

Dictamen n^o: **233/10**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **21.07.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 21 de julio de 2010, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1f)1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre en el asunto promovido por J.C.H.S. sobre responsabilidad patrimonial del Servicio Madrileño de Salud por daños derivados de una supuesta deficiente profilaxis en la intervención quirúrgica de resección de tumor en unión gastro-esofágica.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante escrito de 1 de julio de 2010, registrado de entrada el 7 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 21 de julio de 2010.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación en formato cd que se consideró suficiente, si bien se estima pertinente señalar que el documento consistente en la historia clínica del paciente (folios 55 a 1.333) se ha remitido sin orden alguno entre los

documentos y hasta con folios intercalados entre ellos sin relación entre sí. Esta circunstancia ha supuesto la dificultad de encontrar en el expediente documentos relevantes para la emisión del presente dictamen, como el consentimiento informado, la hoja de tratamiento al paciente con carácter previo a la cirugía y el protocolo de la intervención, incluyendo la gráfica de anestesia, los cuales, de hecho, no han sido tenidos en cuenta ni en el informe de la Inspección sanitaria ni en la propuesta de resolución.

SEGUNDO.- El 7 de octubre de 2008, en el registro del Servicio Madrileño de Salud, el interesado presentó escrito por medio del cual formula reclamación de responsabilidad patrimonial en solicitud de una indemnización de ciento sesenta mil euros (160.000 €), por entender que la fístula gastrocutánea que padece es consecuencia de la infección nosocomial adquirida en el posoperatorio de la cirugía a que se sometió para la resección de un tumor en la unión entre estómago y esófago y que atribuye a una insuficiente adopción de medidas de asepsia en el Hospital 12 de Octubre.

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

El paciente, de 34 años de edad en el momento en que sometió a la cirugía por la que reclama, fue diagnosticado en el Servicio de Cirugía General, Aparato Digestivo y Transplante de órganos abdominales del Hospital 12 de Octubre de un posible tumor estromal fúndico para cuyo tratamiento se pautó intervención quirúrgica para su resección.

El ingreso tuvo lugar desde el 4 de septiembre de 2003 al 2 de marzo de 2004. En este período de tiempo, fue intervenido el 19 de septiembre de 2003, de una lesión diagnosticada anatomopatológicamente de tumor de origen mesenquimal, compatible con leiomioma.

La evolución fue tórpida, por desarrollar las siguientes complicaciones:

- Fístula gastrocutánea, con diagnóstico de sospecha -al tercer día de la intervención- y posteriormente confirmada con pruebas de imagen.

- Derrame pleural izquierdo, que precisó drenado con toracocentesis, neumoperitoneo con gas ectópico subfrénico y cara anterior hepática adyacente a cara posterolateral de *fundus* y una colección líquida con niveles hidroáceos.

- Infección con cultivo positivo para SAOR en material purulento, obtenido del drenaje abdominal, prescribiéndose -por indicación de Medicina Preventiva- aislamiento del paciente e inserción de *pig-tail* de drenaje en el mes de octubre y posterior aparición el 23 noviembre de 2003.

- Infección por distintos microorganismos, en enero de 2004, no considerándose oportuno iniciar tratamiento antibiótico, por parte de la Unidad de Enfermedades Infecciosas, dada las condiciones clínicas del paciente.

Se comunica a la familia del enfermo la decisión de tratar la existencia de la fístula gastrocutánea con tratamiento conservador, procediéndose al alta hospitalaria el 2 de marzo de 2004 y continuando revisiones en consultas externas del Servicio.

Tras su alta, el reclamante tuvo que acudir al Servicio de Urgencias los días 24 y 31 de marzo, por control del drenaje y dolor en el primer caso, y por cuadro febril en el segundo, que precisó ingreso hasta el 26 de abril de 2004, manteniéndose la actitud expectante de manejo de la fístula gastrocutánea.

El paciente es nuevamente ingresado para valoración de tratamiento quirúrgico de fístula gastrocutánea, que se practica el 19 de mayo de 2004, extirpándose dos fístulas y curetaje del trayecto, no observándose la salida del contraste como método de comprobación intraoperatorio.

Al quinto día, comienza con cuadro febril, realizándose como pruebas complementarias CT abdominal (contraste en espacio subfrénico izquierdo, sin ser concluyente) y EGO (no preciándose clara fuga de contraste), con hemo y urocultivos negativos y buena respuesta al tratamiento.

El 10 de junio se procede al alta hospitalaria, pautándose ecografía de control de carácter ambulatorio, que se realiza el 20 de junio sin reseñarse nada destacable.

Durante este ingreso, se mantiene el seguimiento por parte de la Unidad de Infecciosas.

El 22 de junio de 2004 se produce nuevo ingreso para drenaje de absceso en laparatomía media. Se hace mención a los antecedentes previos, se registra exploración física y recogida de pruebas complementarias realizadas en Urgencias y previas al ingreso, como una ecografía abdominal y TAC abdominopélvico realizados el 21 de junio, que ponían de manifiesto la presencia de colección abdominal en línea media, extendiéndose a nivel epigástrico hacia la izquierda, con nivel hidroaéreo y con efecto masa sobre lóbulo hepático izquierdo sin demostrarse extravasación de contraste oral, con aislamiento de flora mixta anaerobia y *Candida albicans*.

El 1 de julio de 2004, continúa con pequeña cavidad que drena líquido purulento y que sale limpio tras lavado con suero fisiológico, por lo que se estima que el paciente es candidato a control por consultas externas por el tiempo que sea necesario.

El 24 de julio de 2004, el paciente ingresa por colección en línea media y subfrénica izquierda, siendo dado de alta el 14 de febrero de 2005, presentándose las siguientes incidencias o complicaciones en este período:

- Apertura espontánea en tercio superior de laparotomía media, drenándose material de aspecto purulento positivo para SAOR y pseudomonas aeruginosa.
- Existencia de fístula comprobada, intervenida quirúrgicamente el 11 de agosto con posterior recidiva.
- El 1 de septiembre se realiza gastrectomía polar superior, con interposición yeyunal.
- Distintos cuadros febriles, que precisaron cambios empíricos en la pauta antibiótica y consultas reiteradas por seguimiento a la Unidad de Enfermedades Infecciosas.
- Colecciones intraabdominales de repetición, que precisan drenaje y posterior batería de cultivos para filiar germen.

El 20 de abril de 2005, el paciente ingresa para tratamiento expectante de la fístula, con alta el 26 de abril.

El 17 de junio de 2005, el paciente ingresa en el hospital, con alta el 27 de junio, para fistulografía (que demostró pequeño trayecto fistuloso con cavidad pequeña) y cambio de catéter, con antibioterapia profiláctica. En el cultivo se demostró Pseudomona aeruginosa y Bacteroides fragilis.

Tras el ingreso, continúan las revisiones periódicas a través de consultas externas, con cultivos del líquido abdominal.

El 26 de septiembre, se informa al paciente de la presencia en el cultivo de Pseudomona y flora mixta. Además, se comenta a la Unidad de Infecciosas, indicándose que no precisa tratamiento antibiótico en la situación crónica actual, comunicando al paciente que no cabe otra solución que la actuación quirúrgica. El paciente es reacio a esta opción.

Desde esta fecha, periódicamente ingresa para recambio del catéter con cobertura antibiótica, con una periodicidad aproximadamente semestral, hasta diciembre del 2007, fecha en la que el paciente deja de acudir a consultas.

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 del reclamante, así como el Informe del Servicio de Cirugía General, Aparato Digestivo y Transplante de órganos abdominales, supuestamente causante del daño (folio 52) y el Informe de la Inspección Sanitaria, de 5 de octubre de 2009 (folios 1.335 a 1.359), en el que se concluye que la asistencia prestada ha sido adecuada a la *lex artis*.

En cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, fue conferido trámite de audiencia a la parte interesada, por correo con acuse de recibo; a fin de que pudiera formular las alegaciones que tuviera por convenientes, sin que conste en el expediente que se hayan presentado.

El 14 de junio de 2010 se eleva por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria propuesta de resolución desestimatoria, que es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos de la Consejería de Sanidad.

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 13.1f)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 28 de agosto de 2010.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesado, 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.

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 sufre el daño causado supuestamente por la deficiente asistencia sanitaria.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid en cuanto que titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el 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 se interpuso el 7 de octubre de 2008 y la última revisión practicada al paciente fue en diciembre de 2007, por lo que la reclamación ha de considerarse interpuesta en plazo.

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 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.

QUINTA.- Acreditada, mediante los informes médicos obrantes en el expediente, la realidad del daño, daño que es evaluable económicamente e individualizado en la persona del 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 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).

Sin embargo, en el caso que nos ocupa la adecuación a la *lex artis* que de los documentos 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.

En efecto, el reclamante afirma que *“el Hospital 12 de Octubre incumplió con a obligación de controlar y mantener las adecuadas condiciones de higiene y asepsia de las instalaciones hospitalarias, evitando la presencia de gérmenes nocivos para la salud del paciente, lo que era absolutamente previsible y, por lo tanto, evitable. Según aconsejan los Protocolos Clínicos de Prevención de Infección Quirúrgica de la Sociedad Española de Enfermedades Infecciosas y Microbiología así como diversos informes de la Sociedad Española de Medicina Preventiva, Salud Pública e Higiene y numerosa literatura médica, han de aportarse medidas preventivas y de profilaxis para evitar que el paciente pueda resultar infectado por la colonización de gérmenes procedentes de la propia flora cutánea del paciente, del personal que realiza la intervención e incluso del*

propio quirófano” para terminar afirmando que “Existe una adecuada relación causa (infección hospitalaria por falta de adopción de medidas de asepsia, profilaxis, dejadez, desidia, etc.)-efecto (padecimientos físicos y psíquicos del paciente a lo largo de todo el proceso asistencial, deterioro de la calidad de vida y las secuelas que presenta en la actualidad). Por parte de los facultativos se omitieron las extremadas precauciones que la complejidad del diagnóstico hacía exigibles, concurriendo por ello el requisito básico: la relación de causalidad entre la actuación y el resultado dañoso”.

En cuanto a la antijuridicidad del daño, el reclamante afirma que no existe el deber jurídico de soportarlo *“desde el momento en que la ciencia y la técnica proporcionan medios para prevenir y evitar el daño a través de la adopción de todas y cada una de las medidas de precaución que aseguren la asepsia en todas las instalaciones hospitalarias, que no consta que en este caso se hayan extremado. Por otra parte, el contraer infecciones nosocomiales quirúrgicas o postquirúrgicas no es un riesgo que necesariamente haya de soportar el paciente como derivado de una intervención como la realizada, máxime cuando en el documento de consentimiento informado no consta expresamente que el paciente haya sido informado de que uno de los riesgos de dicha operación fuese precisamente la infección por bacteria como el clostridium, por ejemplo”.*

Estas afirmaciones, no obstante, no sólo están ayunas de toda prueba sino que, además, son desmentidas por documentos obrantes en el expediente que demuestran que sí se adoptaron medidas de profilaxis para evitar infecciones al paciente que, pese a todo, terminó padeciéndolas. Así, la gráfica de anestesia, incorporada al expediente, en el apartado denominado “profilaxis antibiótica” recoge que sí se practicó y que se hizo en quirófano (folio 557).

Por otro lado, el documento de consentimiento informado suscrito por el reclamante el 17 de septiembre de 2003, dos días antes de la cirugía, expresa con claridad que “*los riesgos posibles son los generales de toda intervención quirúrgica: infección, accidentes vasculares, cardio-respiratorios, renales, etc.*”.

La responsabilidad requiere que el daño sea antijurídico, pasando a ser lesión, esto es que el perjudicado directamente 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.

Pero bien puede llegarse a la misma conclusión sin necesidad de acudir al pie forzado de que la falta de consentimiento informado suponga una defectuosa *lex artis* o mala praxis, ya que supone su defecto el que el daño que pueda producirse pase a ser antijurídico, ya que no hay porqué soportar el daño derivado de una actividad sanitaria cuya práctica no ha sido debidamente consentida.

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 alternativa hipotéticamente mejor 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 el paciente sí tuvo conocimiento de los riesgos de la operación a la que se sometió, dado que firmó el consentimiento informado. Es bien cierto que en el documento que obra en el expediente no consta expresamente la bacteria o las bacterias que podrían ocasionar la infección, como alega el reclamante para considerarse así mismo desinformado, pero esta circunstancia no puede considerarse como un defecto de la información facilitada sino una exigencia exagerada del paciente, ya que, sabiendo que podía resultar infectado no parece razonable considerar una lesión a la autonomía de la voluntad del interesado el no detallar las bacterias concretas que podrían producir la infección. Así, la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 9 de noviembre de 2005 (Recurso nº 6620/2001), en relación con el consentimiento informado explica que: *"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 (...). Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica"*.

El hecho de que el documento de consentimiento informado recoja como riesgo el daño en el que el paciente fundamenta su reclamación determina que dicho daño no puede calificarse de antijurídico, sino que el interesado

tenía la obligación jurídica de soportarlo, puesto que lo conocía y lo asumió al someterse a la intervención quirúrgica.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación por responsabilidad patrimonial formulada al no concurrir el requisito de daño antijurídico.

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.

Madrid, 21 de julio de 2010