

Dictamen n^o: **429/10**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **09.12.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por seis votos a favor y dos votos en contra, en su sesión de 9 de diciembre de 2010, al amparo del artículo 13.1.f) 1^o de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a nombre de I.P.G. por los daños y perjuicios sufridos por defectuosa asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario Puerta de Hierro en la intervención quirúrgica de una hernia discal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 5 de noviembre de 2010 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud firmada por el Consejero de Sanidad el día 2 anterior, referida al expediente de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria referido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 416/10, 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, venciendo dicho plazo el 14 de diciembre de 2010.

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, que fue deliberada y aprobada por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, por seis votos a favor y los votos en contra de los Consejeros, Sres. Bardisa y De la Oliva, en sesión celebrada el día 9 de diciembre de 2010.

SEGUNDO.- El expediente remitido trae causa de la reclamación patrimonial presentada en Correos el 3 de febrero de 2010 –y sello de registro de entrada en la Consejería de Sanidad del día 9 siguiente– por el letrado R.I.C., actuando en nombre y representación de I.P.G.. De dicho escrito (y de los documentos que lo acompañan) se infiere que la interesada fue operada de una hernia discal L5-S1 en el Hospital Universitario Puerta de Hierro de Madrid en fecha 29 de diciembre de 2008, pero que, al persistir los dolores y molestias, hubo de ser reoperada de la misma patología el 3 de diciembre de 2009 en una clínica privada de Barcelona, cuyo importe –pagado por la propia reclamante– fue de 16.420 euros. La interesada dice textualmente en su reclamación que *“...se le dice en Barcelona que la operación del 29-12-2008 que era en teoría para tratar la hernia discal lumbar diagnosticada, no se produjo en la zona afectada, que estaba sin tocar. Es decir, que en Puerta de Hierro operaron a mi cliente, pero fue en otro sitio, por lo que parece (sic)”*. Por los hechos que someramente han quedado descritos, se pide indemnización de daños y perjuicios cuya cuantía en este momento no se especifica.

A dicha reclamación, se acompaña la siguiente documentación:

- Poder para pleitos otorgado ante el Notario del Ilustre Colegio de Madrid J.M.R.C., el 21 de enero de 2010, por el que se apodera al letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid R.I.C. para *“intervenir ante toda clase de órganos de las... Administraciones Públicas en los expedientes que en ellos se promuevan o sigan”*.

- Informe de alta emitido el 6 de diciembre de 2009 por el Institut A de Barcelona, acreditativo de que la paciente se sometió en dicha clínica el día 3 de diciembre de 2009 a la práctica de flavectomía y hemilaminectomía de L5-S1 derecha. En dicho informe, figura como antecedente, que la paciente había sido intervenida de hernia discal L5-S1 derecha “hace un año” en el Hospital Universitario Puerta de Hierro de Madrid.
- Acompaña presupuesto, factura de dicha clínica y documento bancario de B de pago a favor del Institut A por valor de 16.420 euros.
- Informe de alta del Hospital Universitario Puerta de Hierro de Madrid, emitido el 3 de enero de 2009, indicando que el 29 de diciembre de 2008 –fecha de ingreso- se realizó a la paciente procedimiento quirúrgico consistente en *“flavectomía y fenestración laminar L5-S1 derecha, con importante hipertrofia de ligamento amarillo. Disco extruido con adherencias a raíz. Discectomía y liberación radicular”*.
- Informe de alta de urgencias del Hospital Universitario Puerta de Hierro del día 8 de enero de 2009, figurando en el apartado “Juicio clínico” la siguiente anotación: *“Trombosis parcial en segmento distal de la vena poplítea derecha. Trombosis en ramas venosas tibiales”*.
- Informe de Medicina Interna del Hospital Universitario Puerta de Hierro emitido el 26 de febrero de 2009, en que se hace alusión al diagnóstico anterior, mencionándose que la paciente se encuentra en tratamiento con sintrom desde el 2 de febrero de 2009.
- Informe de radiología del Centro Médico C de Barcelona del día 10 de noviembre de 2009, en el cual se recoge en la conclusión lo siguiente: *“Vértebra transicional posiblemente correspondiente a un primer segmento sacro lumbarizado con discopatía L5-V.T y protrusión posteromedial de base amplia, con mínima compresión del saco dural y sin compromiso radicular”*.

- Informe del TC de columna lumbar realizado en la Clínica D de Barcelona el día 26 de noviembre de 2009, según el cual “*se muestra protrusión medial de disco intervertebral L5-S1 condicionando obliteración de canal medular. Protrusión lateral derecha de disco L4-L5 con obliteración lateral parcial de agujero de conjunción derecho de L4. Hallazgos a valorar clínicamente*”.

- Informe del Institut A de Barcelona de 30 de noviembre de 2009, en que se recoge el diagnóstico de “*Hernia discal L5-S1 derecha*”.

TERCERO.- A la vista de la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud se dirige escrito al letrado de la interesada el 23 de febrero de 2010, comunicándole la incoación del expediente, y su tramitación con arreglo a las normas contenidas en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Asimismo, se le hace saber que, si no recibe respuesta expresa en el plazo de seis meses a contar desde que el escrito tuvo entrada en el registro del órgano, deben entender desestimada su solicitud, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.3 del 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 incorpora asimismo la primera comunicación remitida por E, Departamento de Siniestros, en fecha 8 de abril de 2010, acusando recibo de la documentación remitida desde el SERMAS, informando de que han procedido a la apertura del siniestro referenciado, habiéndose dado traslado a F -compañía aseguradora con la que el SERMAS tiene concertada la póliza del seguro de responsabilidad civil-, para su tramitación. No consta haberse emitido dictamen pericial alguno encargado por dicha compañía aseguradora.

Desde el Hospital Universitario Puerta de Hierro de Madrid se ha remitido la Historia Clínica completa de la paciente, así como el informe elaborado en fecha 11 de marzo de 2010 por el Servicio de Neurocirugía respecto de la asistencia prestada.

Asimismo, se ha solicitado informe de la Inspección Médica relativo a la reclamación interpuesta, que fue emitido el 17 de junio de 2010.

Una vez concluida la instrucción del expediente, e inmediatamente antes de redactarse la propuesta de resolución, se ha dado vista del expediente a la interesada por medio de su abogado, de conformidad con los artículos 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP.

El abogado de la interesada presenta escrito de alegaciones en fecha 14 de septiembre de 2009 (en Correos), apuntando a que el expediente no contiene acto de tramitación alguno, no obrando en el mismo ni el consentimiento informado de la cirugía a la que fue sometida la paciente, ni el libro de quirófano ni las hojas de enfermería; considerando por ello que la historia clínica está incompleta. Además, añade que la interesada no obtuvo resultado alguno de su cirugía, sin explicarse lo que sucedió, ni si fue informada de los riesgos, diciéndose que *“No se fue a la medicina privada por capricho, sino por absoluta necesidad”*.

Por último, por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria del SERMAS (por delegación de la Secretaria General del Servicio Madrileño de Salud) se ha formulado propuesta de resolución el 30 de septiembre de 2010, en la que se desestima la reclamación patrimonial presentada, por considerar, haciendo suyas las conclusiones recogidas en el informe de la Inspección Médica, que *“no existen datos para concluir que se ha prestado una deficiente asistencia sanitaria, ni que ha existido mala praxis en el manejo del episodio asistencial de la paciente”*.

Dicha propuesta ha sido devuelta sin informar por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad, el pasado 11 de octubre de 2010, por la razón de que la propuesta de resolución no se pronuncia sobre determinadas cuestiones alegadas por la interesada en sus escritos de alegaciones, entendiendo que las resoluciones tienen que resolver todas las cuestiones planteadas por el interesado (art. 89 LRJAP-PAC).

CUARTO.- De la Historia Clínica incorporada al expediente resultan de interés los siguientes hechos, aceptándose en lo sustancial los consignados en la propuesta de resolución:

La paciente –nacida en 1968, luego de 40 años de edad en el momento de los hechos– fue tratada en el Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario Puerta de Hierro por cuadro de dolor lumbar irradiado a miembro inferior derecho desde noviembre de 2008. Vista en consulta, es diagnosticada de hernia posterobasal derecha con afectación neurológica, y es incluida en lista de espera quirúrgica por hernia discal L5-S1.

El día 29 de diciembre de 2008 acude a urgencias por lumbociatalgia derecha incapacitante e incontinencia urinaria y fecal, ante lo cual se procede a intervención quirúrgica urgente, consistente en flavectomía y fenestración laminar L5-S1 derecha, discectomía y liberación radicular. La evolución postoperatoria es satisfactoria por lo que se le da de alta el día 3 de enero de 2009.

El 8 de enero de 2009 acude nuevamente a Urgencias por dolor e inflamación en pantorrilla derecha, que es diagnosticada de trombosis parcial en segmento distal de la vena poplítea derecha. La paciente es tratada con clexane-sintrom, por el Servicio de Medicina Interna.

El 3 de diciembre de 2009 es diagnosticada en hospital privado de Barcelona de hernia discal L5-S1 derecha con afectación de esfínteres. Se le practica intervención quirúrgica con flavectomía y hemilaminectomía L5-

S1 derecha, con buena evolución postoperatoria, siendo dada de alta el 16 de diciembre de 2009.

QUINTO.- De la documentación obrante en el expediente, interesa destacar para la emisión del dictamen las siguientes partes:

1. Historia Clínica remitida desde el Hospital Universitario Puerta de Hierro.

2. Informe del Servicio de Neurocirugía del citado hospital de fecha 11 de marzo de 2010, firmado por los Dres. G.U. (Jefe de Servicio) y F.M. (Médico Adjunto). En el mismo, negándose la falta de atención y de cuidados a la enferma en dicho centro hospitalario, así como la alegada falta de rigor en la planificación de la operación a que fue sometida, se niega la pretendida relación de causalidad entre el daño sufrido por la reclamante y el funcionamiento de los servicios públicos, dado que *“la lesión, de naturaleza degenerativa, es un proceso patológico que sufre la paciente, que ha sido tratado correctamente con una intervención quirúrgica, dentro de la sanidad pública, y cuya evolución se ha complicado con la aparición de una recidiva. Esta recidiva es independiente de que la atención recibida en el Hospital Universitario Puerta de Hierro haya sido óptima. (...) Tampoco nos parecen razonables las aseveraciones recogidas (...) y en especial, el intento de calificar como negligente y alejada de las directrices de la lex artis, las actividades realizadas en este hospital, cuando en realidad se trata de todo lo contrario. Una atención sanitaria inmediata en el momento del ingreso, un diagnóstico inmediato realizado con las pruebas de tecnología más moderna y un tratamiento quirúrgico, también inmediato, realizado en un quirófano de alta tecnología por especialistas altamente cualificados. (...) Por otra parte, cuando la paciente sufrió su cuadro de recidiva, no parece que acudiera a un centro de la sanidad pública... Su elección de un centro privado para su tratamiento es libre, pero no*

comprendemos que pretenda ser indemnizada por unos gastos que ella libremente eligió realizar”.

3. Informe de la Inspección Médica, firmado por el Dr. M.T. de fecha 17 de junio de 2010, en el que, tras el estudio de los antecedentes y la historia clínica de la paciente, afirma en el apartado de “Consideraciones” que *“La reclamante no presenta ningún informe clínico donde se recoja que la intervención practicada en el Hospital Puerta de Hierro «no se produjo en la zona afectada y que la operaron en otro sitio», siendo esto una mera especulación subjetiva. Poco hay que decir sobre lo expresado en la reclamación de que «no se atendieron sus antecedentes, no se le efectuaron las debidas exploraciones, y no se le trató con la diligencia debida», ya que los datos contenidos en la historia clínica, reflejan todo lo contrario, incluyendo la diligencia con que fue intervenida quirúrgicamente. No existen, por tanto, datos en la historia clínica ni en los informes aportados, para concluir que hubo una deficiente asistencia sanitaria y que ésta produjo como efecto los problemas aducidos en la reclamación”.*

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes,

CONSIDERACIONES DE 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 no se ha cifrado económicamente, por lo que, siendo de cuantía indeterminada, 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.

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.

SEGUNDA.- En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial ha sido interpuesta por medio de letrado, con poder al efecto, actuando en nombre y representación de la paciente que ha sufrido los daños supuestamente causados por el mal hacer de los profesionales sanitarios. La legitimación activa recae, pues, en esta última, por ser la titular de los derechos o intereses legítimos que pueden resultar afectados por la decisión que se adopte en el procedimiento (cfr. artículo 31.1.a) en relación con artículo 139.1 de la LRJAP-PAC). Por otra parte, la posibilidad de interponer reclamaciones por medio de representante que acredite su representación por cualquier medio válido en Derecho, está expresamente admitida en el artículo 32.2 de la misma Ley.

En cuanto a la legitimación pasiva, cabe decir que la reclamación ha sido correctamente dirigida frente a la Administración Sanitaria madrileña, dado

que el daño irrogado a la reclamante ha sido causado supuestamente por personal integrado en el Hospital Universitario Puerta de Hierro, dependiente del Servicio Madrileño de Salud.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, es de un año. Dicho plazo, en aplicación de la teoría de la *actio nata* recogida en el artículo 1969 del Código Civil, comienza a correr desde que se produjo el hecho o el acto que motiva la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP-PAC), y en el caso de daños de carácter físico o psíquico, la ley precisa que dicho cómputo se inicia “*desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”; lo cual equivale a decir que desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido y de sus consecuencias.

Partiendo del relato de hechos que antecede al presente dictamen, la patología que ha tenido la reclamante, y que la ha obligado a someterse a una segunda operación de hernia discal en Barcelona, es una recidiva o agravamiento del cuadro que presentaba inicialmente, de protrusión discal L5-S1. Esta circunstancia no constituye una mera afirmación subjetiva de la paciente, sino que viene corroborada por el informe del Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario Puerta de Hierro, donde se la intervino la primera vez, en que se afirma que “*la lesión, de naturaleza degenerativa, es un proceso patológico que sufre la paciente, que ha sido tratada correctamente con una intervención quirúrgica, dentro de la Sanidad Pública y cuya evolución se ha complicado con la aparición de una recidiva. Esta recidiva es independiente de que la atención recibida en el Hospital Universitario Puerta de Hierro haya sido óptima*”.

Teniendo en cuenta que, para curar de esta recidiva, la interesada hubo de someterse a una segunda operación en el Institut A de Barcelona, de flavenectomía y hemilaminectomía L5-S1, que, según se desprende del informe de alta del 6 de diciembre de 2009, tuvo éxito (se dice en el mismo

que la paciente “*sigue una buena evolución postoperatoria*”), a falta de nuevos datos, entendemos que la fecha que debe tomarse como *dies a quo* para el cómputo del plazo prescriptivo es la de la segunda intervención quirúrgica, esto es, el 3 de diciembre de 2009, en que se alcanzó la curación de la enferma. Ello nos lleva a concluir que, habiéndose interpuesto la reclamación el 3 de febrero de 2010, la misma está presentada dentro de plazo.

TERCERA.- En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. En concreto, se han recabado el informe del Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario Puerta de Hierro, que supuestamente causó el daño (exigido por el artículo 10 del RPRP), así como el de la Inspección Médica. Se ha concedido trámite de audiencia a la interesada, exigido con carácter general en el artículo 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP (respecto de los procedimientos de responsabilidad patrimonial), sin que pueda argumentarse que se les haya irrogado indefensión.

Pese a que el artículo 13.3 del RPRP establece que los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial deberán resolverse en un plazo máximo de seis meses desde su iniciación, salvo que se hubiese acordado periodo extraordinario de prueba, este plazo máximo se ha incumplido, una vez más, por parte de la Consejería.

Siendo la fecha de incoación el 23 de febrero de 2010, y debiendo haber concluido antes del 23 de agosto de este año, no se ha remitido al Consejo para dictamen sino hasta el día 5 de noviembre pasado. El transcurso del mencionado plazo determina que la reclamación patrimonial deba entenderse desestimada (cfr. artículo 43.1 de la LRJAP-PAC), sin que ello sea óbice para que subsista la obligación de resolver para la Administración *ex* artículo 42 de la misma Ley, no quedando aquélla vinculada por el

sentido del silencio (artículo 43.4.b) de la LRJAP-PAC). Obviamente, también subsiste la obligación de dictaminar 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-PAC, 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, 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 (*vid.* por todas las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007, 7 de marzo de 2007 y de 16 de marzo de 2005) 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 ha de 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 razonable 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 de la *lex artis*, basado 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*, sin que nazca entonces responsabilidad alguna.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que la responsabilidad surge del 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).

Y a mayor abundamiento, la STS de 25 de abril de 2002 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*”.

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

QUINTA.- Del examen de la reclamación, se desprende que lo que la reclamante reprocha a los médicos del Hospital Puerta de Hierro es que no realizaron correctamente la intervención quirúrgica para curarle de la hernia discal L5-S1, recrudeciéndose después de la operación el cuadro de dolores y molestias que presentaba la paciente, y que la obligó a ser intervenida nuevamente cuando aún no había pasado un año desde la operación anterior, haciéndolo en una clínica privada de Barcelona.

La reclamante no presenta ningún informe médico que permita apoyar las afirmaciones tan graves que hace en su escrito de reclamación, dirigidas al personal médico del hospital madrileño, como debía haber hecho en aplicación de las reglas generales de carga de la prueba a que hemos hecho mención en la consideración anterior. Sin embargo, como se dejó recogido en los antecedentes de hecho, tanto el informe del Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario Puerta de Hierro, como el elaborado por la Inspección Médica del SERMAS, coinciden en afirmar que la asistencia prestada fue correcta, desde el punto de vista de la *lex artis*. En concreto, el informe del Servicio, se dice que la lesión o patología que presenta la paciente, y que la obligó a ser reintervenida, es de naturaleza degenerativa y constituye una recidiva, la cual “*es independiente de que la atención recibida en el Hospital Universitario Puerta de Hierro haya sido óptima*”.

No podemos contrastar con ningún otro informe la verdad de tales afirmaciones, pero lo que es incontestable es que, después de la operación realizada el 29 de diciembre de 2008 en el mencionado hospital, la paciente volvió a acudir a los servicios de urgencias del hospital tan sólo cinco días más tarde de que se le diera el alta (el 8 de enero de 2009), por aparición de un cuadro de trombosis parcial en segmento distal de vena poplítea derecha, y trombosis en ramas venosas tibiales. Asimismo, como evidencian los informes médicos acompañados al escrito de reclamación, persistieron los mismos síntomas y dolores a lo largo de todo el año 2009, culminando el proceso asistencial en la necesidad de reintervenir a la paciente el día 3 de diciembre de 2009 en el Institut A de Barcelona, realizándosele la misma operación que la que se le practicó en el hospital madrileño, consistente en “*flavectomía y hemilaminectomía L5-S1*”, a resultas de la cual, según el informe médico de alta, quedó en buena situación, dado que tuvo una buena evolución postoperatoria.

No podemos discutir aquí si la asistencia sanitaria prestada a la paciente fue correcta desde el punto de vista de la *lex artis ad hoc*, ni estamos en

condiciones de poder afirmar que la reaparición de los síntomas iniciales que aquejaban a la paciente no guardan ninguna relación causal con la intervención quirúrgica de que fue objeto, siendo consecuencia de la grave patología de base que la misma presentaba. De lo que se trata es de determinar si el cuadro de recidiva que surgió después de la intervención quirúrgica realizada en la Sanidad Pública madrileña, estaba o no contemplado en el documento de consentimiento informado que necesariamente debió suscribirse antes de la práctica de dicha operación, y si la enferma, antes de someterse a la operación, prestó adecuadamente su consentimiento respecto de esos posibles efectos adversos. A efectos sistemáticos, y en aras de una mayor claridad expositiva, trataremos de esta cuestión en la consideración siguiente.

SEXTA.- En efecto, como constata el abogado de la reclamante en su escrito de alegaciones, consultada la Historia Clínica de la paciente remitida desde el Hospital Universitario Puerta de Hierro –historia que había sido consultada anteriormente hasta en dos ocasiones, como pone de manifiesto el Gerente del Hospital al remitir la Historia Clínica para su incorporación al expediente-, resulta que no obra en la misma documento alguno de consentimiento informado, ni para la práctica de la cirugía, ni para la anestesia general necesaria en una intervención de estas características.

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 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”*.

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).

Al respecto de la constancia escrita del consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2005 señala que *“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 prueba de la prestación del consentimiento informado en la forma debida, en aplicación de la doctrina de la facilidad y disponibilidad 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 4^a) 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”*.

Recientemente, nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 29 de junio de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 3^a), con cita de la de 16 de enero de 2007, sostiene, respecto de la carga de la prueba de la prestación y suficiencia del consentimiento del paciente: *“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. Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de*

Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración)”.

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. A este respecto, podemos citar las sentencias más recientes de nuestro Alto Tribunal.

Así, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^a) 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”.*

También la Sentencia del Tribunal Supremo (de la misma Sala y Sección) de 25 de marzo de 2010, sostiene que *“Partimos de que no hubo quebranto de la "lex artis" en la intervención quirúrgica, (...) sí hemos declarado haber habido quebranto de la "lex artis" en la prestación del consentimiento informado al no haber sido informado adecuadamente de los posibles riesgos derivados de la intervención quirúrgica. Y esta Sala viene*

admitiendo (por todas Sentencia 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008, con cita de otras anteriores) que en determinadas circunstancias la infracción anterior produce a quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir. También reitera esta Sala que esa reparación dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo. En este supuesto, establecemos en la suma de cuarenta mil euros actualizada a la fecha de esta Sentencia, sin perjuicio de los intereses que puedan resultar procedentes por demora en el pago de esta indemnización”.

La Sentencia del Alto Tribunal (de las mismas Sala y Sección) de 6 de abril de 2010, hace suyas las afirmaciones del tribunal *a quo* acerca de que hubo mala praxis por ausencia de consentimiento informado: “*Tras ello –en alusión a la sentencia de instancia– analiza la falta del debido consentimiento informado al paciente y sobre este punto la Sala considera que debe ser estimado el recurso. Parte de la Ley General de Sanidad, Ley 14/1986, en la redacción vigente en la fecha de los hechos en sus artículos 10.5 y 6. Subraya que en la interpretación de este precepto la jurisprudencia viene considerando que la ausencia del debido consentimiento informado viene a configurarse como un supuesto de mala praxis ad hoc que puede ser generador de responsabilidad patrimonial (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 6^a, de 9 de noviembre de 2005, así como la Sentencia de 14 de octubre de 2002). Trasladando la doctrina sentada en tales sentencias declara acreditado, a tenor de la pericial médica efectuada por designación judicial (a la que otorga especial valor por la imparcialidad que le es predicable en razón a su modo de designación así como por el propio contenido del informe bien completo y exhaustivo en cada uno de los puntos en los que se interesó dicha pericia), “que la opción quirúrgica seguida no era la única viable y que hubieran sido igualmente válidas y correctas como alternativas*

terapéuticas (...). Destaca que, en el presente caso en relación a la advertencia concreta sobre posibles secuelas "sólo consta la manifestación del facultativo a la hora de emitir su informe dentro del expediente administrativo en el sentido de que se le informó verbalmente sobre las posibles secuelas, lo que es negado por el actor sin que conste otra corroboración periférica tal como pudiera ser anotaciones en su historia clínica y, en especial, no consta que al paciente se le haya informado de ninguna de las referidas alternativas terapéuticas posibles y viables pues el modelo de consentimiento aportado tiene un contenido genérico, en el que se autoriza la intervención indicando que se le han explicado su propósito, naturaleza y posibles complicaciones pero sin indicación alguna mínimamente explícita sobre las posibles alternativas existentes". (...) Concluye, no cabe entender que el consentimiento otorgado estuviera revestido de la precisa y previa información que hubiera posibilitado al recurrente el escoger entre las diversas opciones existentes la que entendiera más conveniente para sí (en el sentido que observa la Sentencia, Sección 6ª, de 9 de noviembre de 2005, recurso 6620/2001).

La Sentencia del Tribunal Supremo (de las mismas Sala y Sección) de 9 de junio de 2010, al tratar del caso de una paciente a la que no se le informó de la posibilidad de finalizar el embarazo por cesárea, practicándosele un parto vaginal –originándose graves taras al bebé, pese a que la actuación de los facultativos fue considerada acorde a la buena praxis-, sostiene lo siguiente: *"De esta forma hubo un quebranto de la "lex artis", pues al no darle a la madre la posibilidad de asumir este riesgo se le produjo un daño que no tiene el deber de soportar, si se le hubiera ofrecido la posibilidad de la finalización del parto mediante cesárea, y como viene admitiendo nuestra Sala, entre otras, en las sentencias de veintidós de octubre de dos mil nueve -recurso de casación 710/2008- y veinticinco de marzo de dos mil diez -recurso de casación 3944/2008-, la citada infracción produce a*

quien lo padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de la capacidad para decidir”.

La ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2010 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”.*

Por su parte, la Sentencia de nuestro Alto Tribunal (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 30 de junio de 2010, trata del supuesto de una paciente a la cual, en el curso de una intervención quirúrgica de histerectomía abdominal total y doble anexectomía por útero miomatoso y algias pélvicas, se le operó de una endometriosis, que fue detectada durante la misma intervención. Después de la intervención surgió un grave cuadro de secuelas. Por lo que hace a la intervención quirúrgica de la endometriosis, que fue una complicación surgida en el curso de la operación, y respecto de la cual no se había informado a la paciente, la sentencia razona de este modo: *“Resta por dilucidar si el consentimiento informado era también exigible para atender una contingencia imprevista, como era la derivada del descubrimiento quirúrgico de una endometriosis cuya existencia no fue conocida hasta el momento de la apertura abdominal, cuando la paciente se encontraba inconsciente por los efectos de*

la anestesia e incapacitada por tanto para prestar o denegar cualquier tipo de consentimiento complementario. Ciertamente este descubrimiento dificultaba la técnica quirúrgica programada y hacía posible secuelas no previstas inicialmente por lo que las opciones del cirujano pasaban por continuar con la intervención, como hizo, o bien detenerla con los riesgos que ello conlleva en una operación de esta envergadura para recabar nuevo consentimiento de la paciente proporcionándole la información suplementaria obtenida en el quirófano. Aunque en estos casos debe ponderarse siempre entre el riesgo existente, atendidas las circunstancias, y la necesidad de respetar el principio de autodeterminación del paciente siguiendo los criterios de la lex artis, lo cierto es que la actuación realizada por los cirujanos durante la intervención quirúrgica practicada el día 24 de febrero de 1998, a falta de una prueba en contrario que hubiera puesto de manifiesto la conculcación de la lex artis, estaría amparada en el propio artículo 10.6 de la Ley General de Sanidad que recoge como excepción al consentimiento informado del paciente la situación de urgencia que no permita demoras por poder ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento, pues no otra cosa se deduce de la lectura de los informes médicos que obran en el expediente”. De esta sentencia se desprende, a sensu contrario, la necesidad de recabar el consentimiento del paciente con anterioridad a la práctica de la intervención quirúrgica a que deba someterse, si bien excepciona de este principio general los casos en que no pueda obtenerse dicho consentimiento por concurrir circunstancias graves de especial urgencia.

Por último, la Sentencia de 27 de octubre de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª), haciéndose eco de la anterior de 16 de octubre de 2007, afirma, en relación con el daño moral sufrido por la ausencia de recepción de la debida información con anterioridad al acto médico realizado, afirma que: *“Sí podría existir daño moral, si concurren los requisitos necesarios, en el caso de que se hubiese lesionado*

el poder de la persona de autodeterminarse, lo que a su vez podría constituir una lesión de la dignidad de la misma. Esta dignidad es un valor jurídicamente protegido, pues, como dice el Tribunal Constitucional en su sentencia 53/1985, de 11 de abril, «nuestra Constitución ha elevado también a valor jurídico fundamental la dignidad de la persona, que, sin perjuicio de los derechos que le son inherentes, se halla íntimamente vinculada con el libre desarrollo de la personalidad (art. 10) (...)». En efecto, como añade el Tribunal Constitucional, «la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida (...)».

De los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes, resulta que se viene considerando que la omisión del deber de suministrar la información debida al paciente, en los términos recogidos en nuestra legislación, constituye un supuesto de mala praxis, o una infracción de la *lex artis*, que puede irrogar, si concurren el resto de los requisitos, un daño moral a quien lo sufre, susceptible de indemnización.

SÉPTIMA.- En el caso examinado, no hay constancia en la Historia Clínica de la paciente remitida desde el Hospital Universitario Puerta de Hierro, ni en el informe realizado por el Servicio de Neurocirugía, cuyos médicos la intervinieron, de que se hubiera proporcionado a aquella la información suficiente acerca de los beneficios de la operación, y singularmente, de los riesgos y efectos adversos que de la misma pudieran derivarse, incluyendo la posibilidad de la aparición de recidivas e, incluso, de no curación. Dicha práctica hospitalaria es necesaria para no vulnerar el derecho a la información de los pacientes, en los términos de los artículos 4 y 8 de la Ley 41/2002, y tiene su fundamento último en la dignidad de la persona y en el libre desarrollo y autodeterminación de su personalidad, cuando ello afecta a actuaciones concernientes al ámbito de su salud o integridad física.

En aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, es a la Administración sanitaria a la que incumbía probar que proporcionó dicha información a la paciente, dejando expresamente constancia en la historia, en el caso de que no se hubiera podido suscribir por circunstancias de especial urgencia el documento de consentimiento informado, que al menos se proporcionó la citada información en forma verbal.

Ninguna de estas circunstancias ha sido probada por la Administración, por lo que es razonable concluir que no se informó adecuadamente a la enferma de todos los extremos que ésta tenía derecho a conocer, en orden a prestar adecuadamente su consentimiento a someterse a la intervención quirúrgica de que fue objeto.

El daño causado a la paciente merece la consideración de daño moral, como este Consejo Consultivo ha mantenido, entre otros, en sus dictámenes nº 341/09 y 456/09, debiendo para valorarse, como se señalaba en este último, ponderarse todas las circunstancias concurrentes, dado que se carece de parámetros o módulos objetivos (*vid.* STS de 3 de enero de 1990 y las posteriores).

Desde luego, en modo alguno puede considerarse un daño indemnizable la cantidad desembolsada por la reclamante, por el hecho de haber acudido a la sanidad privada para someterse a una nueva operación. En efecto, los tribunales contencioso-administrativos reconocen el derecho de los pacientes a ser indemnizados en la cuantía de los gastos realizados por tener que acudir a la medicina privada, siempre y cuando, ante la pasividad o falta de diligencia de la sanidad pública, el enfermo no haya tenido más alternativa, para obtener solución a su dolencia, que acudir a la sanidad privada (*vid.* por todas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª, número 699/2007, de 31 de mayo). No ha sido éste el caso, ya que, como bien pone de manifiesto el informe del Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario Puerta de

Hierro, la decisión de haber acudido a una clínica privada de Barcelona – ciudad en la que actualmente reside la reclamante- ha sido totalmente libre, sin venir justificada por una falta de atención de la sanidad pública madrileña, donde en su momento se prestó toda la atención debida a la paciente que permiten los más modernos y sofisticados métodos diagnósticos y quirúrgicos actualmente al alcance.

En suma, pues, considerándose que el daño irrogado es de naturaleza estrictamente moral, por el hecho de haberse vulnerado el derecho a la información de la paciente, debe reconocerse a la interesada la suma de 3.000 euros, idéntica a la que este Consejo viene concediendo en casos similares.

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



CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial debe ser parcialmente estimada en la cantidad de 3.000 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, 9 de diciembre de 2010