

Dictamen n.º: **200/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **04.05.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 4 de mayo de 2011, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a nombre de L.S.S., al amparo del artículo 13.1.f) 1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en solicitud de indemnización cuya cuantía no establece, por los daños y perjuicios supuestamente sufridos a consecuencia de una infructuosa operación de hallux valgus el Hospital de la Cruz Roja San José y Santa Adela.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 28 de marzo de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud firmada por el consejero de Sanidad el día 21 de marzo anterior, referida al expediente de responsabilidad patrimonial por deficiente asistencia sanitaria aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 186/11, 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 4 de mayo de 2011.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por abogada, que dice actuar en nombre del arriba reseñado, presentada mediante burofax, recibido el 4 de noviembre de 2009 en el propio Hospital de la Cruz Roja (folios 2 a 5).

En este escrito, la actora refiere que el perjudicado –de 59 años de edad en el momento de los hechos– fue intervenido el 27 de noviembre de 2008 en el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital de la Cruz Roja de *hallux valgus* del pie izquierdo para corrección de metatarsalgia, habiendo sido dado de alta el 28 de noviembre del mismo año. Afirma que con el transcurso del tiempo el interesado comprobó que la cirugía no había corregido la alteración en la carga de los pies sino que, además, había empeorado su situación, ya que sostiene que ha quedado incapacitado laboralmente, circunstancia que le ha ocasionado graves perjuicios económicos, así como daños psicológicos dado su bajo estado anímico. Adjunta a la reclamación informe clínico emitido en Alcorcón el 19 de febrero de 2009 por un médico del Servicio Madrileño de Salud en el que se hace constar: *“Paciente de 59 años, con hallux valgus severo con deformidad de ambos pies y luxación concomitante de articulaciones metatarsofalángicas en ambos pies también, intervenido en noviembre de 2008 la corrección no ha sido eficaz para corregir la alteración en carga de pies, que mantiene con importante deformidad, lo que consecuentemente le incapacita laboralmente hasta nueva reintervención programada para este año dependiendo de la evolución. Actualmente se encuentra incapacitado laboralmente”*.

TERCERO.- El 11 de noviembre de 2009 se requiere a la actora para que acredite la representación con la que actúa, siendo notificado el 16 de noviembre de 2009 (folio 8). Este requerimiento resulta cumplimentado mediante presentación, el 20 de noviembre de 2009, de escrito de autorización y apoderamiento del perjudicado a favor de una abogada para que le represente manifestando expresamente su voluntad de *“ratificar el presente poder en la forma y modo que sea requerido para ello”*.

Se ha incorporado al expediente primera comunicación de la correduría de seguros del Servicio Madrileño de Salud de 25 de noviembre de 2009, en la que acusa recibo de la reclamación presentada y la documentación adjunta y hace constar su traslado a la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud (folio 9).

El 1 de diciembre de 2009 por el Servicio Madrileño de Salud se incoa formalmente 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 (LRJ-PAC), y del Reglamento de Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP). Esta iniciación del procedimiento se comunica al interesado el 9 de diciembre de 2009 (folios 14 y 15).

También se ha incorporado al expediente una segunda comunicación de la correduría de seguros del Servicio Madrileño de Salud, de 10 de diciembre de 2009, en la que acusa recibo de la nueva documentación remitida y hace constar su traslado a la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud (folio 16).

Se remite e incorpora al expediente la historia clínica del reclamante (folios 17 a 32), así como informe del jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital de la Cruz Roja de 11 de

diciembre de 2009 (folios 33 y 34) e informe de la inspectora médica de 26 de febrero de 2010 (folios 36 a 39) que concluye:

“1. La asistencia sanitaria ha sido adecuada aplicando las medidas diagnósticas y terapéuticas necesarias.

2. No ha existido mala praxis ni negligencia en la atención sanitaria dispensada al paciente”.

El 13 de mayo de 2010 la representante del reclamante aporta poder general para pleitos a su favor, otorgado por el perjudicado (folios 40 a 54).

Se ha incorporado al expediente una tercera comunicación de la correduría de seguros del Servicio Madrileño de Salud, de 9 de marzo de 2010, en la que acusa recibo de la nueva documentación remitida y hace constar su traslado a la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud (folio 56).

Concluida la instrucción del expediente e inmediatamente antes de redactarse la propuesta de resolución se ha dado trámite de audiencia al reclamante el 13 de mayo de 2010 -quedando constancia en el expediente del acuse de recibo de la notificación el 21 de mayo- de conformidad con lo dispuesto en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

En uso de este trámite, el interesado formuló alegaciones mediante escrito presentado el 1 de junio de 2010 en el registro del Servicio Madrileño de Salud. En el mismo reitera lo expuesto en la reclamación y expone que su mandante ha quedado impedido para el trabajo, lo que le ha conducido a una situación depresiva. Acompaña para acreditar este extremo informe manuscrito del Servicio de Salud Mental de Alcorcón de 11 de enero de 2010 en el que consta: *“El paciente [...] ha sido entrevistado en el Servicio de Salud Mental de Alcorcón enviado por su m. general en la fecha indicada. Presenta una sintomatología compatible con un estado depresivo de intensidad leve-moderada en relación con*

problemas o tratamiento traumatológico o mecánico en su pie izquierdo que le operaron en 2008. Le han propuesto nueva intervención quirúrgica y todavía no lo ha decidido sin antes consultar con él". El informe finaliza súbitamente y se encuentra incompleto en la documentación remitida. En las alegaciones también se expone que si el perjudicado *"hubiese conocido la situación de empeoramiento a que le ha llevado la intervención, por supuesto no la hubiera llevado a cabo en ningún caso, ya que antes podía desempeñar su trabajo sin dificultad"*. Aporta certificado médico del año 2004 para acreditar la capacidad para el trabajo de su representado. También afirma que el dolor que el perjudicado sufre en el pie izquierdo ha modificado su forma de caminar, lo que le ha producido dolores de cintura y espalda. Por último solicita que se incorporen al expediente las radiografías del paciente previas y posteriores a la operación para demostrar el empeoramiento que dice haber sufrido su mandante.

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

1. Historia clínica del paciente en el Hospital de la Cruz Roja.
2. Informe del jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital de la Cruz Roja de 11 de diciembre de 2009.
3. Informe de la inspectora médica de 26 de febrero de 2010.

QUINTO.- En el informe de la Inspección Médica se consignan los siguientes hechos de interés para la emisión del presente dictamen:

El paciente, de 59 años, acudió a la consulta externa del Hospital de la Cruz Roja remitido desde el Hospital de Alcorcón para valoración y tratamiento quirúrgico de deformidad dolorosa en pie izquierdo. El

paciente refería dolor habitual en pie izquierdo desde hacía dos años, con deformidad importante. Utilizaba plantillas sin obtener mejoría.

En la exploración clínica se apreciaba: pies planos, *hallux valgus* grave, luxación dorsal irreducible de las articulaciones metatarsofalángeas de segundo y tercer dedos, y dolor a la palpación a nivel plantar sobre las cabezas de los metatarsianos segundo, tercero y cuarto con hiperqueratosis plantar muy dolorosa a nivel de la cabeza del tercer metatarsiano.

En la exploración radiológica realizada se observó un ángulo intermetatarsal (IMT) entre I y II de 13° y un ángulo metatarsofalángico (MTF) en el *hallux* de 43° . Además existía luxación dorsal severa MTF en segundo y tercer dedos.

En el pie derecho presentaba similares deformidades aunque en menor grado.

Se decidió tratamiento quirúrgico del pie izquierdo para corregir *hallux valgus* y osteotomía con elevación (folios 2 y 3).

El 27 de noviembre de 2008 se realizó intervención quirúrgica, previamente el paciente había firmado el 4 de noviembre de 2008 los correspondientes consentimientos informados de anestesia, tanto local como general (folios 23 a 24) y de cirugía del pie (folios 27 y 28). El tratamiento quirúrgico consistió en la corrección de las deformidades mediante la técnica de McBride asociada a exostectomía y osteotomía en “V” de Chevron en primer metatarsiano, resección de la base de la primera falange en segundo y tercer dedos con osteotomía de Weil en los metatarsianos segundo, tercero y cuarto, y tenotomía en Z del ligamento extensor del quinto dedo. Tanto la cirugía como el postoperatorio cursaron sin incidencias y el paciente fue dado de alta el 28 de noviembre de 2008 (folios 13 y 4).

El 21 de diciembre de 2008 acudió a consulta y se retiraron los puntos de sutura alternos. El paciente se iba a ir a su país, y allí le iban a quitar los restantes (folio 15).

El 19 de febrero de 2009 acudió a la consulta refiriendo dolor en ambos pies, más acentuado en el izquierdo sobre todo a nivel de las cabezas del segundo y tercer metatarsiano. En la radiografía se observa luxación de la MTF por ascenso de la falange proximal y descenso de la cabeza metatarsal. El paciente solicitó al médico un informe diciendo que no podía trabajar. El médico le propuso tratamiento quirúrgico del pie derecho y revisión quirúrgica del pie izquierdo para rehacer la osteotomía de Weil y valorar la realización de la osteotomía distal de la falange proximal del primer dedo (técnica de Akin). El paciente no estaba decidido a operarse, y el médico le indicó que volviera en dos meses para nueva valoración. El paciente no volvió a la consulta (folio 34).

En el informe del jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital de la Cruz Roja se describe la intervención quirúrgica realizada y la asistencia prestada al paciente desde el 4 de noviembre de 2008 al 19 de febrero de 2009, sin añadir más información a la que ya consta en los apartados anteriores.

SEXTO.- Por la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria, según Resolución 26/2010, de 28 de julio) se dictó propuesta de resolución el 21 de febrero de 2011 por la que se desestima la reclamación formulada por considerar, haciendo suyas las conclusiones del informe de la inspectora médica, que habiendo recibido el paciente una atención médica conforme a la *lex artis ad hoc*, no concurre el requisito de la antijuridicidad en el daño.

Dicha propuesta de resolución ha sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el 18 de marzo de 2011.

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: 1º 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 es de cuantía indeterminada, por lo que resulta preceptivo el dictamen de este órgano 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 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. La tramitación incumbía antes al director general del Servicio Madrileño de Salud según el artículo 27.2.h) del Decreto 14/2005, de 27 enero, si bien tales competencias de tramitación han sido atribuidas al viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.h) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

SEGUNDA.- El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que ha sufrido el daño supuestamente causado por la prestación del servicio sanitario.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid en cuanto que titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño y al encontrarse el Hospital de la Cruz Roja integrado en la red pública sanitaria del Servicio Madrileño de Salud.

Por lo que al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad se refiere, el derecho a reclamar prescribe al año desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o manifestarse su efecto lesivo, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC. En el caso sometido a dictamen el informe relativo a su estado depresivo leve-moderado es de fecha 11 de enero de 2010 y la reclamación se ha presentado el 4 de noviembre de 2009 por lo que ha de considerarse formulada en plazo.

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

No consta que haya existido pronunciamiento sobre la solicitud de incorporación al expediente de las radiografías del paciente como prueba documental acreditativa del empeoramiento que alega. En este sentido, no cabe desconocer que, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 80 LRJ-PAC en el procedimiento administrativo podrán acreditarse los hechos por cualquier medio de prueba admisible en derecho. Es cierto que el instructor de un procedimiento administrativo no está vinculado en todo caso a la

solicitud de prueba del administrado, es decir, no necesariamente ha de llevar a cabo todas y cada una de las pruebas que se propongan en el curso del procedimiento, pero tampoco cabe pasar por alto lo dispuesto en el apartado tercero del meritado artículo 80, conforme al cual *"el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada"*, norma que se incorpora, asimismo, en el artículo 9 RPRP. Del reproducido precepto resulta, interpretado a *sensu contrario*, que la discrecionalidad de la Administración en la determinación de las pruebas a practicar en cada caso tiene su límite infranqueable en que las que se rechacen no sean, de forma palmaria improcedentes o innecesarias.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, entre otras en la Sentencia 30/1986, de 20 de febrero, establece *"que el artículo 24.2 de la Constitución ha convertido en un derecho fundamental el de "utilizar los medios de prueba pertinentes" en cualquier tipo de proceso en que el ciudadano se vea involucrado. Este derecho fundamental, inseparable del derecho mismo a la defensa, consiste en que las pruebas pertinentes propuestas sean admitidas y practicadas por el Juez o Tribunal y, al haber sido constitucionalizado, impone una nueva perspectiva y una sensibilidad mayor en relación con las norma procesales atinentes a ello, de suerte que deben los Tribunales de Justicia proveer a la satisfacción de tal derecho, sin desconocerlo ni obstaculizarlo, siendo preferible en tal materia incurrir en un posible exceso en la admisión de pruebas que en su denegación"*.

En todo caso, no encontramos que se produzca indefensión al perjudicado ya que el estado del paciente queda suficientemente acreditado por los informes médicos incorporados al expediente.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

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

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado

en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal –es indiferente la calificación– de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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

QUINTA.- Acreditado, mediante los informes médicos obrantes en el expediente, que el perjudicado continúa con problemas de deformidad y dolor en el pie intervenido, así como que sufre un estado depresivo leve moderado, es preciso considerar que existe un daño físico y un daño moral, que son evaluables económicamente e individualizados para el interesado.

Cuestión distinta es la alegada incapacidad para trabajar, la cual no ha quedado acreditada suficientemente en el expediente, ya que el informe médico que la menciona se refiere a la misma de forma temporal y no como algo definitivo tal y como plantea en la reclamación. Por otro lado, no se han aportado partes de incapacidad laboral temporal de la Seguridad Social ni declaración alguna emitida por dicho organismo relativa a una eventual incapacidad permanente o total del perjudicado. Por ello, no cabe considerar que el daño invocado en relación a esta pretendida incapacidad para el trabajo haya quedado acreditado.

Respecto de los daños acreditados, la cuestión se centra en dilucidar si los mismos son imputables a la acción u omisión de los servicios públicos

sanitarios en una relación de causa a efecto, y si revisten la nota de antijuridicidad.

Para ello es preciso analizar si la asistencia sanitaria recibida se adecua a la *lex artis* porque de acuerdo con una larga y consolidada jurisprudencia que se reitera en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008, *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”, o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.”*

Por otra parte, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -recurso 4067/2000-, entre otras).

En el caso que nos ocupa existe un informe especialmente relevante en el expediente, que es el informe de la Inspección Médica, en el cual se expone que las deformidades que presentaba el paciente requerían tratamiento quirúrgico y que *“de entre los procedimientos quirúrgicos existentes para la corrección del hallux valgus se decide utilizar la técnica de la osteotomía de Chevron. Dicha técnica, de amplia utilización, está indicada en hallux valgus de moderado a severo con articulación metatarsofalángica*

subluxada. Para la corrección quirúrgica de la articulación metatarsofalángica a nivel de segundo, tercer y cuarto dedos se realiza la osteotomía cervicocapital de Weil, técnica indicada en las metatarsalgias como las presentadas por el paciente. Podemos afirmar que a la vista de las deformidades existentes las técnicas quirúrgicas empleadas eran de elección". También expone que tres meses después de la cirugía el paciente presentó nueva luxación pero que *"la existencia de dicha luxación no implica que la cirugía correctora haya sido mal practicada. Intervenciones como las descritas no están exentas de riesgos como persistencia de dolor o de inestabilidad, desviaciones secundarias por defecto o por exceso de las modificaciones previstas, e incluso limitación de la movilidad. Muchas de estas alteraciones requieren una segunda intervención. En este caso al paciente se le propuso junto con la intervención quirúrgica del pie derecho la corrección quirúrgica del pie izquierdo para rehacer la osteotomía de Weil y valorar la osteotomía distal de la falange proximal del primer dedo (técnica de Akin). El paciente rehusó el tratamiento y no volvió al hospital"*. En virtud de lo expuesto concluye:

"1. La asistencia sanitaria ha sido adecuada aplicando las medidas diagnósticas y terapéuticas necesarias.

2. No ha existido mala praxis ni negligencia en la atención sanitaria dispensada al paciente".

A la vista de este informe no cabe sino concluir que la actuación médica ha sido conforme a la *lex artis ad hoc*, por lo que no concurre el requisito de la antijuridicidad en el daño.

SEXTA.- En aquellos asuntos en que el daño se hubiera producido por o a pesar del empleo de la praxis adecuada, o pudiera no haberse producido de no haber intervenido la acción de la Administración, esto es, entendiendo que sí existe nexo causal aunque no fuere absoluto o eficiente y sólo concomitante, la responsabilidad requiere que el daño sea

antijurídico, pasando a ser lesión por lo que el perjudicado directamente no tenga la obligación jurídica de soportar el daño. Existiendo esta obligación de soportar cuando existe la aceptación expresa del paciente o enfermo, en el llamado consentimiento informado. Por cuanto en los casos de actividad administrativa de prestación ésta se asume voluntariamente, y se debe soportar su posible efecto adverso. Así las sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio (recurso 4415/04) y 1 de febrero de 2008 (recurso 6/2033/03), que señalan que el defecto de consentimiento informado se considera un incumplimiento de la *lex artis* y, por consiguiente existiría un daño producido por el funcionamiento anormal del servicio público, matizado en el sentido de que exista relación de causalidad entre daño y actividad sanitaria.

El consentimiento informado se reguló en el artículo 10 de la Ley de Sanidad 14/1986, de 25 de abril, y hoy lo hace la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. La jurisprudencia por su parte también se ha pronunciado sobre el consentimiento informado, valga por todas la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio 2008 (recurso 4415/04), señala que: *“es una reiteradísima jurisprudencia de esta Sala en relación a la exigencia del consentimiento informado, impuesta ya en los apartados 5 y 6 del art. 10 de la Ley General de Sanidad 14/86) aplicable al caso de autos y en donde hemos dicho que el defecto del consentimiento informado se considera un incumplimiento de la lex artis y supone una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario siempre que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado. Por todas citaremos nuestra Sentencia de 1 de febrero de 2008 donde decimos:*

"El art. 10 de la Ley General de Sanidad 14/86, expresa que toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias, entre otros aspectos, derecho «a que se le dé en términos

comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento» (apartado 5); «a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención», (apartado 6) excepto, entre otros casos que ahora no interesan, «cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas» [letra b)]; y, finalmente, «a que quede constancia por escrito de todo su proceso» (apartado 11). Se da así realidad legislativa al llamado «consentimiento informado», estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas. La Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal pone de manifiesto el carácter consustancial que el elemento de la información tiene con la prestación de consentimiento en relación con la disposición de los datos personales, pues en el artículo 3.h) define el consentimiento del interesado como «toda manifestación de voluntad, libre, inequívoca, específica e informada, mediante la que el interesado consienta el tratamiento de datos personales que le conciernen» y en el artículo 11.3 dispone que «Será nulo el consentimiento para la comunicación de los datos de carácter personal a un tercero, cuando la información que se facilite al interesado no le permita conocer la finalidad a que destinarán los datos cuya comunicación se autoriza o el tipo de actividad de aquel a quien se pretenden comunicar». Respecto del consentimiento informado en el ámbito de la sanidad se pone cada vez con mayor énfasis de manifiesto la importancia de los formularios específicos, puesto que sólo mediante un protocolo, amplio y comprensivo de las distintas posibilidades y alternativas, seguido con especial cuidado, puede garantizarse que se cumpla su finalidad. El contenido concreto de la información transmitida

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

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

En el caso sometido a dictamen el interesado suscribió el 4 de noviembre de 2008 el documento de consentimiento informado para cirugía del pie en el que se hicieron constar riesgos y consecuencias del procedimiento entre los que de forma expresa se recoge: *“Desde el punto de vista general puede persistir dolor, inestabilidad o dificultad para calzarse o caminar. Puede coproducirse consolidación en los huesos cortados o quedar relieves óseos residuales anormales dolorosos al calzarse. Puede haber desviaciones secundarias por defecto o por exceso de las modificaciones previstas. La movilidad de alguna de las articulaciones del pie puede quedar limitada en*

grado variable. En casos de extirpación de relieves óseos o apófisis prominentes puede producirse muy raramente reproducción del hueso o calificaciones (espolón) o no desaparecer el dolor. En los dedos pueden quedar, y a veces se pretende que así sea, alargamientos o acortamientos de su longitud”.

El reclamante reprocha que la intervención haya fracasado al no haber corregido la alteración en carga de los pies, y que sufra dolor en el pie intervenido, el izquierdo. Ambas cuestiones parecen recogidas en el documento de consentimiento informado suscrito por el paciente, por lo que en virtud de la aceptación de estos riesgos tiene el deber jurídico de soportar el daño, no concurriendo así el requisito de la antijuridicidad

Por lo anteriormente expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no concurrir el requisito de antijuridicidad en el daño.

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

Madrid, 4 de mayo de 2011