

Dictamen n^o: **384/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **13.07.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 13 de julio de 2011, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a nombre de A.S.G., 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, en solicitud de indemnización económica, por los daños y perjuicios ocasionados por caída sufrida en el Hospital de Fuenlabrada y lesiones sufridas tras intervención posterior.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 13 de mayo de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen, firmada por el consejero de Sanidad el día 9 de mayo de 2011, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 299/11, 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 unanimidad por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 13 de julio de 2011.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por A.S.G., con registro de entrada en la Consejería de Sanidad el 21 de julio de 2008 (folios 1 a 14 del expediente).

Según la reclamante, el día 14 de marzo de 2007 sufrió una caída en el Hospital de Fuenlabrada al resbalarse en un pasillo que se encontraba mojado y sin señalizar. Refiere que ese mismo día acudió al Servicio de Urgencias donde le colocaron una férula por dudosa fractura de escafoides.

A continuación, la reclamante, señala que el día 24 de abril de 2007 acudió a la consulta de traumatología siéndole retirada la férula y sustituida por una escayola para mejorar la consolidación de la fractura, que, sin embargo, según refiere en su escrito *“unió de forma inadecuada debido a que desde el principio no se actuó de forma correcta sobre la patología”*.

Continuando con el relato fáctico de su reclamación, señala que tuvo que someterse a una cirugía programada, ingresando en el Servicio de Traumatología del Hospital de Fuenlabrada el día 3 de septiembre de 2007, para ser sometida a una osteotomía radio distal para reducir posición. Refiere que nunca se le explicó que dicha cirugía sobre la muñeca izquierda llevaba aparejada la necesidad de realizar un injerto de la cresta iliaca izquierda, por lo que en el postoperatorio inmediato solicitó explicaciones a los facultativos con objeto de que le informaran sobre la

intervención realizada en la cadera izquierda, *“momento en el que le informaron que para la práctica de la intervención sobre la muñeca había sido necesario aplicar un injerto extraído de la cresta iliaca”*. Refiere que ella nunca había autorizado la extracción y aplicación del injerto en la forma indicada *“pues siempre había imaginado que la cirugía actuaría únicamente sobre la muñeca izquierda”*. Señala que a consecuencia de la intervención de cadera, *“que además estaba afectada por una osteoporosis que debió haberse tenido en cuenta como contraindicación”* sufrió una fractura en el ala iliaca izquierda y un hematoma que le obligó a permanecer hasta febrero de 2008 en silla de ruedas, quedándole como secuela una fisura en cadera izquierda que sigue sin consolidar, un agravamiento de la osteoporosis que ya tenía, y una importante impotencia funcional con acortamiento de miembro inferior.

En virtud de los hechos expuestos, señala que existe una responsabilidad clara por parte del SERMAS en lo relativo a la falta de vigilancia y señalización de la zona que se encontraba mojada y deslizante.

En relación con la intervención a la que fue sometida, refiere que existe una falta de consentimiento informado, pues no autorizó, ni consintió la realización del injerto de fosa iliaca izquierda.

Tras citar la doctrina jurisprudencial que estima oportuna en relación con su reclamación, e invocar los preceptos correspondientes a la responsabilidad patrimonial de la Administración, concluye, solicitando al SERMAS, que tenga por presentado el escrito, con sus copias y documentos acompañados, y previos los trámites de rigor, dicte resolución por la que se acuerde indemnizar a la reclamante en la cantidad de 60.000 euros más los intereses, por los daños y perjuicios sufridos. A efectos de notificaciones, designa el domicilio del letrado C.S.G.

TERCERO.- Presentada la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud, en fecha 10 de noviembre de 2008, se incoa expediente de responsabilidad patrimonial al amparo del 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).

Al mismo tiempo, se remite la reclamación a A, la cual acusa recibo de la misma en fecha 10 de diciembre siguiente, dando cuenta de su traslado a B, compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud. No consta que por ésta se haya emitido informe médico-pericial en relación con este siniestro.

Igualmente, se remite la reclamación a la Inspección Sanitaria, dependiente de la Consejería de Sanidad, y a la Gerencia del Hospital de Fuenlabrada.

Se ha incorporado al expediente la historia clínica de la paciente remitida desde el Hospital, incorporándose el informe emitido por el Servicio de Traumatología, supuestamente causante del daño. Igualmente se ha incorporado informe de la Dirección Económico Financiera y de Servicios Generales del Hospital, en relación con la caída supuestamente sufrida por la reclamante. La petición de dichos informes se incardina en la previsión contenida en el artículo 10.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

Asimismo, se ha emitido informe por parte de la Inspección Médica de la Consejería de Sanidad, en fecha 11 de octubre de 2010.

Concluida la instrucción del expediente, se ha dado trámite de audiencia a la interesada el 2 de febrero de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP.

Finalmente, por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria –por delegación de la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud, según Resolución 26/2010, de 28 de julio- se dictó propuesta de resolución en fecha 29 de marzo de 2011, en que se desestima la reclamación indemnizatoria presentada. Dicha propuesta de resolución ha sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el pasado 6 de mayo de 2011.

CUARTO.- Del examen de la historia clínica de la paciente y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos, que se consideran de interés para la emisión del dictamen, admitiéndose en lo sustancial los consignados en la propuesta de resolución:

La paciente, A.S.G, de 74 años de edad en el momento de los hechos, acude el día 14 de marzo de 2007 al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de Fuenlabrada, aquejada de dolor en la muñeca izquierda tras haber sufrido una caída casual. Del examen de la paciente resultó el juicio clínico de dudosa fractura de escafoides, procediéndose a la inmovilización con férula de yeso con prolongación al primer dedo.

El 28 de marzo de 2007, en la revisión que se realiza a la paciente en consulta externa de Cirugía Ortopédica y Traumatología del referido Hospital, se aprecia la existencia de una fractura conminuta de extremidad distal de radio, con leve angulación dorsal de la carilla articular. El servicio médico opta por seguir un tratamiento conservador con yeso antebranquial.

A las seis semanas de evolución, el 25 de abril de 2007, se retira el yeso a la paciente, apreciándose en los controles radiográficos signos de consolidación, pero con un acortamiento a expensas de cortical posterior, con aumento de la angulación dorsal de la carilla articular distal del radio.

El día 30 de mayo de 2007 la paciente acude de nuevo a revisión, presentando dolor significativo en zona radio-cubital distal, trapecio y metacarpiano, 4º dedo en gatillo y acortamiento de radio con desviación dorsal. Se propone a la paciente cirugía, que ésta acepta y ese mismo día firma consentimiento informado para el tratamiento quirúrgico de mala consolidación de fracturas. En dicho consentimiento, se informa a la paciente de la naturaleza de la intervención a la que va a ser sometida, así como de las posibles complicaciones y riesgos de la misma.

La paciente es sometida a una osteotomía radio distal para reducir posición con injerto de cresta ilíaca el día 3 de septiembre de 2007 en el Hospital Universitario de Fuenlabrada. La intervención se desarrolla sin incidente alguno, siendo el postoperatorio favorable, según se desprende del informe de alta hospitalaria del Servicio de Traumatología del Hospital.

A.S.G, al notar dolor de cadera, acude el 5 de septiembre de 2007 al Servicio de Urgencias del Hospital de Fuenlabrada, donde se aprecia fractura de la pala ilíaca izquierda en su porción anterior, en relación con la toma de injerto. Se pauta tratamiento sintomático, reposo funcional, toma de antiinflamatorio y revisión en consulta.

La última revisión de la paciente que consta en el expediente se realiza el 2 de octubre de 2008, apreciándose *“buena funcionalidad de la mano y muñeca izquierdas, mejoría del dolor y la disestesia en muslo izquierdo, encontrándose pendiente de estudio neurofisiológico”* según consta en el

informe del jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital de Fuenlabrada.

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 la reclamante en 60.000 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.

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 corresponde al viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.i) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

SEGUNDA.- La reclamante solicita indemnización por los daños y perjuicios que se le han causado por los hechos descritos en los antecedentes de hecho, concurriendo en ella la condición de interesada, exigida por mor de los artículos 31 y 139.1 de la LRJAP-PAC.

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 integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

El 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-PAC). En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará “*desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”, lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que constituye una aplicación de la teoría de la «*actio nata*», recogida en el artículo 1969 del Código Civil («*actioni nondum natae, non prescribitur*»).

En el presente caso, teniendo en cuenta que la intervención quirúrgica de la que dimanaron los daños tuvo lugar el 3 de septiembre de 2007, es preciso establecer cuál es la fecha que debe ser tenida como *dies a quo* para el cómputo del referido plazo prescriptivo.

En aplicación de la citada doctrina de la «*actio nata*», es jurisprudencia reiteradísima la de que en caso de lesiones, el plazo de prescripción no comienza a correr hasta que el perjudicado conoce el alcance definitivo de las secuelas, momento que puede ser muy posterior al alta médica e incluso prolongarse hasta su declaración de invalidez o incapacidad (*vid.* entre otras muchas, las SSTS de 31 de diciembre de 2002, 22 de enero, 13 de febrero, 7 de abril y 29 de mayo de 2003).

En el caso examinado, consta en la historia clínica de la paciente remitida por el Hospital Universitario de Fuenlabrada, que tras la intervención practicada el día 3 de septiembre de 2007, la paciente acudió a diversas revisiones, la última antes de su reclamación el día 22 de abril de 2008, en la que se objetivó, según consta en la anotación practicada por el Servicio Médico ese día, que la muñeca tenía buen aspecto, con un buen resultado clínico, anotándose en cuanto a la pelvis “*pseudoartrosis (7 meses) de espina iliaca anterosuperior izquierda con meralgia femorocutaneo izquierda*”, y solicitándose la práctica de una prueba de EMG, que según la última anotación que consta en el expediente, todavía no se había realizado el día 2 de octubre de 2008. De lo dicho podemos concluir, que a la fecha de su reclamación, el 21 de julio de 2008, aún no se había producido la curación de la paciente, ni se había determinado el alcance definitivo de las secuelas, estando pendiente de la realización de un estudio neurofisiológico, por lo que estaría abierto el plazo para reclamar en aplicación de la teoría de la *actio nata* recogida en el artículo 1969 del Código Civil.

TERCERA.- En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Dicho procedimiento para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de

Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, se encuentra regulado en el Título X de la LRJAP-PAC (artículos 139 y siguientes), desarrollado en el citado RPRP.

A este procedimiento se encuentran sujetas, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJAP-PAC (en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) y la disposición adicional primera del RPRP, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

Como se dijo *supra*, se ha recabado y evacuado informe de los servicios médicos afectados, en concreto, consta en el expediente el informe emitido por el jefe del Servicio Cirugía Ortopédica y Traumatología, supuestamente causante del daño. Igualmente se ha incorporado informe de la Dirección Económico Financiera y de Servicios Generales del Hospital, en relación con la caída supuestamente sufrida por la reclamante., cuya preceptividad resulta del artículo 10.1 del RPRP.

También se ha solicitado y emitido informe de la Inspección Sanitaria, trámite no preceptivo, si bien, como resulta del apartado IX.9.1 de la Circular 3/1999, de 30 de noviembre, de la Presidencia Ejecutiva del INSALUD, sobre Organización y Funciones de la Inspección Sanitaria - cuya aplicación opera en el ámbito autonómico con carácter supletorio-, la Inspección Médica “*elaborará los informes que le sean solicitados, en relación con los expedientes de Responsabilidad Patrimonial*”. Así pues, este informe garantiza el acierto de la decisión administrativa que ponga fin al procedimiento, constituyendo un elemento de juicio de indudable valor.

Asimismo, se ha dado trámite de audiencia a la interesada, de conformidad con los artículos 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP, habiendo ésta formulado alegaciones en tiempo y forma.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

Llama la atención el excesivo tiempo que ha llevado la tramitación de este procedimiento, sin que exista ninguna razón objetiva que justifique esta dilación. Interpuesta la reclamación el 21 de julio de 2008, y teniendo fijada este procedimiento una duración máxima de seis meses (cfr. artículo 13.2 del RPRP), no se ha recabado el dictamen preceptivo de este Consejo hasta el pasado 13 de mayo de 2011 (casi tres años después de la fecha de interposición de la reclamación).

El transcurso del plazo máximo sin haberse dictado y notificado resolución expresa lleva a que debe entenderse desestimada la reclamación presentada por silencio negativo, en aplicación del artículo 142.7 de la LRJAP-PAC, sin perjuicio de que subsiste la obligación de la Administración de resolver ex artículo 42 de la misma Ley, así como de emitir dictamen por 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 (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 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 (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”*.

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.- En el caso que nos ocupa, la reclamante, en primer lugar, alega que sufrió una caída en el Hospital de Fuenlabrada al resbalarse en un pasillo que se encontraba mojado y sin señalizar. De dicha caída resultó

una lesión de la muñeca izquierda, que consta acreditada por la incorporación al expediente de la historia clínica de la interesada.

Acreditada, pues, la existencia de una lesión es necesario analizar si concurre en el presente caso la relación de causalidad definida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, según Sentencia de 9 de julio de 2002 como *“una conexión causa efecto, ya que la Administración –según hemos declarado entre otras, en nuestras Ss de 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 24 de septiembre de 2001, y de 13 de marzo y de 10 de junio de 2002–, sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños imputables a conductas o hechos ajenos a la organización, o actividad administrativa”*, puesto que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales, no permite extender el concepto de responsabilidad para dar cobertura a cualquier acontecimiento, lo que significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad de la infraestructura material para prestarlo, 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.

Alega la reclamante que la caída que le provocó el daño fue ocasionada *“por la falta de vigilancia y señalización de la zona que se encontraba mojada y deslizante”*. No cabe olvidar que la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria recae, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, en quien reclama esa responsabilidad (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003

– recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000-, entre otras).

En el supuesto objeto del presente dictamen, la reclamante no aporta prueba alguna que acredite esta afirmación. La interesada señala que la caída se produjo en un pasillo del Hospital sin concretar más detalles. De la historia clínica aportada resulta que en la anotación practicada el día de la caída se hizo constar: *“14-marzo-2007 09:24. Dolor en muñeca izquierda tras caída casual”*. De esta anotación no resulta acreditado el lugar donde se produjo la caída, ni siquiera que la misma se produjera en el Hospital como refiere la reclamante. Ninguna prueba aporta la interesada para acreditar los hechos alegados en relación con la caída.

Frente a esta absoluta carencia de pruebas, el informe emitido por la Dirección Económico Financiera y de Servicios Generales del Hospital, en relación con el supuesto accidente al que se hace referencia señala que *“En el informe de seguridad del 14 de marzo de 2007 no consta dato alguno relativo a esta supuesta caída. Por tanto, dicha caída, en el supuesto de haberse producido, no requirió de la intervención del Servicio de Seguridad”*. En cuanto a la actuación del servicio de limpieza refiere que *“El personal de limpieza no tiene tampoco constancia del incidente. No consta ninguna circunstancia excepcional (gotera, rotura...) que pudiera haber originado que excepcionalmente el suelo estuviera mojado...”*. Al referido informe se acompaña certificado de la empresa de limpieza en el que se señala que *“en la actualidad como desde el inicio de la actividad de la empresa en el Hospital(enero de 2006) siempre que se realizan trabajos donde la seguridad, tanto de los trabajadores como de las personas que pueden circular alrededor conlleva algún riesgo, se adoptan las medidas adecuadas por medio de la señalización de las zonas afectadas, tal y como establece el Real Decreto 486/1997, de 14 de abril, materia de*

Seguridad y Salud en los lugares de trabajo...”. El referido informe de la empresa de limpieza añade que “ Por lo tanto, y reiterando lo anteriormente señalado, la empresa de limpieza, desde enero del año 2006, utiliza triángulos de señalización “suelo mojado/húmedo” para delimitar las zonas de trabajo y evitar posibles accidentes de los usuarios ajenos a dichos trabajos”.

En definitiva, la reclamante no prueba que la caída fuera motivada por la defectuosa gestión del servicio de limpieza del hospital, por lo que no está acreditada la relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público, de manera que no puede ser acogida su pretensión en este punto. En este sentido podemos traer a colación lo resuelto por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 31 de julio de 2009 (JUR 2010\30917) al señalar: *“En el supuesto de autos, que se litiga por la caída sufrida en el Hospital Gregorio Marañón por el mal estado del suelo, es decir alegando estar mojado el suelo del pasillo donde transitaba sufriendo una caída y por ella una lesión en el hombro derecho con las secuelas correspondientes, es necesario acreditar tal situación, es decir, que concurren los elementos necesarios conforme a las normas y criterios jurisprudenciales recogidos en el fundamento anterior para que se dé la responsabilidad exigida, y, ante el caso enjuiciado falta la prueba de que la caída del recurrente se debiera al mal estado del pavimento del Hospital, con lo cual no está acreditada la relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público, por lo que no puede tener favorable acogida el presente recurso contencioso-administrativo”.*

Por otro lado, conviene hacer referencia al reproche formulado por la reclamante, sobre la defectuosa consolidación de la fractura que atribuye a la falta de corrección de la asistencia médica dispensada. En este caso, la

reclamante no ha acreditado que, en efecto, el tratamiento prescrito fuera incorrecto o contrario a las exigencias derivadas de la *lex artis ad hoc*, como debía haber hecho, en aplicación de la jurisprudencia que hemos mencionado en relación con la carga de la prueba. Por el contrario, el informe de la Inspección Médica es concluyente al afirmar que la asistencia sanitaria prestada a la paciente fue adecuada a la literatura médica estudiada. Así, el precitado informe señala que el tratamiento de las fracturas como la que nos ocupa, es controvertido, no existiendo un tratamiento único y definitivo que se considere estándar, pudiendo ser ortopédico o quirúrgico, y subrayando que la consolidación viciosa de la fractura distal de radio conminuta es una complicación frecuente e inevitable en el tratamiento de las mismas. De lo dicho cabe concluir la adecuación de la asistencia sanitaria a los parámetros de la *lex artis*, por lo que no puede imputarse el daño padecido a la actuación sanitaria dispensada, en una relación de causa a efecto.

SEXTA.- Por otra parte, la reclamante recrimina a los servicios sanitarios el haberle proporcionado información insuficiente, contraviniendo con ello los preceptos de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, en materia del derecho a la información y del consentimiento informado en el ámbito de las actuaciones concernientes a la salud de los pacientes.

En relación con el consentimiento informado, cabe señalar que la necesidad de suministrar al paciente información completa de las actuaciones que se van a llevar a cabo en el ámbito de su salud, viene impuesta legalmente en el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Más adelante, el artículo 8.1 de la misma Ley dispone sobre el consentimiento informado que “*Toda*

actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”. Añade el apartado 2 del mismo artículo: “El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.

En 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 que *“(…) 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 membranosa (...) 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 ha 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 6ª, de 9 de noviembre de 2005, así como la Sentencia de 14 de octubre de 2002). Traslado 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 6^a, 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.*

La Sentencia de 27 de octubre de 2010 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4^a), 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 concurriesen 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 (...)»*”.

Por último, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 37/2011, de 28 de marzo, enjuiciando la denuncia del demandante de vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [RCL 1978, 2836]), en relación con los derechos a la integridad física y a la libertad (arts. 15 y 17.1 CE), por habersele denegado el derecho a ser indemnizado por la pérdida funcional total de la mano derecha como consecuencia de la realización de un cateterismo cardiaco, sin que se le hubiese informado de los riesgos de la intervención ni se hubiese recabado su consentimiento para la práctica de la misma, se pronuncia concediendo el amparo solicitado por entender que la asistencia recibida por el demandante no satisfizo su derecho a prestar un consentimiento debidamente informado, y, por tanto, vulneró su derecho fundamental a la integridad física (art. 15 CE [RCL 1978, 2836]). En la referida sentencia el Alto Tribunal señala que:

“De acuerdo con lo expuesto, podemos avanzar que el consentimiento del paciente a cualquier intervención sobre su persona es algo inherente, entre otros, a su derecho fundamental a la integridad física, a la facultad que éste supone de impedir toda intervención no consentida sobre el propio cuerpo, que no puede verse limitada de manera injustificada como consecuencia de una situación de enfermedad. Se trata de una facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Ésta es precisamente la manifestación más importante de los derechos fundamentales que pueden resultar afectados por una intervención médica: la de decidir libremente entre consentir el tratamiento o rehusarlo, posibilidad que ha sido admitida por el TEDH, aun cuando pudiera conducir a un resultado fatal (STEDH de 29 de abril de 2002 [TEDH 2002, 23] , caso Pretty c. Reino Unido, § 63), y también por este Tribunal (STC 154/2002, de 18 de julio [RTC 2002, 154] , F. 9). Ahora bien, para que esa facultad de consentir, de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos. De esta manera, el consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación. La

información previa, que ha dado lugar a lo que se ha venido en llamar consentimiento informado, puede ser considerada, pues, como un procedimiento o mecanismo de garantía para la efectividad del principio de autonomía de la voluntad del paciente y, por tanto, de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales que pueden resultar concernidos por las actuaciones médicas, y, señaladamente, una consecuencia implícita y obligada de la garantía del derecho a la integridad física y moral, alcanzando así una relevancia constitucional que determina que su omisión o defectuosa realización puedan suponer una lesión del propio derecho fundamental...”

Los pronunciamientos jurisprudenciales más recientes establecen 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 sometido a dictamen, consta en el expediente remitido desde el Hospital Universitario de Fuenlabrada, el documento de consentimiento informado suscrito por la paciente el 30 de mayo de 2007 antes del tratamiento quirúrgico de mala consolidación de fracturas a que se sometería la reclamante.

En el documento suscrito por la interesada para la intervención quirúrgica, si bien se señala que la intervención consistirá en acortamiento de cúbito o alargamiento de radio, no se aprecia referencia alguna a la extracción de injerto óseo del propio cuerpo de la paciente, operación que, según el informe de la inspección médica que consta en el expediente, se debe considerar un acto quirúrgico diferenciado de la operación de la

fractura de radio. En el informe del jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital, se señala que en el documento de consentimiento informado firmado por la paciente, se señalan las alternativas terapéuticas *“el acortamiento cubital o la osteotomía de radio, este último procedimiento quirúrgico lleva implícito la colocación de injerto óseo de pala iliaca, lo que se informo a la paciente”*. Por el contrario, el informe de la inspección médica señala que *“la información escrita contenida sobre el tratamiento quirúrgico de la fractura distal de radio de la paciente se considera incompleta e inespecífica, así como que no menciona ni informa de forma explícita, ni implícita, la realización de una extracción de un injerto óseo de la cresta iliaca de la propia paciente”*. Añade que *“la opción propuesta de acortamiento de cúbito no precisa injerto óseo”*, y en cuanto a la opción de alargamiento de radio, refiere el precitado informe que *“no supone de forma implícita un injerto de cresta iliaca del hueso iliaco de la propia paciente como única posibilidad, puesto que “i) El injerto óseo puede ser autólogo y puede obtenerse de otros huesos además de las crestas ilíacas de la paciente (tibia, cúbito, costilla, cráneo). ii) El injerto puede ser óseo, pero no ser de los huesos de la paciente (injerto óseo alogénico o de hueso de cadáver). iii) Pueden utilizarse, en lugar de injerto óseo, diferentes sustitutos de injerto óseo disponibles (múltiples materiales osteoconductivos, osteoinductivos y osteogénicos)”*. Por lo expuesto señala que al tratarse de dos actos quirúrgicos diferenciados, la operación de fractura de radio y la de extracción de injerto óseo, ha de constar *“la información escrita detallada, completa y clara sobre ambos en el o los documentos de consentimiento informado que se elaboren al efecto”*, concluyendo que en el presente caso el documento de consentimiento informado no contiene la información necesaria, detallada, completa y suficiente sobre el o los procedimientos, para que la paciente pueda decidir entre las diferentes opciones debidamente informada.

En el informe de la inspección médica se trae a colación una copia literal del documento de consentimiento informado de la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología en relación con la obtención de injerto óseo autólogo, que la inspección considera que contiene la información básica y mínima sobre dicha intervención. Al respecto, en el precitado documento de consentimiento informado se describe el procedimiento de obtención de injerto óseo autólogo, explicitándose en el mismo que *“El propósito de dicha técnica es la obtención de tejido óseo de una zona sana para usarlo en el tratamiento de una lesión (defecto, óseo, retardo de consolidación o pseudoartrosis, realización, deartrodesis, osteotomías...). Las cualidades biológicas y seguridad del hueso del propio paciente no son igualadas por otras sustancias o injerto de banco (heterólogo), por lo que, en determinados procedimientos, es el injerto de elección”*. A continuación, en dicho documento se describen las consecuencias seguras de la intervención, señalando que *“El hueso se extrae de una zona sana donde la retirada de una cantidad limitada de tejido no causa problemas importantes. Dependiendo del volumen requerido se toma de la cresta iliaca anterior o posterior o de la región proximal de tibia, distal de radio o proximal de cúbito...”*. En el documento figuran los riesgos típicos de ese concreto procedimiento de obtención de injerto óseo autólogo, entre los que se incluye *“Lesión o afectación de algún nervio que pueda causar, temporal o definitivamente, alteraciones sensitivas o motoras, especialmente el nervio femorocutáneo cuando se extrae de la cresta iliaca”, así como también “rotura del hueso manipulado”*. El documento incluye un apartado para riesgos personalizados y posibles alternativas, señalándose en este último que *“pueden usarse injertos de banco o sustitutivos óseos pero tienen distintas propiedades y su empleo probablemente esté desaconsejado en el tratamiento de su proceso”*.

Ninguno de los datos que acabamos de transcribir relativos a la obtención de injerto óseo autólogo, figuran en el documento de consentimiento informado firmado por la paciente el día 30 de mayo de 2007, razón por la que el informe de la Inspección médica señala que la información es *“incompleta e inespecífica, así como que no menciona ni informa de forma explícita ni implícita, la realización de extracción de un injerto óseo de la cresta ilíaca de la propia paciente”*. Resulta posible afirmar que dicha falta de información resulta relevante para considerar que el derecho de autodeterminación de la paciente se ha visto vulnerado, en tanto en cuanto de haber conocido que la intervención de mala consolidación de fracturas llevaba aparejado un procedimiento de obtención de injerto óseo autólogo con sus propios riesgos y consecuencias, podría no haber optado por él al existir otras técnicas alternativas.

A juicio de este Consejo no se reputa suficiente el que en el informe del servicio causante del daño, emitido en el curso del procedimiento de responsabilidad que se sustancia, se afirme que el procedimiento lleva *“implícito la colocación de una pala ilíaca, lo que se informó a la paciente”*, pues tal afirmación no queda corroborada por la historia clínica. Por lo tanto desde esta perspectiva, el daño ocasionado a la paciente deviene antijurídico, sin que ella tenga la obligación de soportarlo.

El daño causado a la paciente merece la consideración de daño moral, como este Consejo Consultivo ha mantenido, entre otros, en sus dictámenes 456/09 y 429/10, debiendo para valorarse, 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).

Dado que el objeto del resarcimiento se circunscribe al derecho de la interesada a haber sido informada adecuadamente de los riesgos de la

intervención y las alternativas existentes a la misma, y a consentir voluntariamente a su práctica, considera este Consejo que procede indemnizar a la reclamante con la cantidad de 3.000 euros, idéntica a la que este Consejo viene concediendo en casos similares, por daño moral.

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

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada debe ser estimada, correspondiendo satisfacer a la reclamante la suma 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, 13 de julio de 2011