

Dictamen nº: **211/11**
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 cinco votos a favor y cuatro en contra, en su sesión de 4 de mayo de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por S.A.G., en nombre de su madre S.G.L., sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad por la deficiente asistencia sanitaria dispensada por parte del Hospital Puerta de Hierro, en la intervención quirúrgica de cataratas.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el registro de la Consejería de Sanidad el 4 de diciembre de 2007, se reclama responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por la deficiente asistencia sanitaria dispensada por el servicio de oftalmología del Hospital Puerta de Hierro, al considerar que hubo negligencia médica en la intervención quirúrgica de cataratas en el ojo derecho, que requirió reintervención varios días más tarde, donde se localizó un desprendimiento de retina y hemorragia de vítreo que le ha producido pérdida de visión en ese ojo.

Por los daños y perjuicios sufridos, solicita en concepto de indemnización la cantidad de sesenta mil euros (60.000 €), ya que con motivo de la pérdida de visión del ojo derecho, “*se encuentra sumida en una depresión, con crisis de ansiedad, y en tratamiento*” y “*no se consigue controlar la anemia crónica*

por insuficiencia renal que padece desde hace años y que se agravó como consecuencia de la última operación. Todo ello conlleva, que de ser una persona autosuficiente, ha pasado a depender prácticamente para todo de los demás”.

SEGUNDO.- La historia clínica y la restante documentación médica obrante en el expediente, ponen de manifiesto los siguientes hechos:

La reclamante, de 83 años de edad en el momento de los hechos y antecedentes personales de hipertensión arterial, hipercolesterolemia, insuficiencia renal por AINES, ansiedad, artrosis generalizada, incontinencia urinaria y anemia ferropénica en tratamiento, acude el día 19 de junio de 2007 al servicio de oftalmología del Hospital Puerta de Hierro, para intervención de catarata del ojo derecho.

Durante el desarrollo de la cirugía de catarata se produjo la rotura de la cápsula posterior; esta complicación origina luxación de fragmentos de núcleo en vítreo, pudiendo ocasionar lesiones en retina como desgarros lineales por trauma directo o de cualquier otra morfología por mecanismo de tracción.

Para solventar la complicación el día 26 de junio se realiza cirugía. Al iniciar la vitrectomía se observa un desgarro retiniano de localización temporal superior por lo que se realiza fotocoagulación de dicho desgarro e intercambio líquido-aire-C2F6.

Realiza revisiones periódicas en la consulta de retina. En la revisión correspondiente al día 6 de julio de 2007, percibe luz, ligera tinción hemática corneal inferior, triangular, con un pequeño hipema de 1 mm. Pseudofaquia con LIO de cámara anterior y ligero acabalgamiento de óptico de la LIO en la zona superior. Cámara anterior de profundidad normal.

En la revisión de 12 de julio se le realiza ecografía ocular que muestra membrana compatible con desprendimiento de retina o con desprendimiento

coroideo. Se le pauta tratamiento farmacológico. En la siguiente revisión, cuatro días después, no se aprecian cambios, por lo que se indican la conveniencia de reintervención para tratar el desprendimiento de retina. El médico hace constar que la paciente se encuentra con una gran depresión y solicita informe del psiquiatra, que aprecia reacción adaptativa ante la inminente intervención oftalmológica.

Citada en consulta de oftalmología el 24 de julio de 2007, no acude a la misma.

TERCERO.- Ante la reclamación se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. En fase de instrucción se han recabado los informes médicos que conforman la historia clínica de la paciente (folios 4 a 11 y 26 a 88), los informes médicos del Servicio de Oftalmología del Hospital Puerta de Hierro supuestamente causante del daño (folios 30 a 34). También se ha incorporado al expediente el Informe de la Inspección Sanitaria, de 21 de agosto de 2008 (folios 93 a 97), con las siguientes conclusiones:

“Paciente que es intervenida de catarata de ojo derecho el día 19-06-2007 en el hospital Puerta de Hierro. Se produjo una complicación con rotura de la cápsula posterior y luxación de fragmento cristaliniano.

Se decide tratar la complicación en un segundo tiempo (26-06-2007), con nueva intervención que requiere vitrectomía más endofotocoagulación por desgarro retiniano.

La paciente realiza seguimiento posterior en consulta de oftalmología, indicándose la necesidad de reintervención para el tratamiento del desprendimiento retiniano. No acude a consulta el día 24-07-2007.

A la vista de los datos contenidos en la H^a C^a y de los informes aportados, no se aprecian indicios de negligencia ni mala praxis en la atención

sanitaria dispensada a S.G.L., considerando la complicación surgida (luxación cristalino) como un riesgo intrínseco a la intervención practicada”.

Se ha emitido informe pericial a instancias de la correduría de seguros en el que se manifiesta su conformidad con el informe de Inspección, concluyendo que no hay mala praxis (folios 99 a 103).

Por escrito de 2 de octubre de 2009, de cuya recepción el 27 del mismo mes y año queda constancia en el expediente (folios 106 a 108), se requiere a la interesada para evacuar el trámite de audiencia. No consta en el expediente que en uso del mencionado trámite haya presentado escrito de alegaciones.

El 3 de febrero de 2011 se formula por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria propuesta de resolución desestimatoria, que es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos en la Consejería de Sanidad.

CUARTO.- En este estado del procedimiento y mediante Orden del Consejero de Sanidad, de 23 de marzo de 2011, que ha tenido entrada el 29 del mismo mes y año, se formula consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá. El dictamen fue deliberado y aprobado, en reunión de la Comisión Permanente celebrada el día 4 de mayo de 2011, por cinco votos a favor y los votos en contra de los Sres. Consejeros Casas, Sabando, De la Oliva y Galera, haciendo este último expresa reserva de formular voto particular en el plazo reglamentariamente establecido.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, en soporte cd, se consideró suficiente y de la que se ha dejado constancia en los anteriores antecedentes de hecho.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC), por ser superior a quince mil euros la cuantía de la indemnización, y se efectúa por el Consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesada, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

La 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 sufre el daño causado supuestamente por la deficiente asistencia sanitaria.

La reclamación es presentada por la hija de la afectada, motivo por el cual la Administración efectúa requerimiento para acreditar la representación con la que actúa, admitiendo en el escrito de requerimiento la posibilidad de

subsanar la deficiencia advertida con la presentación de “*autorización manuscrita*”. En cumplimiento del requerimiento efectuado se presenta escrito por el que la perjudicada autoriza a su hija a la realización de las gestiones derivadas de la reclamación de responsabilidad patrimonial, acompañado de copia del D.N.I. -ilegible- de la perjudicada y de su hija.

Ahora bien, este Consejo Consultivo viene considerando que es insuficiente, a efectos de acreditar la representación, la autorización escrita del interesado, pues de acuerdo con el artículo 32.3 de la LRJ-PAC “*deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado*”.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Servicio Madrileño de Salud, en la medida en que está integrado en él el Hospital Puerta de Hierro, supuestamente causante del daño.

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. Tratándose de daños físicos o psicológicos el plazo comienza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (artículo 142.5 LRJ-PAC). En el presente caso, la reclamación trae causa de la asistencia sanitaria prestada a partir del día 19 de junio de 2007, por lo que se encuentra en plazo la reclamación presentada el 4 de diciembre del mismo año.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha procedido a la práctica de la prueba precisa, 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.

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 el 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.

En materia sanitaria la responsabilidad patrimonial de la Administración ha quedado matizada por la introducción de la adecuación 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*”.

QUINTA.- Acreditada la realidad del daño, mediante los informes médicos obrantes en el expediente, daño que es evaluable económicamente e individualizado en la persona de la reclamante, la cuestión se centra en dilucidar si dicho daño es imputable a la acción u omisión de los servicios públicos sanitarios en una relación de causa a efecto, y si el daño reviste el carácter de antijurídico.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de este servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, exigiéndose para determinar la responsabilidad la existencia no sólo de la lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), y de 23 de febrero de 2009 (recurso nº 7840/2004) disponen que “*se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos*”.

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), señala: “*lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis*”.

Por su parte, las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (Recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) establecen 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*”. Resulta ello relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, no convierte a la Administración a través de esta institución, en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder solo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

En otro orden de cosas, 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).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa la adecuación a la *lex artis* que de los informes obrantes en el expediente se infiere no ha sido contradicha por el reclamante con medios probatorios, que no aporta, ni propone ninguna

prueba de la vulneración de las buenas prácticas médicas por la actuación sanitaria de la que pudieran derivarse resultados indemnizatorios para la Administración, más allá de sus alegaciones que no hacen prueba de lo cuestionado.

Por el contrario, de los informes periciales incorporados al expediente resulta la adecuación de la actuación médica a las buenas prácticas de la medicina. En este sentido, el informe de la Inspección Sanitaria concluye que “*no existen indicios que hagan sospechar la existencia de mala praxis alguna en la asistencia dispensada a la paciente*”, conclusión que viene corroborada por el informe pericial emitido a instancias de la compañía aseguradora de la Administración.

Todos los informes coinciden en señalar que la ruptura de la cápsula posterior y la luxación subsiguiente de fragmentos cristalinos en vítreo es una complicación ampliamente descrita y debe considerarse un riesgo intrínseco a la intervención de catarata que, en consecuencia, puede producirse a pesar de que la intervención se realice con corrección.

En definitiva, las lesiones que padece la reclamante en su ojo derecho no son resultado de una incorrecta asistencia sanitaria, desconocedora de la *lex artis*, sino que son una complicación posible derivada de la intervención quirúrgica.

No obra en el expediente el documento de consentimiento informado correspondiente a la intervención quirúrgica de cataratas –sí el correspondiente a la segunda intervención. Sin embargo, ninguna alegación ha efectuado la reclamante sobre la ausencia de consentimiento informado, ni siquiera en trámite de alegaciones, lo que permite suponer que consintió el riesgo y, en consecuencia, que el daño no tiene la consideración de antijurídico.

En este sentido ya se ha pronunciado este Consejo Consultivo en dictámenes anteriores. Verbigracia, en el Dictamen 85/11, de 16 de marzo de 2011, en un supuesto en que no se había aportado el documento de consentimiento informado al expediente, se afirmaba: “*Sin embargo, el reclamante no aduce nada al respecto, máxime cuando en el trámite de audiencia ha tenido la oportunidad de revisar el expediente y de analizar los argumentos de la inspección médica. Por lo que, no habiendo sido objeto de denuncia dicha falta de consentimiento informado no puede ser objeto de valoración en el presente procedimiento. Este ha sido el parecer del presente Consejo en supuestos similares, por todos vid. Dictamen 66/11*”.

Por otra parte, la interesada alega que debía haberse solventado la complicación en la misma intervención, para evitar otra posterior. Sobre este punto el informe de la Inspección indica que “*la decisión de continuar o no la cirugía de catarata ante la presencia de la complicación es una decisión que debe ser tomada por el cirujano actuante en función del estado del paciente y del estado del ojo*”, de modo que atendiendo a estas circunstancias puede estar recomendado el posponer la resolución de la complicación a otra intervención. En el caso concreto, según se indica en el informe del servicio supuestamente causante del daño, se decidió realizar una segunda intervención, pues de lo contrario se debía prolongar en exceso la intervención en una paciente de 83 años y, asimismo, por el estado del ojo, para mejorar las condiciones de inflamación y transparencia corneal.

Por último, la parte reclamante cuestiona la idoneidad de que la asistencia prestada el día 19 de junio de 2007 fuese efectuada por un médico residente. La asistencia por médicos internistas residentes se contempla en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, como forma de acceder a la condición de médico especialista. El artículo 20.3 de la citada Ley establece que la formación mediante residencia atenderá a

ciertos criterios, entre los que destacan, a los efectos del presente dictamen los contemplados en las letras c) y d), a cuyo tenor:

“c) La actividad profesional de los residentes será planificada por los órganos de dirección conjuntamente con las comisiones de docencia de los centros de forma tal que se incardine totalmente en el funcionamiento ordinario, continuado y de urgencias del centro sanitario.

d) Los residentes deberán desarrollar, de forma programada y tutelada, las actividades previstas en el programa, asumiendo de forma progresiva, según avancen en su formación, las actividades y responsabilidad propia del ejercicio autónomo de la especialidad”.

En desarrollo de dicha Ley se ha dictado el Real Decreto 183/2008, de 8 de febrero, por el que se determina y clasifica las especialidades en Ciencias de la Salud y se desarrollan determinados aspectos del sistema de formación sanitaria especializada, cuyo artículo 15 regula la supervisión progresiva del médico residente. A tal efecto, respecto a los médicos residentes de segundo año, dicho artículo señala que “*la supervisión decreciente de los residentes a partir del segundo año de formación tendrá carácter progresivo. A estos efectos, el tutor del residente podrá impartir, tanto a éste como a los especialistas que presten servicios en los distintos dispositivos del centro o unidad, instrucciones específicas sobre el grado de responsabilidad de los residentes a su cargo, según las características de la especialidad y el proceso individual de adquisición de competencias. En todo caso, el residente, que tiene derecho a conocer a los profesionales presentes en la unidad en la que preste servicios, podrá recurrir y consultar a los mismos cuando lo considere necesario*”.

A la vista de la normativa citada y teniendo en cuenta que en la hoja de protocolo quirúrgico de la intervención del día 19 de junio figura como cirujano el médico residente y como ayudante la especialista, que también

estuvo presente en las revisiones posteriores a la primera cirugía, por lo que no cabe efectuar ningún reproche en este sentido.

En mérito a cuanto antecede el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por no concurrir los requisitos necesarios para que pueda ser apreciada.

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 QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL CONSEJERO ELECTIVO D. JESÚS GALERA SANZ.

«Al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, y con el respeto que siempre me merecen mis compañeros que han votado a favor, formulo este Voto particular para dejar constancia, sucintamente, de mis discrepancias con el dictamen nº 211/11.

Este Voto particular viene motivado porque disiento, dicho sea en términos estrictamente jurídicos, de la fundamentación jurídica quinta y de la conclusión por la que procede desestimar la reclamación patrimonial por no concurrir los requisitos necesarios para que pueda ser apreciada.

La reclamante fue intervenida de cataratas en su ojo derecho y en la operación se produjo como complicación la rotura de la cápsula posterior con una luxación del fragmento cristaliniano. Siete días después se reinterviene a la paciente practicándose una vitrectomía más reflotación de fragmento cristaliniano e implantación de LIO en la cámara anterior del ojo derecho. Al iniciar la vitrectomía se observa un desgarro retiniano de localización temporal superior por lo que se realiza además endofotocoagulación de dicho desgarro e intercambio líquido aire C2F6. En el momento de presentar la reclamación la paciente sufría ceguera del ojo derecho.

Aunque no exista una mala práctica en las intervenciones quirúrgicas realizadas, considero que sí existe título de imputación del que deriva responsabilidad de la Administración, por cuanto no consta acreditado que se informara a la paciente de todos los riesgos inherentes a la intervención de cataratas. Del examen del expediente se deduce que ni se le advirtió, ni se le informó, ni se solicitó su consentimiento informado sobre los riesgos de la cirugía.

En la fundamentación jurídica quinta del dictamen se afirma que “*No obra en el expediente el documento de consentimiento informado correspondiente a la intervención quirúrgica de cataratas-sí el correspondiente a la segunda intervención. Sin embargo, ninguna alegación ha efectuado la reclamante sobre la ausencia de consentimiento informado, ni siquiera en trámite de alegaciones, lo que permite suponer que consintió el riesgo y, en consecuencia, que el daño no tiene la consideración de antijurídico.*” No puedo estar de acuerdo con esta afirmación.

En el escrito de reclamación (folios 1 a 3 del expediente), tras recibir la información del médico sobre el resultado de la segunda, se afirma textualmente por la firmante de la reclamación que “*Mi madre y yo no dábamos crédito a lo que estábamos oyendo. Le dije al doctor que desconocíamos todo esto, ya que en ningún momento se nos había informado, ni de la gravedad de la operación, ni de la situación de la gravedad actual.*”

En mi opinión la reclamante está reprochando, en su escrito, que no fue informada de los riesgos de la intervención quirúrgica. Considero que para que pueda denunciarse tal incumplimiento no se puede exigir al ciudadano que la denuncia de la ausencia de consentimiento informado deba haberse bien con cita expresa a la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica o bien usando los términos exactos de “*consentimiento informado*”, tal como se denomina el consentimiento en el artículo 8 de la citada Ley.

El mero reproche de no haber recibido la necesaria información previa a la intervención quirúrgica, como se hace en este caso, hace que, conforme a la doctrina jurisprudencial, la carga de la prueba corresponda a la Administración ya que en aplicación del artículo 217.7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, 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)*”. [vid. por todas las SSTS (ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a) de 28 de junio de 1999 (nº de recurso 3740/1995) y de 25 de abril de 2005 (nº de recurso 4285/2001) y la más reciente de 9 de junio de 2009].

Una constante jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal (Sentencias de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002, 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003 y de 22 de octubre de 2009, recurso de

casación 710/2008) insiste en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

Pero no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales, como la ausencia de la obligación de informar adecuadamente a la enferma de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar, como sucede en el presente caso.

Tanto en el informe del Servicio de Oftalmología, como en el informe de la Inspección Médica, se guarda silencio sobre la ausencia del consentimiento informado para la primera intervención. Sin embargo el informe de la Inspección sí describe los riesgos de la cirugía, complicaciones que además se produjeron, cuando afirma que “*La ruptura de la cápsula posterior y la luxación subsiguiente de fragmentos cristalinianos en vitro es una complicación ampliamente descrita y debe considerarse un riesgo intrínseco a la intervención de catarata, y por ello, no debe colegirse que sufrir la misma, sea debido a la mala praxis en la realización de la intervención*”, añadiendo más adelante que “*Hay que decir en todo caso que la luxación de fragmentos cristaliniano en el vítreo puede ocasionar, como complicación, lesiones en retina como desgarros o desprendimientos.*”

A mayor abundamiento el documento de consentimiento informado firmado por la paciente para la segunda intervención, y que consta en los folios 78 y 79 del expediente administrativo, tampoco reúne los requisitos que establece el artículo 10 de la Ley 41/2002. Basta con examinar el contenido del mismo para observar que, además de la insuficiente por no decir nula información facilitada, no constan en él las complicaciones que, desgraciadamente, se produjeron en la intervención. Para la primera intervención no hubo consentimiento informado y para la segunda

intervención no se informó a la paciente de manera completa, concisa y clara sobre los riesgos de la operación quirúrgica a la que iba a ser sometida.

En el presente caso la ausencia de consentimiento informado debe considerarse como daño moral, sin que puedan ser objeto de indemnización los daños que se describen en la reclamación pues no se ha acreditado la infracción de la *lex artis* en las intervenciones practicadas. El daño producido como consecuencia de la atención sanitaria es únicamente el daño moral autónomo consistente en la vulneración de los derechos del paciente por no haber sido informado de los riesgos y complicaciones de las intervenciones quirúrgicas a las que se sometió.

Como ya afirmé en mi Voto particular al dictamen 536/09, siguiendo la doctrina jurisprudencial, la mera omisión del deber de suministrar información al paciente, en la forma debida, permitiéndole a aquél decidir con cabal conocimiento de causa, someterse o no a una intervención o práctica médica que puede tener incidencia negativa sobre su salud y bienestar, constituye, por sí solo, un daño moral, autónomo e independiente de que la intervención desarrollada sea intachable desde el punto de vista de la ciencia médica. Es por ello por lo que dicho incumplimiento, una vez acreditada la existencia de unos daños o secuelas que se encuentran en adecuada relación de causalidad con los servicios médicos sanitarios, genera la obligación de la Administración de indemnizar.

Por ello, el daño causado a la paciente merece la consideración de daño moral, como este Consejo Consultivo ha mantenido, entre otros, en los dictámenes 341/09, 456/09 y 416/10, debiendo para valorarse, como se señalaba en el dictamen 456/09, ponderar todas las circunstancias concurrentes dado que se carece de parámetros objetivos (*vid.* STS de 3 de enero de 1990 y posteriores).

En suma, considero que, como el daño irrogado es de naturaleza estrictamente moral por el hecho de haberse vulnerado el derecho a la información del paciente, debía haberse reconocido a la interesada una indemnización de 6.000 euros, idéntica a la que este Consejo viene concediendo en casos similares.

Y en este sentido emito mi Voto particular.

El consejero-presidente de la Sección I

Jesús Galera Sanz

Madrid, 15 de mayo de 2011».

Madrid, 23 de mayo de 2011

