

Dictamen n°: **213/11**
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 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 promovido por H.C.V. sobre responsabilidad patrimonial del Servicio Madrileño de Salud por daños y perjuicios ocasionados, a su juicio, tanto por una deficiente asistencia sanitaria dispensada por el servicio de Traumatología de la Fundación A como por un supuesto error en la cirugía de *hallux rigidus* a la que se sometió.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante escrito de 23 de marzo de 2011, registrado de entrada el 28 del mismo mes y año, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 4 de mayo de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que en formato cd se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Mediante escrito presentado en el Servicio Madrileño de Salud el 30 de diciembre de 2009, se reclama responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios derivados de la intervención quirúrgica de *hallux rigidus* de pie derecho que le fue practicada en el servicio de traumatología de la Fundación A.

Reclama por intenso dolor después de la cirugía a la que se sometió, aunque también reprocha que no se le facilitara una silla de ruedas cuando abandonó el hospital.

Considera que la intervención fue deficiente porque, según expone en la reclamación: *“Me remiten al Hospital Puerta de Hierro a rehabilitación y es allí donde la doctora [...] me dice que con mi dedo no se puede hacer rehabilitación, ya que no está en condiciones, ya que por la operación mi dedo está subido o levantado hacia arriba varios centímetros. Es ella quien me aconseja acudir a consulta de Traumatología del Hospital Puerta de Hierro. Los traumatólogos me atienden y me aconsejan una nueva operación tras realizarme una radiografía, el diagnóstico de la doctora [...] es correcto. (...) El día 17 de diciembre fui operada por segunda vez en el Hospital Puerta de Hierro, por el doctor [...]. El informe que me dio fue que el dedo estaba soldado unos centímetros más por encima de la línea del resto de los dedos. De ahí el dolor tan intenso y la inflamación durante estos ocho meses. Solo diré que he estado usando el núm. 40 de zapato en el pie derecho, cuando mi núm. es el 37”.*

No determina la cuantía indemnizatoria señalando que *“Me han causado una invalidez eventual, un dolor, malestar general durante todo este tiempo, con riesgo de haber padecido una depresión y con una preocupación permanente de si esta nueva intervención quedará bien y yo volveré a mi vida anterior. He podido causar un empeoramiento en la enfermedad de mi marido con riesgo de infarto, ya que padece una miocardiopatía dilatada severa (fácilmente demostrable, ya que puedo*

presentar informes médicos). Él no puede estar expuesto a disgustos, ni preocupaciones. Mi marido tampoco puede hacer esfuerzos ni coger peso, ni conducir. Al estar yo en esta situación él los ha tenido que realizar. Quisiera que me indemnizaran económicamente, por los gastos de las vacaciones. Durante este tiempo hemos tenido que desplazarnos en taxi, ya que soy yo la que conduzco. También hemos tenido que contratar una empleada del hogar. Gastos de alquiler de muletas, silla de ruedas, zapato ortopédico y medias ortopédicas”. Añade que la situación continúa así y durará hasta que esté completamente recuperada de la segunda intervención.

A su escrito de reclamación adjunta diversos justificantes de citas e informes médicos, entre los que no se encuentra el informe que ella misma cita en el cual supuestamente constaría que “*el dedo estaba soldado unos centímetros más por encima de la línea del resto de los dedos*”.

De la documentación que forma parte del presente expediente, se desprenden los siguientes hechos:

La paciente, de 72 años de edad en el momento de los hechos, fue diagnosticada de *hallux rigidus* pie derecho, *hallux valgus* izquierdo y metatarsalgia, en Traumatología del Hospital Universitario Puerta de Hierro, informándose en fecha 5 de marzo de 2009 que “*le molesta sobre todo el derecho, hizo RF (radiofrecuencia) y tratamiento sin mejoría. Rx no está demasiado mal, pero quiere operarse. Citamos para valorar tipo de cirugía*”.

En fecha 12 de marzo de 2009 fue remitida para valoración de tratamiento quirúrgico de *hallux rigidus* pie derecho. Se le indican complicaciones y la posibilidad de ser derivada a la Fundación A con objeto de reducir el tiempo de espera previo a la intervención. En la

historia se anota: *“A la paciente no le importa derivarse. Solo quiere operarse cuanto antes”*.

Tras preoperatorio que no contraindica la cirugía y tras firmar el consentimiento informado de anestesia el 13 de abril de 2009, fue intervenida el 23 de abril de 2009 en la Fundación A bajo anestesia local, realizándose artrodesis de 1ª metatarso falange (MTF) y fijación mediante tornillo interfragmentario. No consta consentimiento informado para esta intervención.

Fue dada de alta el mismo día, recomendándole no apoyar el pie derecho; reposo durante 3 ó 4 días, o más si se lo indicaba su médico, señalando que notaría dolor y molestias durante las primeras 48 horas que irían cediendo con el tiempo. Durante las primeras 48 horas el pie debía estar elevado la mayor parte del tiempo, para evitar una inflamación excesiva y dolor. Eso significa que era conveniente que estuviese tumbada con el pie sobre una almohada. Posteriormente, y de forma gradual, podía ir incorporándose, manteniendo el pie elevado siempre que aumentase la inflamación o el dolor. Se recomendó aplicación de frío local, prescripción de analgésicos y acudir el 30 de abril a consulta de Traumatología (sala de curas) presentado el informe (folio 82).

En la revisión del 25 de mayo de 2009, un mes después de la intervención, la radiografía control fue satisfactoria, se retiró férula y se indicó que puede iniciar la carga parcial con tobipié y muletas.

Un mes más tarde, 25 de junio, la radiografía de control seguía bien. La paciente refería dolor en relación con cabeza de tornillo. Se le propuso extracción de material de osteosíntesis (EMO) de tornillo, que se realizó el 29 de julio de 2006, indicándose al alta reposo en cama 24 horas, reiniciando actividad normal después. El consentimiento informado para esta segunda intervención es de fecha 25 de junio de 2009. Acudió a

revisión los días 11 de septiembre y 26 de noviembre de 2009, si bien no constan las anotaciones. En revisión del 10 de diciembre de 2009, se observan resultado de gammagrafía realizada el 2 de diciembre, en los que no se encuentran hallazgos de pseudoartrosis, comprobándose la consolidación de la articulación MCF. Se recomienda ejercicio moderado de forma regular.

También fue vista en el Hospital Puerta de Hierro el 12 de noviembre de 2009, se informa que fue remitida al servicio de radiofrecuencia para valoración, presentando en la exploración artrodesis con angulación de unos 7º en extensión y flexión de la IF. En carga, no apoyaba 1º dedo pie, por lo que se planteó que la única solución sería nueva osteotomía y reartrodesis, ya que la artroplastia de la cabeza del 1º metatarsiano no daría resultado. Se programó cirugía para el 17 de diciembre de 2009: bajo anestesia troncular y sedación, se realizó artrodesis metatarsfalangia del pie derecho. Cursó alta hospitalaria el 18 de diciembre de 2009, con inmovilización con yeso y se pautó medicación con Clexane y antiinflamatorios no esteroideos (AINEs).

Acudió a revisión el 22 de diciembre de 2009 donde se le indicó que la herida estaba muy bien y que se mantenía la férula de escayola, evidenciándose en la radiografía de control buena posición de la osteotomía. En la revisión de 12 de enero de 2010, la radiografía resultó muy bien, y se decidió mantener agujas y nueva inmovilización.

Acudió a urgencias el 14 de enero de 2010 a las 00:38 horas, por molestias respecto al vendaje colocado ayer *“por enfermero”*, según palabras de familiar y paciente, manifestado que le apretaba. Se retiró férula y el vendaje y refirió mejoría (en anotaciones del personal sanitario que la atendió en urgencias se indica (sic): *“...muy malísima educación, mal tono, malas maneras, agresión verbal, ...despectiva...”*). Se le explicó

que no se le iba a poner de nuevo la férula y que acudiera a su cirujano al día siguiente para que le colocase el vendaje, a lo que se negó.

En la revisión de Traumatología del 5 de febrero de 2010, la radiografía estaba bien, se quitaron agujas. El 11 de febrero de 2010 la anotación de la historia expresa: *“Muy bien. Comenzar con apoyo. Alta”*.

En la consulta de 5 de marzo de 2010, la radiografía mostraba buena situación. La paciente refirió dolor a nivel de la zona de la osteotomía, pero en radiografía parecía consolidada. Se pautó el uso de plantillas.

TERCERO.- Ante la reclamación se ha incoado procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, cuya 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 (RPRP).

Con fecha 12 de febrero de 2010, se requirió a la interesada para que presentase documentación acreditativa del perjuicio económico que manifiesta haber sufrido, así como de los gastos devengados por las vacaciones contratadas e indicadas en su solicitud indemnizatoria (factura con indicación de las fechas salida y regreso), copia del billete de avión, justificantes de los gastos de traslado en taxi, factura en concepto de alquiler de muletas y silla de ruedas y por último, de las emitidas, todas ellas a su nombre, en concepto de adquisición de medias y zapatos ortopédicos.

El requerimiento fue cumplimentado por escrito presentado el 1 de marzo de 2010, al que acompaña copias de diversas facturas y

justificantes (folios 27 a 52). Posteriormente presenta otro escrito en el que expone que solicita en unos momentos 18.000 euros, en otro, “*una pensión de por vida*” y, finalmente, determina la cantidad indemnizatoria en cincuenta y cuatro mil euros (54.000 €) (folios 53 a 71).

En fase de instrucción se han recabado la historia clínica de la reclamante y los informes médicos de los servicios intervinientes (folios 81 a 168), en particular informe del servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de la Fundación A (folio 115) como servicio supuestamente causante del daño, de conformidad con el artículo 10 RPRP.

También se ha incorporado al expediente el dictamen médico pericial de la correduría de seguros del Servicio Madrileño de Salud, de 21 de octubre de 2010 que concluye: “*A nuestro criterio, basándonos en la historia clínica de la paciente, la patología que sufría y la literatura estudiada al respecto, la actuación de los profesionales sanitarios, tanto de la FJD como del Hospital Puerta de Hierro, fue conforme en todo momento a la Lex artis ad hoc, siendo el dolor residual una compilación posible de este tipo de cirugías correctivas de alteraciones anatómicas del pie, recogido de manera expresa en el consentimiento informado, aceptado por la paciente*” (folios 169 a 179).

No consta informe de la Inspección Médica en el expediente remitido.

En cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, fue conferido trámite de audiencia a los interesados en el procedimiento: la reclamante y la Fundación A, por correo, cuya recepción obra en el expediente (folios 180 a 185).

La reclamante presentó alegaciones por escrito registrado el 15 de diciembre de 2010, en el que se ratifica en lo expuesto en anteriores comunicaciones (folios 186 a 188) ya añade que no fue informada de los

riesgos de la intervención de *hallux rigidus* con anterioridad a que se sometiese a la misma.

Por su parte, la Fundación A, formuló alegaciones por escrito presentado el 30 de diciembre de 2010, en el que, en síntesis, alude al informe pericial emitido por la correduría de seguros del Servicio Madrileño de Salud (folios 189 a 191).

El 14 de febrero de 2011 la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria eleva propuesta de resolución desestimatoria.

El Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad, formula con fecha 7 de marzo de 2011, propone retrotraer el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial al momento inmediatamente anterior al trámite de audiencia de los interesados, solicitar informe a la Inspección Médica sobre la actuación sanitaria objeto de la reclamación y dejar sin incorporar al expediente el informe que no consta firmado (el de la correduría de seguros).

En el expediente remitido se ha incorporado al final y sin ulterior trámite el informe de la correduría de seguros firmado por una médico colegiada.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 5 de mayo de 2011.

SEGUNDA.- 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.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, al centrarse el reproche formulado únicamente en la actuación sanitaria prestada por la Fundación A, es preciso recordar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) de 6 de julio de 2010, en relación con un caso planteado respecto de otra asistencia dispensada en la Fundación A (Clínica B) -gestionada también por C- sostiene lo siguiente: *«En primer término, por afectar a la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, procede resolver, para desestimar, la alegación de la Letrada de la Administración sobre la responsabilidad exclusiva de la Fundación A. Este argumento defensivo es invocado invariablemente en los recursos relativos a responsabilidad patrimonial sanitaria en que ha intervenido dicha Fundación, y, también invariablemente, es rechazado por esta Sala. La Fundación A dispensó tratamiento sanitario a la recurrente en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, en el que dicho establecimiento sanitario, pese a su naturaleza privada, se halla integrado mediante concierto, como autorizan los arts. 66 y 67 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. La disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, añadida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece que la responsabilidad patrimonial de los servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados “por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa*

prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”. Con base en esta disposición el Tribunal Supremo ha declarado (en STS 3-7-2003, recaída en recurso de casación para unificación de doctrina, y después en SSTs 20-2 y 24-5-2007) “que la existencia de tal concierto, tratándose de una asistencia sanitaria prestada con base al mismo, no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que concurren los requisitos configuradores de aquélla, según el art. 139 de la Ley 30/92”. Aunque este criterio tiene por objeto la prestación sanitaria a los funcionarios y militares por entidades privadas, resulta con mayor razón aplicable a este supuesto en que el interesado no interviene de modo alguno en la elección del centro sanitario. Así pues, es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios. A estos efectos debe entenderse por Administración sanitaria las entidades, servicios y organismos públicos y los centros concertados, tal como permite los citados preceptos de la Ley General de Sanidad como fórmula para su integración en dicho Sistema. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la facultad de repetición que, por incumplimiento del concierto o por otras causas, corresponde a la Administración». Con base en esta argumentación del citado Tribunal, cabe afirmar que la reclamación está correctamente dirigida contra la Administración de la Comunidad de Madrid, por ser la competente para la prestación de la asistencia sanitaria. E igualmente, hay que señalar que la empresa privada que gestiona el establecimiento sanitario donde se prestó la asistencia médica objeto de reproche, está legitimada para comparecer en el procedimiento en calidad de interesada, al poder resultar involucrados en éste sus derechos o intereses legítimos (artículo 31.1.b) de

la LRJAP-PAC). En este supuesto, el Hospital —a través de escrito presentado por su director gerente—, además de personarse en el procedimiento en calidad de interesado, ha formulado también alegaciones, evacuando el trámite de audiencia que se le ha conferido. La tramitación del procedimiento ha sido, pues, escrupulosa con los derechos de todos los interesados, sin conculcar su derecho de defensa.

TERCERA.- 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).

La historia clínica pone de manifiesto que el 5 de marzo de 2010 la reclamante habiendo sido dada ya de alta se encontraba bien, recomendándole uso de plantillas. Puesto que la reclamación fue formulada el 30 de diciembre de 2009 no cabe sino considerar que ha sido interpuesta dentro de plazo.

CUARTA.- 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.

Como ha quedado expuesto en antecedentes, no se ha incorporado al expediente Informe de la Inspección Médica. Sobre este punto, como decíamos en nuestros dictamen 192/10 y 13/11, *“del tenor literal del artículo 10.1 in fine del RPRP, sólo se impone como preceptivo el*

informe del servicio supuestamente causante de la lesión, siendo la cuestión dilucidar si el informe de la Inspección Médica en las reclamaciones de responsabilidad sanitaria es facultativo o preceptivo. La conclusión que en dicho dictamen se recogía es que el informe de la Inspección es facultativo para aquellos supuestos en que el instructor lo considere necesario o conveniente para resolver. La regulación de la Inspección Sanitaria se contiene en diversas leyes estatales y autonómicas. En cuanto a la legislación estatal, la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, regula en su artículo 30 las facultades del personal de la Inspección en el desarrollo de sus funciones, sin enumerarlas. Tampoco especifica estas funciones la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, en cuyo capítulo XI relativo a la Alta Inspección, no se contiene previsión alguna sobre la obligatoriedad de emisión de informe en casos de reclamaciones de responsabilidad patrimonial. En el ámbito de la Comunidad de Madrid, de conformidad con el artículo 12 f) de la Ley 12/2001, de 21 de diciembre, de Ordenación Sanitaria, corresponde a la Consejería de Sanidad la competencia en materia de Inspección Sanitaria. Por su parte, el Decreto 22/2008, de 3 abril, por el que se aprueba la estructura orgánica de dicha Consejería atribuye a la Dirección General de Ordenación e Inspección el ejercicio, entre otras, de las siguientes funciones:

<<g) La elaboración y seguimiento del Plan Integral de Inspección de Sanidad de la Comunidad de Madrid.

h) Las facultades inspectoras en materia sanitaria, farmacéutica y de salud pública, así como la evaluación, inspección y seguimiento de la prestación por incapacidad laboral y de las prestaciones del sistema de Seguridad Social, de acuerdo con lo dispuesto en la legislación aplicable>>.

Como se decía también en el citado dictamen 192/10 de este Consejo, el carácter facultativo del informe de la Inspección Sanitaria encuentra, asimismo, su respaldo en el 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-, en el que se afirma que la Inspección Médica <<elaborará los informes que le sean solicitados, en relación con los expedientes de Responsabilidad Patrimonial>>". 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.

QUINTA.- 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.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para

determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión 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 el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de noviembre de 2000, recuerda: *"Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales, ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse excluida de antemano"*.

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004, 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"*.

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 sólo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

SEXTA.- Respecto al daño reclamado, hemos de recordar que la interesada reclama en primer lugar por el dolor que padece después de la intervención quirúrgica y, posteriormente, en fase de legaciones, por no haber sido informada de los riesgos de la operación. También reprocha que no se le facilitara una silla de ruedas en el momento de abandonar el hospital.

La reclamante vincula estos daños con unos gastos de vacaciones que, según su versión hubo de interrumpir: *"estando de vacaciones tengo que*

volverme para que me quiten los clavos”, acredita con una reserva y un documento de transferencia bancaria. Sin embargo, en la reserva, realizada el 22 de mayo de 2009 consta que el periodo de estancia vacacional sería de 20 de julio de 2009 hasta 16 de agosto de 2009, puesto que la retirada del material de osteosíntesis no se planteó hasta el mes de noviembre, no cabe considerar acreditada ni la interrupción de las vacaciones ni, mucho menos, que ésta, de haberse producido, tuviera su origen en la operación para retirar el material de osteosíntesis a la paciente.

También aporta facturas de taxi desde su domicilio hasta el Hospital Puerta de Hierro y la Fundación A, pero no acredita haber solicitado un servicio de traslado en ambulancia por encontrarse incapacitada para desplazarse por sí misma y que éste le hubiera sido denegado. Por ello el traslado en taxi ha de considerarse una decisión personal por la interesada que no tiene la condición de daño antijurídico.

Presenta facturas de zapatos que no consta que sean ortopédicos, por lo que tampoco cabe considerar la vinculación de este gasto con el daño sufrido por la reclamante. Lo mismo cabe señalar respecto del alquiler de un scooter.

Por último, presenta facturas de diverso material ortopédico (medias, zapatos, bastones) que entendemos que sí se encuentran relacionadas con la patología de la interesada y que alcanzan un importe total de 356,40 euros.

Este órgano consultivo considera que la reclamante ha acreditado como daño físico el dolor que consta que sufrió después de la cirugía en diversos informes médicos así como el daño económico que ha supuesto gasto derivado de la adquisición de diverso material ortopédico.

Ambos daños son evaluables económicamente e individualizado en la persona de la reclamante por lo que la cuestión se centra en dilucidar si

dichos daños es imputable a la acción u omisión de los servicios públicos sanitarios en una relación de causa a efecto.

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 sometido a dictamen no ha aportado la reclamante elemento probatorio alguno de la mala praxis por la que reclama, sino que se ha limitado a afirmar que *“El día 17 de diciembre fui operada por segunda vez en el Hospital Puerta de Hierro, por el doctor [...]. El informe que me dio fue que el dedo estaba soldado unos centímetros más por encima de la línea del resto de los dedos. De ahí el dolor tan intenso y la inflamación durante estos ocho meses”*. Sin embargo, esta afirmación se

encuentra ayuna de todo elemento probatorio y, en concreto, cabe subrayar que la interesada no aporta junto a la reclamación ni en ningún momento ulterior de la tramitación el informe al que hace referencia. A mayor abundamiento es preciso indicar que los informes del Hospital Puerta de Hierro que obran en el expediente no recogen tal afirmación.

El Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de la Fundación A ha emitido un informe en el que expone que una de las opciones del tratamiento de *hallux rigido* es la artrodesis metatarso falángica del primer dedo, lo que se le practicó a la paciente. Que la unión del hueso se confirmó mediante radiografía y estudio gammagráfico y también queda constatada en la intervención que se practicó el Hospital Puerta de Hierro. Atribuye los dolores de la paciente a una *“algodistrofia refleja en el pie y no en la zona de al artrodesis”*.

En fase de alegaciones, el Gerente de la Fundación A expresa que asistencia ha sido en todo momento ajustada a la *lex artis*, que la operación practicada era adecuada a la patología sufrida y que la intervención obtuvo el resultado previsto de unión del hueso, lo que se confirmó con los correspondientes estudios de gammagrafía y radiografía.

El informe pericial emitido por la correduría de seguros concluye que *“El día 17 de diciembre fui operada por segunda vez en el Hospital Puerta de Hierro, por el doctor [...]. El informe que me dio fue que el dedo estaba soldado unos centímetros más por encima de la línea del resto de los dedos. De ahí el dolor tan intenso y la inflamación durante estos ocho meses”*.

En atención a lo expresado en estos informes la atención recibida por la reclamante ha sido conforme a la *lex artis ad hoc*.

SÉPTIMA.- Merece atención específica el reproche de la reclamante relativo a la falta de información previa a su primera intervención en la

Fundación A ya que, como quedó expuesto en antecedentes, no existe consentimiento informado de la primera intervención de *hallux rigidus*, que tuvo lugar el 23 de abril de 2009 sino de la segunda para la retirada del material de osteosíntesis cuyo consentimiento se suscribió el 25 de junio de 2009. Por ello no cabe compartir la afirmación del informe pericial de la correduría de seguros en lo relativo a que *“siendo el dolor residual una compilación posible de este tipo de cirugías correctivas de alteraciones anatómicas del pie, recogido de manera expresa en el consentimiento informado, aceptado por la paciente”*.

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, esto es 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 presente caso encontramos que aunque la actuación médica fue acorde a la *lex artis*, ello no ha evitado la existencia de un “*dolor residual*” como “*complicación posible de este tipo de cirugías correctivas de las alteraciones anatómicas del pie*”, tal y como lo expresa el informe pericial de la correduría de seguros, admitiendo así la relación de causalidad entre el dolor y la cirugía a la que se sometió la paciente.

No se puede olvidar que sobre la Administración recae la carga de probar que se dio cumplida información de la naturaleza de las intervenciones que se iban a realizar a la paciente, así como sus riesgos y consecuencias, reprochándose en este caso precisamente la ausencia de información. Como quiera que no consta documento de consentimiento informado alguno, no puede afirmarse que la interesada conociera que dicho dolor fuese una complicación de la intervención ni, por lo tanto, que lo asumiese como riesgo, por lo que el daño reviste la condición de antijurídico. Por ello, se aprecia una vulneración de la *lex artis ad hoc* que revela una actuación anormal del servicio sanitario.

OCTAVA.- La indemnización debe resarcir el daño moral derivado de la frustración del derecho a la autodeterminación, ocasionado ante la falta de conocimiento de la naturaleza de las intervenciones a practicar, si bien en este caso como reiteradamente hemos señalado, las mismas constituían la única opción terapéutica.

En cuanto a la valoración de este daño, se ha de recordar el pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia nº 213/2008, de 26 de febrero (RJCA 2008/247) *“Debemos, por tanto, fijar una indemnización por el daño moral padecido por la actora por esta ausencia de información, con la dificultad que ello siempre entraña, indemnización que no puede equipararse a la que le hubiera correspondido por los diversos daños que en la demanda se describen, pues dichos daños, como hemos argumentado, no son susceptibles de ser indemnizados por no ser daño antijurídico ni guardar, tampoco, relación causal alguna con la ausencia del consentimiento informado”*.

Para ponderar la indemnización a satisfacer, deben tenerse en cuenta dos cuestiones que hemos señalado repetidamente, que la paciente conocía la gravedad de su estado y que la opción quirúrgica era la única posible en el contexto de su enfermedad. Puede citarse a *sensu contrario*, al objeto de valorar el daño moral causado, la Sentencia de la Audiencia Nacional de 29 diciembre 2004, JUR 2005\222189, cuando señala que *“Por esta razón, en esta clase de supuestos en los que ni existe urgencia, ni consta acreditado que el tratamiento sea único y exclusivo, ni consta que no pudiera, incluso, prescindirse de la intervención, parece claro que la relevancia de las exigencias del derecho a la información de los pacientes es mucho mayor”*, luego tales exigencias serían menores cuando sí consta que el tratamiento es único.

Esta menor exigencia, junto con los antecedentes de la paciente antes indicados, permiten a este Consejo en atención al criterio indicado en la sentencia más arriba citada atemperar el importe de la indemnización que correspondería satisfacer por daño moral, considerando que la misma debe ascender a 3.000 €.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación por responsabilidad patrimonial e indemnizar a la reclamante con 3.000 €.

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