

Dictamen n^o: **483/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **14.09.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 14 de septiembre de 2011, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a nombre de G.Z.N., 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 las secuelas atribuidas a infección en antebrazo derecho adquirida durante intervención quirúrgica en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 19 de julio 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 11 de julio de 2011, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 483/11, 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, con el voto particular concurrente de los Consejeros, Sra. Laina y Sr. De la Oliva, por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 14 de septiembre de 2011.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por G.Z.N., con registro de entrada en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias de Alcalá de Henares el 18 de mayo de 2004 (folios 8 a 21 del expediente).

Según el reclamante, con fecha 29 de agosto de 1996 sufrió un accidente mientras participaba en un concurso de tirasoga, del que resultó un esguince de muñeca derecha con rotura de los ligamentos cubitocarpiano y radio cubital distal.

A continuación, el reclamante señala que tras sufrir el accidente, le fue inmovilizada la muñeca con férulas en tres ocasiones. Refiere que a pesar de la inmovilización continuó el dolor y la falta de fuerza, por lo que se le infiltró sin resultado, pasando a tratamiento de rehabilitación en julio de 1997 precisando técnica de fisioterapia específica siendo el resultado desfavorable. Según el reclamante, con fecha 8 de octubre de 1998 fue intervenido quirúrgicamente por lesión ligamentosa radiocubital inferior y cúbitocarpiana, con evolución postoperatoria favorable, siendo dado de alta el 13 de octubre de 1998, continuando con el yeso durante 6 semanas.

Según el reclamante, con fecha 26 de noviembre de 1999, fue intervenido nuevamente, siendo el diagnóstico principal subluxación radiocubital distal derecha, permaneciendo inmovilizado con férula de yeso. Refiere que fue de nuevo intervenido con fecha 14 de abril de 2000 por inestabilidad radio cubital con procedimiento quirúrgico de resección de extremos óseos, calcificaciones, e interposición y anclaje de músculo pronador cuadrado en el cúbito, presentando en la actualidad una

pronosupinación completa sin inestabilidad del cúbito con dolor a nivel de la membrana interósea y en la zona cubital.

Continuando con el relato fáctico de su reclamación, señala que en septiembre de 2003 fue intervenido nuevamente realizándole una reconstrucción de antebrazo derecho, con aloinjerto cubital y estabilización radiocubital distal con aloinjerto tendinoso. Refiere que al cabo de unos días se le produjo una infección sobre la intervención, ingresando el día 1 de octubre de 2003 con el diagnóstico de infección supurante en antebrazo derecho a nivel cubital distal, siendo el cultivo positivo para *stafilococcus aureus* sensible a numerosos antibióticos, presentando además un rash cutáneo secundario al proceso infeccioso de antebrazo, con discreta febrícula. Señala que se procedió a la limpieza y desbridamiento quirúrgico con lavados intraoperatorios con suero fisiológico, suero betadinado y agua oxigenada, observando que el injerto tendinoso que servía de reconstrucción de la radiocubital distal era purulento y además estaba prácticamente desintegrado, por lo que se procedió a retirarlo, retirando asimismo la aguja de Kirschner que mantenía la articulación radiocubital distal, colocando esponjas de Kollatam impregnadas en gentamicina y férula braquial. Según el reclamante tras la intervención, se le sometió a antibioterapia intravenosa, se le realizaron curas a días alternos, continuando con tratamiento oral y posteriores controles evolutivos.

A continuación, el reclamante señala que en enero de 2004, al presentar nuevamente dolor e inestabilidad global de la articulación radiocarpiana derecha y cubito carpiana, se solicita por el Servicio de Traumatología RX, observándose reabsorción del injerto, por lo que el servicio adscrito al Hospital Universitario Príncipe de Asturias deciden ingresarle nuevamente el día 2 de marzo de 2004, para llevar a cabo la operación el día 3 de marzo, dándole de alta nuevamente el día 5 de marzo. Refiere que en dicha operación se llevó a cabo la retirada de aloinjerto defectuoso, la retirada de la placa con los 8 tornillos, dejando el antebrazo sin ningún apoyo, según el

reclamante, lo cual ha derivado en que el antebrazo tenga una falta de fuerza total, ya que no puede coger y mantener peso debido a su debilidad y una falta total de estabilidad, quedando por tanto como secuelas definitivas.

En consecuencia y, debido a la intervención realizada en septiembre de 2003, que le produjo una infección sobre la intervención, señala el reclamante que le han quedado unas lesiones y secuelas, por las que solicita una indemnización por importe de 27.627,16 euros, que desglosa de la siguiente manera:

Por 191 días de incapacidad: desde el día 1 de septiembre de 2003, (fecha de los primeros análisis y posterior operación en los primeros 10 días) hasta el día 9 de marzo de 2004, último día de la cura de la intervención realizada el día 3 de marzo de 2004, 8.750,39 euros.

Por las secuelas consistentes en inestabilidad del antebrazo derecho, pérdida de fuerza en la mano, con limitación para coger peso y realizar actividades cotidianas y amputación de cabeza de cúbito, 14.742,69 euros.

Por el perjuicio estético consistente en cicatriz plenamente visible de 18 cm de longitud, 4.134,08 euros.

TERCERO.- Presentada la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud en fecha 17 de junio de 2004 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 27 de diciembre de 2005, 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.

Se ha incorporado al expediente la historia clínica del paciente remitida desde el Hospital Universitario Príncipe de Asturias. Consta igualmente el informe emitido por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del referido hospital, supuestamente causante del daño. La emisión de dicho informe 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, recibido en el Servicio de Normativa y Régimen Jurídico del Servicio Madrileño de Salud el 4 de octubre de 2005.

Concluida la instrucción del expediente, se ha dado trámite de audiencia al interesado el 25 de enero de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP. En cumplimiento de dicho trámite, el reclamante presentó alegaciones el día 14 de febrero de 2011, ratificando en su totalidad la reclamación inicial.

Finalmente, por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria –por delegación en la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud, según Resolución 26/2010, de 28 de julio- se dictó propuesta de resolución en fecha 13 de junio de 2011, en que se desestima la reclamación presentada. Dicha propuesta de resolución ha sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el pasado 7 de julio de 2011.

CUARTO.- Del examen de la historia clínica del 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:

Según consta en el informe de 29 de septiembre de 2000 del doctor P.G., médico en el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital

Universitario Príncipe de Asturias, el paciente, G.Z.N. fue visto el 5 de mayo de 1998 en dicho servicio, refiriendo haber sufrido en agosto de 1996 quemaduras en manos y esguince de muñeca derecha a raíz de haber tirado de una soga. Según el precitado informe, en la RNM presentaba signos de inestabilidad radio cubital distal con signos de sinovitis localizada a imagen de secuelas postraumática en la propia epífisis distal del cúbito.

En fecha 8 de octubre de 1998, el paciente es sometido a intervención quirúrgica, realizándole extirpación del fragmento de la estiloides y retensaje de los ligamentos radiocubitales quedando estable. En la evolución posterior se relajaron de nuevo los ligamentos reproduciéndose la subluxación.

Se realiza nueva intervención quirúrgica el 26 de noviembre de 1999 mediante técnica de Sauve-Kapandji que en su evolución posterior realizó un puente óseo doloroso que limitaba la pronosupinación a pesar de existir 1 cm de distancia entre los bordes de resección, por lo que en fecha 14 de abril de 2000 se realiza nueva intervención aumentando la resección.

Al presentar inestabilidad muñón cubital de Sauve-Kapardji, es intervenido nuevamente el 15 de junio de 2001.

El 3 de diciembre de 2002 se realiza nueva intervención por fracaso de Sauve-Kapardji, realizándole prótesis de cúbito tipo Herbert.

El reclamante ingresa de nuevo en el hospital el 8 de septiembre de 2003 por fracaso de la prótesis. Es intervenido el 9 de septiembre, realizándole reconstrucción cubital con aloinjerto óseo y reconstrucción radiocubital distal con tendón peroneo lateral de aloinjerto. Según consta en la historia clínica del paciente, la muestra clínica realizada en ese acto quirúrgico dio positivo para E.Coli y Stafilococo coagulasa negativa. Consta en el expediente “*Consentimiento informado de autorización para la utilización de tejidos humanos. Receptor aloinjerto*”, firmado por el paciente.

El paciente reingresa en el hospital el 1 de octubre de 2003, presentando infección supurante en antebrazo derecho a nivel cubital distal, siendo reintervenido el 16 de octubre de ese año, realizándole limpieza y desbridamiento quirúrgico con lavados intraoperatorios con suero fisiológico, suero betadinado y agua oxigenada, retirando el injerto tendinoso así como la aguja de Kirschner que mantenía la articulación radiocubital distal, colocando esponjas de Kollatam impregnadas en gentamicina y férula braquial.

En la revisión de enero de 2004, presenta dolor e inestabilidad global de la articulación radio carpiana derecha y cúbito carpiana. Se realiza RX, observándose reabsorción de injerto. El paciente es intervenido nuevamente el 3 de marzo de 2004, para retirada de aloinjerto+ EMO de placa y tornillos.

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 el reclamante en 27.627,16 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.- El reclamante solicita indemnización por los daños y perjuicios que se le han causado por los hechos descritos en los antecedentes de hecho, concurriendo en el la condición de interesado, 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 a la que el reclamante anuda los daños que padece tuvo lugar el 9 de septiembre de 2003, debe reputarse presentada en plazo la reclamación el día 18 de mayo de 2004, independientemente del momento de la curación o estabilización de las secuelas.

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 de Sección y Responsable del Servicio Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, supuestamente causante del daño, 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 al interesado, de conformidad con los artículos 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP, habiendo éste 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.

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 6ª) 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.- Aplicada la anterior doctrina al caso que nos ocupa, debemos señalar que no resulta controvertido que el reclamante sufrió una infección por *stafilococo aureus* tras la intervención practicada el 9 de septiembre de 2003, tal y como consta en la historia clínica aportada al expediente, y como corroboran el informe del Servicio Médico que intervino al paciente, así como el informe de la Inspección médica. Acreditada la realidad del daño que es evaluable económicamente e individualizado en la persona de la reclamante, la cuestión se centra en dilucidar si es imputable a la actuación de los servicios sanitarios.

Para ello es necesario valorar si la intervención sanitaria cuestionada se ajustó a los parámetros de la *lex artis*, esto es, si se acomodó a una buena práctica médica, lo que enervaría la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, porque de acuerdo con una larga y consolidada jurisprudencia *“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”* (Sentencias del Tribunal Supremo 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-), o lo que es lo mismo, no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.

Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron al paciente, debemos partir de que, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria, es al reclamante al que incumbe la carga de la prueba. Así lo proclama la jurisprudencia, de la que sirve como exponente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1707/2008, de 17 de septiembre, que desplaza la carga de la prueba en estos casos sobre quien reclama. La Sentencia citada argumenta en los siguientes términos: “(...) *las obligaciones exigibles a los servicios médicos en relación con prestaciones como las examinadas en este expediente son obligaciones de medios y no de resultado. Corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia se alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama*”.

En el caso que nos ocupa, el interesado refiere que debido a la intervención realizada en septiembre de 2003 en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias, en la que “*no se tuvieron en cuenta todas y cada una de las medidas preventivas que tuvieron que darse*” se le “*produjo una infección sobre la intervención*”, que le ha originado una serie de lesiones y secuelas. Sin embargo, no ha acreditado que, en efecto, la intervención practicada fuera incorrecta o contraria a las exigencias derivadas de la *lex artis ad hoc*, como debía haber hecho, en aplicación de la jurisprudencia acabada de mencionar.

Por el contrario, de los informes periciales obrantes en el expediente se infiere 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, lo que excluye la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En efecto, la corrección de la intervención aparece constatada tanto en el informe del Servicio médico supuestamente causante del daño, como en el informe de la Inspección Médico-Sanitaria.

Así, en el informe de 15 de junio de 2004 del jefe de Sección y Responsable del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, se hace constar que *“la indicación y la técnica quirúrgica de la intervención practicada se han ajustado a los protocolos y estándares de actuación terapéutica para este tipo de patología”* y añade que *“el aloinjerto fue solicitado a un banco de huesos homologado por la Comunidad de Madrid (Hospital Fundación Alcorcón) cumpliendo todos los requisitos de manipulación y transporte exigido a este tipo de injertos”*. Por su parte el informe de la Inspección Médica constata en sus conclusiones que la asistencia prestada fue adecuada.

Además, ambos informes constatan que la infección sufrida por el paciente es una complicación posible derivada del tipo de intervención practicada. En este sentido, el informe de la inspección afirma que *“las infecciones postoperatorias en intervenciones con implantación de aloinjertos referidas en la bibliografía alcanzan cifras del 19 % que a su vez presentan un alto porcentaje de casos multirresistentes. A pesar de las medidas preventivas fundamentalmente de higiene que se vienen implantando en los hospitales, su frecuencia ha aumentado a lo largo de los años”*. Por otra parte, el informe del Servicio Médico afectado señala que *“los aloinjertos presentan una tasa de infecciones, pese a su correcto procesado, como avala la bibliografía actual, superior al 15% respecto a los injertos autólogos (en este caso impracticable para la intervención propuesta ya que se necesitaba un cúbito distal completo)”*. De ambos informes es posible colegir que la infección padecida por el reclamante tras la práctica de la intervención, constituye un riesgo asociado a la misma que se puede producir aún cuando no concorra mala praxis, lo que nos obliga a analizar la cuestión relativa a la antijuricidad del daño.

SEXTA.- En este punto se hace preciso analizar si el perjudicado tiene la obligación jurídica de soportar el daño; y esta obligación concurre cuando existe la aceptación expresa del paciente o enfermo en el llamado consentimiento informado, por cuanto en los casos de actividad administrativa de prestación, como es la sanitaria, ésta se asume voluntariamente y se debe soportar su posible efecto adverso.

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 4ª) de 9 de marzo de 2010, se pronuncia en los siguientes términos: *“Esta situación originada por la incompleta o insuficiente información de la Administración acerca de los riesgos... inherentes de la operación, supone un incumplimiento de la "lex artis ad hoc" que revela un anormal funcionamiento del servicio sanitario, que exige una indemnización siempre y cuando se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento, defectuosamente informado; y, aquí (...) independientemente de que no se haya acreditado, como precisa el juzgador de instancia, que "la rotura de las pars 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 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). 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 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.

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 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 Tribunal Constitucional 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...”.

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 sometido a dictamen, consta en el expediente remitido el documento de consentimiento informado suscrito por el paciente, en el que se le informa de las consecuencias de su decisión de aceptar la implantación de tejidos provenientes de un donante humano (aloinjerto). En dicho documento se informó al reclamante de los riesgos generales y específicos de la intervención. Igualmente constan en dicho documento las principales complicaciones específicas de la implantación de un aloinjerto, figurando como tales *“infección, fractura y no incorporación del mismo en el hueso huésped y se cifran aproximadamente 10-15 % y puede ser necesario la reintervención para la retirada del mismo, recambiar la osteosíntesis o aportar injerto tomado del propio paciente”*.

De lo dicho, resulta claro que el paciente quedaba informado de que, como consecuencia de la realización de la intervención se podían desencadenar estas complicaciones, como realmente sucedió, incluso en el supuesto de que la actuación médica fuera irreprochable desde la perspectiva de la *lex artis*, como es el caso, aceptando con su consentimiento los riesgos inherentes a la intervención, lo que excluye la antijuridicidad del daño.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

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

VOTO PARTICULAR CONCURRENTE, CONJUNTO, QUE FORMULAN AL PRESENTE DICTAMEN LOS CONSEJEROS, DÑA. ROSARIO LAINA VALENCIANO Y D. ANDRÉS DE LA OLIVA SANTOS.

«Rosario Laina Valenciano y Andrés de la Oliva Santos, Consejeros electivos del Consejo Consultivo de la Comunidad Autónoma de Madrid, al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico de dicho Consejo, formulan **voto particular concurrente** con el dictamen 483/111 (correspondiente al expediente 483/11) sobre reclamación de responsabilidad por asistencia sanitaria presuntamente defectuosa prestada a G.Z.N. en el Hospital Universitario Príncipe de Asturias, de Alcalá de Henares.

Este voto particular es concurrente porque, en definitiva, estamos de acuerdo con la conclusión del dictamen, desfavorable a la referida reclamación. No compartimos, sin embargo, algunos aspectos del dictamen.

Concretamente, los firmantes discrepamos de los párrafos final de la consideración jurídica quinta e inicial de la consideración jurídica sexta, por entender que en ellos no se expresa adecuadamente la cuestión de la antijuridicidad del daño o, en otros términos, la existencia o inexistencia de la obligación de soportar el daño, que se pone en relación con la existencia, o no, de consentimiento del paciente una vez previamente informado de manera completa. A nuestro entender, debería haberse matizado que, descartada la mala praxis médica, no puede darse responsabilidad administrativa por daño *físico*, de modo que la ausencia de información o de información suficiente, previa al consentimiento, comportaría la existencia de un daño *moral* antijurídico por lesión al derecho a la autodeterminación independiente del daño físico sufrido.

Pero, más allá de esta leve discrepancia expresiva, los firmantes entendemos que, de no plantearse en la reclamación, de alguna manera, un reproche por la ausencia de información previa o por la deficiente información previa al consentimiento del paciente, el Consejo no debe pronunciarse al respecto, por lo que están de más en el dictamen las consideraciones jurídicas sexta (sumamente completa, sin duda) y séptima. En el caso dictaminado, la reclamación no efectuaba reproche alguno en cuanto al consentimiento previamente informado.

Madrid, 19 de septiembre de 2011».

Madrid, 20 de septiembre de 2011