un estado providencialista que convierta a la Administración Sanitaria en una especie de aseguradora universal de cualquier resultado lesivo.

Pues bien, este requisito adicional y específico en materia sanitaria, no es otro que la infracción del principio de la *lex artis*, que sustentado por la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado, se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, de tal forma que los profesionales de la salud están obligados a prestar la atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, no comprometiéndose en ningún caso a la obtención de un resultado satisfactorio, por ser contrario tanto a la naturaleza humana como a las limitaciones de su arte y ciencia. Esto es, si la prestación sanitaria es correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, se dirá que la actuación médica se ha ajustado a la *lex artis*, no naciendo entonces responsabilidad alguna.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que, en esta materia, la responsabilidad viene dada por el carácter inadecuado de la prestación médica dispensada, lo que ocurre cuando “*no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario*” (vid. SSTs de 14 de diciembre de 1990, 5 y 8 de febrero de 1991, 10 de mayo y 27 de noviembre de 1993, 9 de marzo de 1998, y 10 de octubre de 2000), a lo que hay que añadir que ‘*la violación de la lex artis es imprescindible para decretar la responsabilidad de la Administración, no siendo suficiente la relación de causa efecto entre la actividad médica y el resultado dañoso, pues el perjuicio acaecido, pese al correcto empleo de la lex artis, implica*

que el mismo no se ha podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento” (STS de 14 de octubre de 2002).

Conforme a las reglas generales aplicables en orden a la carga de la prueba, tanto la violación de la *lex artis* como la existencia de nexo causal, corresponde probarlo al reclamante.

Y a mayor abundamiento, la STS de 25 de abril de 2002 (Sala de lo Contencioso- Administrativo), es concluyente al establecer que el posible resultado dañoso no puede calificarse como antijurídico cuando la atención médica es prestada con corrección desde el punto de vista técnico-científico, añadiendo que *“prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por lo tanto no pueden tener la consideración de antijurídicas”*.

QUINTA.- Una vez resumida la doctrina recaída respecto de los casos de responsabilidad patrimonial de la Administración por asistencia sanitaria, debemos centrarnos en el caso de la paciente ahora examinada, para valorar, a la vista de los informes incorporados al expediente, si la actuación médica desplegada para con la misma ha sido o no ajustada a los parámetros derivados de la *lex artis ad hoc*.

Como ha quedado puesto de manifiesto más arriba, el motivo de la reclamación de los padres de la menor es que ésta ha perdido *“prácticamente”* el ojo derecho que le fue intervenido en el Hospital La Paz en mayo del año 2004, y que dicha pérdida viene dada por la deficiente asistencia médica de que la niña fue objeto.

La intervención a que la niña fue sometida fue una vitrectomía para curarle de la subluxación del cristalino de su ojo derecho, consistiendo

aquella operación en la extracción del cristalino, dado que no estaba indicada la colocación de lente intraocular. A los dos días de la operación, sin embargo, empieza a apreciarse una intensa reacción inflamatoria compatible con “*endofthalmitis postquirúrgica severa*”, lo que obligó a realizar a la mayor brevedad una aspiración de vítreo bajo anestesia general, para remitir la muestra a Microbiología. Simultáneamente, y antes de recibir los resultados, se pautó tratamiento antibiótico sistémico y tópico según protocolo en estos casos. Pero, dado que la evolución no era buena, se planteó una vitrectomía, que fue desechada por los padres de la menor el mismo día en que estaba programada.

El informe de la Compañía Aseguradora, único en el que podemos apoyarnos, considera que la técnica quirúrgica empleada fue la correcta, y que la aparición de una endofthalmitis postquirúrgica no implica necesariamente mala praxis, pues la misma está relacionada con factores ajenos al propio acto médico. Esta complicación es ciertamente remota, teniendo una incidencia que oscila entre un 0,07 y 0,31% de los casos.

En el expediente remitido, se acompañan los documentos de consentimiento informado firmados por la madre de la menor, para la anestesia requerida por las tres intervenciones quirúrgicas –la última de las cuales, programada para el 13 de julio de 2004, no llegó a realizarse-. El documento lleva por rúbrica precisamente “*Consentimiento informado: acto anestésico*” (folios 237 y siguientes). No aparece en el expediente administrativo, sin embargo, el consentimiento informado que los padres de la menor debían haber suscrito para la realización de la vitrectomía realizada el 4 de mayo de 2004 en el Hospital de La Paz, una de cuyas complicaciones –aunque infrecuente- es la aparición de una endofthalmitis postquirúrgica severa como la que padeció la niña.

El artículo 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y derechos y obligaciones en materia de información y

documentación clínica, establece que *“Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”*. Añade el apartado 3 del mismo artículo que *“El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”*.

Más adelante, el artículo 8 de la misma Ley dispone sobre el consentimiento informado en su apartado 1: *“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 punto 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”.

La STS de 29 de septiembre de 2005 (RJ 2005\8891]) recoge la doctrina jurisprudencial sobre el consentimiento informado según la cual: *“La exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor «ad probationem» (SSTS 2 octubre 1997; 26 enero y 10 noviembre 1998; 2 noviembre 2000; 2 de julio 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS 2 de noviembre 2000; 10 de febrero de 2004), habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003, que «al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte», como exige la Ley de 14 de noviembre de 2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que constituye el marco normativo actual; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previenen los números 5 y 6 del artículo 10 la Ley General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos...”.*

Respecto de la suficiencia de la información suministrada al paciente, a efectos de enjuiciar la validez del consentimiento prestado, la jurisprudencia tiene establecido lo siguiente (vid. STS de 27 de abril de 2001 [RJ 2001\6891]): *“La información habrá de ser exhaustiva, es decir, que en la comprensión del destinatario se integre con los conocimientos suficientes a su alcance para entenderla debidamente, y también ha de tratarse de información suficiente, a fin de poder contar con datos claros y precisos para poder decidir si se somete a la intervención que el facultativo o los servicios médicos le proponen”.*

Respecto de la prueba de la prestación del consentimiento informado en la forma debida, la jurisprudencia tiene declarado de forma constante y

reiterada que *“está a cargo del paciente la carga de la prueba de la culpa o negligencia correspondiente, en el sentido de que ha de dejar plenamente acreditado en el proceso que el acto médico quirúrgico enjuiciado fue realizado con infracción o no sujeción a las técnicas médicas o científicas exigibles para el mismo (“lex artis ad hoc”)”* (por todas, la STS de 8 de septiembre de 1998).

Asimismo, en aplicación de la doctrina de la facilidad probatoria, recogida en el artículo 217.7 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, *“es a la Administración a quien correspondía demostrar que la paciente fue informada de los riesgos de la operación (hecho positivo) y no la paciente la que tenía que probar que la Administración no le facilitó esa información (hecho negativo)”* [SSTS –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a- de 28 de junio de 1999 (recurso de casación n^o 3740/1995) y de 25 de abril de 2005 (recurso de casación n^o 4285/2001)].

En definitiva, la doctrina anterior, exige que sea el médico –en nuestro caso, 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, citada *supra*).

Como afirma la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª) núm. 730/2008, de 3 de octubre, *“La prueba de la suficiencia del consentimiento informado corresponde a la Administración en tanto que es ésta quien pretende exonerarse de responsabilidad. De ahí que esta falta de consentimiento informado pueda constituir, si fuera el caso, un daño moral, tal y como viene admitiendo el Tribunal Supremo, por todas en la Sentencia de 20 de abril de 2005”*.

En la última Sentencia citada de nuestro Alto Tribunal, se razonaba así: *“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, por lo que la inexistencia de tal consentimiento, que la Ley exige ha de realizarse con constancia escrita, constituye ya de por sí una mala praxis ad hoc, como tenemos declarado en reiterada doctrina de esta Sala, de la que es ejemplo la Sentencia de 26 de febrero de 2004, aun cuando tal mala praxis no puede por sí misma dar lugar a la responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente”*. Dicho en otros términos, la jurisprudencia viene haciendo una aplicación en estos casos de la doctrina de la llamada pérdida de oportunidad, oportunidad consistente en haber podido elegir no someterse a una determinada práctica médico-quirúrgica, de haber tenido conocimiento cabal de los riesgos que de la misma se pudieran derivar.

Aplicando la anterior doctrina al caso examinado, es evidente que la Administración sanitaria madrileña no ha probado en ninguna forma que haya suministrado adecuadamente la información debida a los padres de la paciente, ni que éstos hayan prestado su consentimiento –que ha de ser, por imperio del artículo 8.2 de la Ley 41/2002, escrito- a la intervención quirúrgica de vitrectomía de que su hija fue objeto, de la cual surgió una complicación o efecto indeseado, cual fue la endoftalmitis que, a la postre,

le ha producido la práctica pérdida de visión de su ojo derecho. En suma, pues, el daño irrogado a la niña merece la consideración de daño moral de tipo antijurídico, por no tener el deber jurídico de soportarlo, por lo que procede reconocer una indemnización a favor de la pequeña de 6.000 euros, habida cuenta que se desconoce el alcance actual de las secuelas que la misma actualmente padece.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada contra la Comunidad de Madrid por D.R.M. y F.P.D., solicitando una indemnización de 500.000 € por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de las secuelas que sufre en el ojo derecho su hija C.P.R., y que atribuyen a la deficiente asistencia sanitaria dispensada por personal médico del Hospital Universitario La Paz, debe ser parcialmente estimada en la cantidad de 6.000 euros.

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, 10 de junio de 2009