

Dictamen nº: **294/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **08.06.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 8 de junio de 2011 sobre la consulta formulada por el Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2.007, de 21 de diciembre, promovido por E.R.C., en adelante “*el reclamante*”, por la defectuosa asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Clínico San Carlos a su esposa.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 10 de junio de 2010, el reclamante presentó reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados a su esposa, al considerar que la atrofia del ojo izquierdo y su enucleación posterior, fueron consecuencia de la intervención de catarata a la que fue sometida. Asimismo, denuncia que su esposa no fue informada de los riesgos que la operación llevaba y que no firmó consentimiento informado alguno. Solicita por ello una indemnización de 102.172,00 euros.

La Historia Clínica y restante documentación médica, han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

El 23 de junio de 1998, la paciente fue vista en el Centro de Especialidades “*Avenida de Portugal*”, por pérdida de vista y catarata bilateral, siendo derivada al Hospital Clínico de San Carlos.

Es vista en el citado Hospital, donde se confirman las cataratas en ambos ojos. Se acuerda la necesidad de intervención quirúrgica y se pauta como tratamiento: higiene de párpados diaria y lágrimas artificiales a demanda.

El consentimiento informado está firmado el día 17 de agosto de 1998, por el reclamante.

Fue intervenida el 1 de febrero de 1999. El informe de intervención quirúrgica es correcto y no revela ningún incidente durante la operación.

El informe clínico entregado a la paciente contiene algunos errores, tales como: error en la fecha, dice 1 de febrero de 1998 y debería decir 1 de febrero de 1999; y dice ojo derecho, y debería decir ojo izquierdo. Como tratamiento instauran un colirio y una pomada.

El 3 de febrero de 1999, la paciente acude a revisión, el diagnóstico es: uveítis aguda, posible endoftalmitis postquirúrgica. Se solicita su ingreso hospitalario urgente.

La paciente refirió dolor intenso en el ojo de unas 12 horas de evolución. Se decide intervención quirúrgica para extracción de muestras del vítreo y tratamiento intravítreo además de tratamiento sistémico y tópico.

El resultado del cultivo fue negativo, para flora aerobia, anaerobia y hongos.

El mismo día del ingreso, a las 14.20 horas es intervenida de nuevo; se extraen 0.2 ml de vítreo y se inyectan en vítreo 1 mlg devancomicina y 0.1 ml de decadadrán.

El 5 de febrero es intervenida de nuevo, para lavado de cámara anterior. El 17 de febrero, le aplican una inyección de antibióticos (amikacina y decadadrán) intravítreo. El 1 de marzo es dada de alta hospitalaria, con tratamiento médico y con revisión a los 7 días.

El 24 de marzo, la paciente firmó el consentimiento informado para la evisceración /enucleación del globo ocular.

La paciente no acudió a la cirugía de evisceración, que fue programada para el 14 de septiembre de 1999; ni volvió a ninguna revisión.

La paciente falleció el 8 de marzo de 2007.

SEGUNDO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y por 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.

Previa presentación de la reclamación formulada; la paciente, en fecha 4 de enero de 2000, interpuso denuncia que dio lugar al Procedimiento Abreviado nº 56/200, instruido por el Juzgado de Instrucción nº 11 de Madrid y Juzgado de lo Penal nº 14 de Madrid (Juicio Oral nº 224/2002), con sentencia notificada el 26 de febrero de 2002 en la que se absolvía a los facultativos del Servicio público de salud de un delito de lesiones imprudentes, mediante Auto de 8 de noviembre de 2002 se decreta la firmeza de la precitada resolución judicial.

El 13 de febrero de 2003 la paciente presentó demanda de juicio ordinario por daños y perjuicios contra el Hospital Clínico San Carlos y los facultativos que la operaron. Tras la tramitación del proceso ante el Juzgado de Primera Instancia nº 54 de Madrid se dictó sentencia estimatoria de la reclamación y por la que se condena a pagar a la paciente 102.172 euros. Dicha Sentencia fue apelada por los demandados y resuelta por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 14, Sentencia de 31 de

marzo de 2006, que declaró incompetente a la Jurisdicción Civil y remitió la causa a la jurisdicción contenciosa administrativa.

Ante dicha sentencia, la paciente formuló reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración ante el Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA), en fecha 30 de octubre de 2006 (toda vez que los hechos eran anteriores a la transferencia de las competencias y servicios en materia sanitaria). Posteriormente, la paciente falleció el 8 de marzo de 2007, y producido el silencio administrativo negativo, la parte reclamante arriba citada se subrogó en dicha reclamación e interpuso, con fecha 30 de julio de 2007, recurso contencioso administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Dicho Tribunal dictó con fecha 2 de enero de 2009, Auto en el que se declaró incompetente a favor de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional.

Recibidos los Autos por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, Sección 4^a, se inició Procedimiento Ordinario 15/2009; dictándose, entretanto, por parte del Ministerio de Sanidad, resolución expresa con fecha 18 de agosto de 2009, en la que se declaraba incompetente para conocer del fondo del asunto y sustentaba que dicha competencia correspondía a la Comunidad de Madrid. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional notificó con fecha 9 de junio de 2010, Sentencia de 19 de mayo del mismo año, en la que de acuerdo con su Fundamento Jurídico quinto se decía que la Administración competente era la Comunidad de Madrid.

Finalmente el 10 de junio de 2010 se ha interpuesto la reclamación que ha dado lugar al presente procedimiento.

En fecha 24 de junio de 2010 se practicó requerimiento para que aportase documentación acreditativa de parentesco, copia de testamento o

documentación acreditativa de la condición de heredero, y lugar y momento en el cual fueron aplicados cada tratamiento quirúrgico.

Dicho requerimiento fue atendido mediante escrito presentado en fecha 1 de julio de 2010, al que se adjunta acta de notoriedad sobre la declaración de heredero abintestato a favor del reclamante.

De conformidad con el artículo 10.1 del precitado reglamento se ha incorporado al expediente el informe del Servicio de Oftalmología del Hospital Clínico San Carlos de 1 de marzo de 2000, en el que se dispone:

“La paciente fue intervenida de cirugía de cataratas O.I. el día 1 de febrero de 1999 sin complicaciones intraoperatorias. La paciente acudió a la primera revisión el día 3 de febrero de 1999 refiriendo dolor intenso en O.I. de aproximadamente 12 horas de evolución. Una vez explorada, fue diagnosticada de endoftalmitis postquirúrgica O.I., por lo que se llevó en ese momento a la paciente al quirófano con el fin de obtener muestras para cultivo y administrar antibióticos intravitreos. Inmediatamente después se instauró tratamiento antibiótico empírico por vía tópica (colirios reforzados) y sistémica, procediéndose al ingreso de la paciente para su seguimiento.

La paciente permaneció ingresada en nuestro Servicio hasta el día 1/3/99, siendo revisada los días 4, 5, 8, 9, 10, 12, 15, 16, 17, 19, 22, 23, 24, 25 y 28 de febrero según consta en su historia clínica. Las inyecciones de antibióticos intravitreos fueron repetidas en cinco ocasiones posteriormente los días 8, 12, 17 y 23 de febrero y 8 de marzo, a pesar de lo cual la evolución no fue favorable. Los cultivos en todo momento dieron resultado negativo, aun así, los antibióticos sistémicos se mantuvieron hasta el día 12 de Febrero y los tópicos reforzados hasta el día del alta.

Ante la estabilización del cuadro, el día 1 de marzo de 1999 la paciente fue dada de alta, entregándola un informe en el que se la citaba de ferina ambulatoria para revisión en el Departamento de Cataratas de nuestro Servicio el día 8 de marzo de 1999, avisándola de que ante cualquier empeoramiento en su estado debería acudir al Servicio de Urgencias de nuestro Centro.

Posteriormente la paciente fue revisada en el Departamento de Cataratas los días 8, 15 y 24 de marzo, 15 de abril y 28 de mayo.

El .día 24 de marzo de 1999 dada la evolución del O.I. a la ptisis bulbi, se propuso a la paciente la posibilidad de evisceración de ese ojo, no acudiendo la paciente a la fecha estipulada para la cirugía (14 de septiembre de 1999). No existen en su historia clínica, registros posteriores de revisiones en este Centro.”

Asimismo, se ha emitido informe por la Inspección Sanitaria, de fecha 20 de octubre de 2010, en el que se declara que “*Se trata de una paciente, con cataratas en ambos ojos, que es derivada al Hospital Clínico de San Carlos, para intervención de las mismas. Como consecuencia de la intervención de la catarata del ojo izquierdo, presenta una complicación, muy rara, pero posible, que es la endoftalmitis.*

Dicha complicación se manifiesta a las 48 horas de la intervención, siendo tratada inmediatamente.

A pesar de ello, la paciente sufre la ptisis bulbo; es decir, la pérdida de dicho ojo.

La paciente fue correctamente tratada durante su ingreso hospitalario, con inyecciones intravítreas; tratamiento antibiótico sistémico y tratamiento tópico.

Por tanto, se considera que la asistencia prestada sí ha sido correcta o adecuada a la lex artis”.

Se ha cumplimentado adecuadamente el trámite de audiencia a la interesada, en fecha 28 de febrero de 2011, sin que conste la presentación de alegaciones por el reclamante.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó propuesta de resolución desestimatoria el 17 de marzo de 2011, siendo informada favorablemente por los servicios jurídicos.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 4 de mayo de 2011, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 10 de mayo de 2011, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 8 junio de 2011.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos 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), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial

de cuantía superior a 15.000 euros (102.172 euros) y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

Habiendo sido evacuado el dictamen dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- Ostenta el reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial. El reclamante es el marido de la paciente, fallecida el 8 de marzo de 2007, pero que se subrogó en la reclamación de responsabilidad patrimonial el 30 de julio de 2007.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial no son acciones personalísimas que se extingan por la muerte sino que se integran en el haber hereditario del finado. Habiéndose acreditado la condición de heredero del reclamante debe admitirse la legitimación activa del mismo.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tal efecto dispone el artículo 142.5 de la LRJ-PAC “*el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motiva la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas*”. En el caso objeto del presente dictamen la intervención de cataratas tuvo lugar el 1 de febrero de 1999 y fue dada de alta el 1 de marzo de 2009 con el diagnóstico de “evisceración del globo ocular”. Ante posible indicio de negligencia médica la paciente formuló denuncia el 4 de enero de 2000 ante los Juzgados de lo Penal, dando lugar a diversos procesos judiciales, tanto penales, civiles como contencioso-administrativos, que finalizaron mediante Sentencia de 19 de mayo de 2010 por la que se

declara la competencia de la Comunidad de Madrid para resolver la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Dichas vicisitudes judiciales suponen la interrupción de la prescripción por lo que habiéndose interpuesto la presente reclamación el 10 de junio de 2010 se entiende efectuada en plazo.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, se contempla en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, desarrollado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado reglamento, están sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

Como hemos manifestado en los antecedentes de hecho, se ha solicitado la emisión de informe al servicio sanitario a quién se imputa el daño ocasionado como requiere el artículo 10.1 del Reglamento, habiendo sido adecuadamente cumplimentado. Asimismo, se ha cumplido adecuadamente el trámite de audiencia de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del mismo reglamento.

La competencia para resolver los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo

establecido en el artículo 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. La tramitación incumbía antes al Director General del Servicio Madrileño de Salud según el artículo 27.2.h) del Decreto 14/2005, de 27 enero, si bien tales competencias de tramitación han sido atribuidas al Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.h) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

CUARTA.- Entrando en el análisis de los requisitos de 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 del 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:

"Iº.- 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.

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

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003), los requisitos en cuestión son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión, la calificación de este concepto viene dada no tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.

3º) Imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la

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

QUINTA.- El reclamante denuncia en su escrito que como consecuencia de la deficiente operación de cataratas en el ojo izquierdo realizada a su mujer en el año 1999 en el Hospital Clínico San Carlos perdió dicho ojo, solicitando por ello una indemnización de 102.172 euros. Asimismo, denuncia que su esposa no fue debidamente informada de los riesgos de la operación de cataratas y que no firmó el correspondiente consentimiento informado.

El daño denunciado, consistente en la pérdida de un ojo, ha quedado acreditado en la historia clínica de la paciente, por lo que resta determinar la relación de causalidad con el servicio público. A tal efecto, el reclamante aporta informe médico forense de fecha 8 de mayo de 2000 en el que se manifiesta que tras la operación de cataratas en el ojo izquierdo presentó una endoftalmitis postquirúrgica de mala evolución en ptisis bulbar (atrofia completa y masiva del globo ocular).

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, 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*”.

Señalan 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) 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.

Conforme a reiterada jurisprudencia, la acreditación de que existió una mala praxis médica corresponde a los reclamantes –artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– salvo la concurrencia de la fuerza mayor o la existencia de dolo o negligencia de la víctima que corresponde probar a la Administración. Asimismo, la doctrina jurisprudencial ha admitido la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre (Recurso nº 3071/03) y 2 de noviembre de 2.007 (Recurso nº 9309/03) y 7 de julio de 2.008 (Recurso nº 3800/04).

El reclamante manifiesta que, como consecuencia de la defectuosa asistencia dispensada en el año 1999, su mujer perdió el ojo izquierdo sin que hubiera firmado consentimiento informado. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia que estimaba la reclamación de daños y perjuicios considera que no existía razón para que se firmase el consentimiento informado por el marido de la paciente y que el mismo resultaba poco ilustrativo de los riesgos que implicaba la operación de cataratas.

El informe forense, emitido en proceso penal, declara que “*la endoftalmitis postoperatoria aguda es un proceso poco frecuente 1/1000, es una de las peores complicaciones en la cirugía oftalmológica y que una vez desencadenado el cuadro infeccioso, el pronóstico visual es muy malo, a pesar del tratamiento estricto según protocolos actualizados, en más del 60% de los casos siendo el abanico de secuelas; desprendimiento de retina, membranas retinianas y evisceración y enucleación.*”

Ahora bien, no ha quedado acreditada la vulneración de la *lex artis* en la asistencia dispensada. A mayor abundamiento, el daño no se considera antijurídico cuando habiéndose procedido conforme a la “*lex artis*”, existe

la aceptación expresa del paciente o enfermo, en el llamado consentimiento informado. 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 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, a la fecha de los hechos, se regulaba en el artículo 10 de la Ley de Sanidad, aprobada por Ley 14/1986, de 25 de abril, a cuyo tenor “*Todos tienen los siguientes derechos con respecto a las distintas administraciones públicas sanitarias:*

5. 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.

6. 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, excepto en los siguientes casos:

- a) Cuando la no intervención suponga un riesgo para la salud pública.*
- b) Cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas.*
- c) Cuando la urgencia no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento.*

En el caso sometido a dictamen, el consentimiento informado de la operación de cirugía de cataratas es de fecha 17 de agosto de 1998 y en el

mismo se contempla el riesgo de infecciones, como desgraciadamente padeció. Ahora bien, dicho consentimiento aparece firmado por el marido de la paciente, bajo la expresión de que firma un familiar por incapacidad de la misma. Por el contrario, tanto el consentimiento informado de la anestesia, de 19 de octubre de 1998, como el de la evisceración del ojo aparecen firmados por la propia paciente. La intervención no se produjo hasta el 1 de febrero de 1999 por lo que surgen dudas de porqué algunos consentimientos los firma la paciente y otros el esposo de la misma.

En la historia clínica se refleja que la paciente de 69 años de edad no sabía ni leer, ni escribir y que presentaba una hipoacusia. Esta es la razón esgrimida por los facultativos demandados en el proceso civil para argumentar que el consentimiento informado estuviera firmado por el marido de la paciente.

La legislación sanitaria vigente a la fecha obligaba a informar de los riesgos de la operación a la paciente y a sus familiares. En este supuesto, el que firmase el marido, por la posible falta de comprensión de la esposa, no supone una infracción de la *lex artis* porque en el expediente se ha reflejado que, por las circunstancias concurrentes en el caso, la esposa no podía alcanzar a comprender el alcance de la intervención.

A mayor abundamiento, la pretensión indemnizatoria frente a la Administración autonómica se ha interpuesto por el marido. En dicho escrito denuncia que no hubo consentimiento informado, cuando el expediente revela que sí que lo hubo, que él mismo firmó, por lo que difícilmente puede alegar falta de conocimiento de los riesgos de la operación cuando fue él, quién mostró su conformidad a la misma mediante su consentimiento expreso. Su actuación resulta contraria al principio de la buena fe consagrado en el artículo 7.1 del Código Civil a cuyo tenor “*los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe*”.

Por todo ello, no se aprecia vulneración de la *lex artis* en la asistencia sanitaria dispensada a la esposa del reclamante.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por la supuesta deficiente asistencia sanitaria dispensada por los servicios sanitarios debe ser desestimada.

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, 8 de junio de 2011