

Dictamen nº: **449/10**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **15.12.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 15 de diciembre de 2010, 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 O.C.B. sobre responsabilidad patrimonial del Servicio Madrileño de Salud por daños y perjuicios ocasionados, a su juicio, por una deficiente asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Clínico San Carlos, tanto por el trato personal recibido por el Dr. P.L. como por un supuesto error en la cirugía de juanete a la que se sometió.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante escrito de 18 de noviembre de 2010, registrado de entrada el 26 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 9 de diciembre de 2010.

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

SEGUNDO.- Con sello de fecha 2 de febrero de 2009, es presentado escrito por la interesada mediante el cual formula reclamación de responsabilidad patrimonial por las secuelas que padece, a su juicio, a causa de la intervención de hallux valgus de pie izquierdo que le fue practicada en el Hospital Clínico San Carlos, habiéndole indicado un centro privado la necesidad de nueva cirugía, también reclama por el trato recibido por el médico que realizó la intervención. Por todo ello, solicita una indemnización económica no cuantificada consiste en el abono de los gastos de la intervención a la que desea someterse en el centro privado y la satisfacción de la indemnización procedente considerando el daño físico y moral que, a su entender, concurren en el presente caso.

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

La paciente es derivada por su médico de familia a Traumatología el 23 de marzo de 2007, con antecedentes diagnosticados de hallux valgus en diciembre de 1999.

El 4 de mayo de 2007 es atendida en consulta de Traumatología del Hospital Clínico San Carlos, siendo diagnosticada de hallux valgus y juanete de sastre izquierdos. Se confirma el diagnóstico mediante radiografía del 8 de junio de 2007, pautándose tratamiento quirúrgico.

Es atendida nuevamente el 20 de agosto de 2007, solicitándose interconsulta a Cardiología para valoración de su patología cardiaca (angina inestable, miocardiopatía hipertrófica, HTA, disnea funcional grado II-III). Se señala nueva cita en 3 meses. No figura la fecha en la revisión cardiológica, señalándose riesgo aumentado respecto a persona de igual edad.

El 13 de noviembre de 2007 es vista por continuar con dolor. El 19 de noviembre de 2007 es atendida por hallux valgus y metatarsalgia 2º y 3º

dedo pie izquierdo y en la historia clínica se expone que padece dolor intenso plantar izquierdo, hallux valgus flexible, intenso dolor de cabeza en metatarsos 2º y 3º; hiperqueratosis plantar.

Ese mismo día la reclamante firma el consentimiento informado para intervención de hallux valgus de pie izquierdo mediante la técnica de McBride y Akin y reducir metatarsalgia de 2º y 3º dedos mediante técnica de Weil, en el documento suscrito figuran los riesgos y complicaciones más relevantes, entre los que constan como específicos: "*necrosis cutánea, infección, hematomas, lesión vascular, pseudoartrosis, rigidez, recidiva, exitus, etc.*" además de "*los propios de su enfermedad de base*" (folios 29 y 30).

El 16 de enero de 2008 se realiza la intervención, siguiendo los pasos del plan previsto, no figurando en el informe quirúrgico la aparición de ninguna anomalía o complicación del procedimiento. Es dada de alta con tratamiento posquirúrgico, siendo remitida a su casa en ambulancia. En el informe se le indica que debe volver a consulta el 23 de enero de 2008, acudiendo para cura a la enfermera.

El 11 de febrero de 2008 acude a revisión del primer mes postcirugía: constando en la historia que la herida tiene buen aspecto y la piel está muy escamada. Buena corrección estética. La paciente se muestra muy demandante y descontenta con la asistencia. Se le cita en tres meses para el alta.

El 21 de febrero de 2008 la paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital Clínico San Carlos por no mejoría clínica y dolor en pie izquierdo, desde la cirugía. A la exploración presenta inflamación del pie izquierdo, heridas cicatrizadas y de buen aspecto, hipertermia en zona cicatriz. El juicio clínico es bueno y no se observan alteraciones significativas.

El 29 de febrero de 2008, se hace constar edema en miembro inferior derecho y el 3 de marzo de 2008 su médico de familia señala: “*Paciente con dolor intenso en antepié izquierdo. Coloración violácea. Edema, si empeora acudir a Urgencias del Hospital Clínico*”.

El 10 de marzo de 2008 ha mejorado notablemente.

El 11 de marzo de 2008 acude al Servicio de Urgencias del Hospital Clínico San Carlos por dolor en pie izquierdo desde hace un mes aproximadamente sin traumatismo, ni sobreesfuerzo previo, según refiere. A la exploración muestra tumefacción en pie izquierdo en antepié, con dolor a la palpación en cara anterior, tobillo y retropié 2º y 3º MTT. Movilidad conservada. No hematoma ni deformidad. El juicio clínico es edema antepié izquierdo.

El 12 de mayo de 2008, es vista en revisión de cuatro meses postcirugía. Muestra aspecto satisfactorio del pie, buena corrección estética aunque continúa afectada con el trato anterior. Se indica citar a final de año.

El 13 de junio de 2008 se ha estabilizado. Refiere dolor. Presenta aumento de color y grandes varices.

El 5 de agosto de 2008 es remitida a otra doctora por el gerente ante la confusión de la paciente por el trato del médico que la intervino y su resultado quirúrgico, la paciente presenta mucho dolor e inflamación en pie izquierdo. En la exploración se hace constar resultado estético postquirúrgico del pie izquierdo satisfactorio. Se constata que aún está inflamado el arco central plantar y que también presenta déficit vascular periférico crónico. Se explica a la paciente que el resultado de la cirugía es satisfactorio y se pide radiografía para nuevo control. También se explican medidas higiénicas para mejorar el retorno venoso y linfático de la interesada.

El 29 de agosto de 2008 presenta dolor a la palpación dorsal cabezas 2º y 3º MTBM 3+/5, se establece juicio clínico de tenosinovitis peroneal izquierdo.

El 22 de enero de 2009 acude a la clínica privada de Podología del Dr. G.A., donde se le realiza anamnesis, exploración física en sedestación, bipedestación y dinámica en banco de marcha, y estudio fluoroscópico tridimensional. Se le diagnostica de síndrome de sobrecarga metatarsal del cuarto metatarsiano y juanete de sastre del pie izquierdo. Se le recomienda realizar un tratamiento quirúrgico en el pie izquierdo consistente en la corrección de la sobrecarga metatarsal de cuarto metatarsiano mediante una osteotomía en cuello quirúrgico de cuarto metatarsiano y tenotomía de la musculatura extensora de cuarto dedo; así como corrección de deformidad de juanete de sastre y mejora de la alineación del quinto dedo mediante osteotomía en cuello quirúrgico de quinto metatarsiano y tenotomía de la musculatura extensora de quinto dedo. Se le realiza informe y presupuesto.

El 26 de mayo de 2009 es revisada en la consulta del Hospital San Carlos comprobándose la insatisfacción extrema de la paciente por el trato recibido y los resultados de la intervención quirúrgica. También se comprueba que la forma del pie es correcta, con ausencia de flexión dorsal activa de los cuatro dedos laterales y dificultad por rigidez a la flexión dorsal pasiva, presenta rigidez dolorosa en la articulación metatarsofalángica izquierda y dolor a la palpación 2º y 3º metatarsiano. Claudicación en la marcha con puntillas posibles e imposibilidad de talones por dificultad de la flexión dorsal del pie y dedos.

En resonancia magnética (RMN) del 4 de julio de 2009, se observan: *"cambios postquirúrgicos con tornillos de titanio en 2º y 3º metatarsiano y línea de fractura en diáfisis proximal de la falange proximal del primer dedo. Continúa identificándose de hallux valgus, con edema de partes blandas asociado. No hay evidencia de sinovitis en las*

articulaciones del 2º y 3º metatarsiano. El tendón flexor no presenta alteraciones. No hay evidencia de colecciones. No visualizo alteración de la intensidad señal de la médula ósea". Este informe consta dos veces en el expediente, en los folios 47 y 53.

TERCERO.- Ante la reclamación se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. En fase de instrucción se han recabado la historia clínica de la reclamante y los informes médicos del Jefe del Servicio de Traumatología del Hospital Clínico San Carlos y del cirujano que intervino a la paciente, así como el informe de la Inspección Sanitaria, de 27 de noviembre de 2009 (folios 54 a 60), cuya conclusión considera que:

“- Las alteraciones en los dedos 1º, 2º y 3º (recidiva del hallux valgus, alteración del tendón flexor [afirmación que, sin duda, se debe a un error ya que la RMN de 4 de julio de 2009 afirma que el tendón flexor no presenta alteraciones], dolor en cabeza de 2º y 3º metatarsiano) están descritas como complicaciones de las actuaciones quirúrgicas a ese nivel, no pudiendo determinar que deriven de mala técnica quirúrgica.

- Existen alteraciones en los dedos 4º y 5º, no atendidas en el acto quirúrgico reclamado, pero cuya sintomatología puede influir en el dolor y malestar de la paciente.

- Existe una insuficiencia venosa de miembros inferiores, por defecto, independientemente de las lesiones en dedos, cuya sintomatología puede influir en el dolor y malestar de la paciente”.

En cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, fue conferido trámite de audiencia a la parte interesada, por correo, cuya recepción consta en el expediente el 16 de marzo de 2010 (folios 68 y 69), a fin de que pudiera presentar las alegaciones que tuviera por convenientes, sin que conste en el expediente que se hayan formulado.

El 25 de octubre de 2010 se formula 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 13.1.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 enero de 2011.

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

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que sufre el daño causado supuestamente por la deficiente asistencia sanitaria.

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

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 (folio 21) pone de manifiesto que el 13 de junio de 2008 la reclamante se ha estabilizado después de la intervención quirúrgica. Puesto que la reclamación fue formulada el 2 de febrero 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.

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 por dos motivos: el supuesto trato incorrecto dispensado por uno de los médicos que la atendió y el resultado supuestamente deficiente de la intervención quirúrgica.

Sobre el trato dispensado la reclamante no acredita haber sufrido daño moral ni psicológico alguno por lo que, ante la ausencia de daño, este Consejo Consultivo no entrará a valorar si concurren o no los requisitos para hacer emerger la responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo aclarar, no obstante, que tampoco la interesada aporta elemento probatorio alguno de que ninguno de los médicos que la atendió la tratara de forma incorrecta, descortés o desconsiderada.

Sobre el daño físico sí cabe considerar que el mismo resulta acreditado mediante los informes médicos obrantes en el expediente, especialmente el informe de la RMN practicada a la paciente el 4 de julio de 2009, en la que “*se observan cambios postquirúrgicos con tornillos de titanio en 2º y 3º metatarsiano y línea de fractura en diáfisis proximal de la falange proximal del primer dedo. Continua identificándose de hallux valgus con edema de partes blandas asociado. No hay evidencia de sinovitis en las articulaciones del 2º y 3º metatarsiano. El tendón flexor no presenta alteraciones. No hay evidencia de colecciones. No visualizo alteración de la intensidad señal de la médula ósea*”. Este daño es evaluable económicamente e individualizado en la persona de la reclamante por lo que 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).

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 aportar un presupuesto emitido por una clínica privada para la realización de una intervención quirúrgica nueva, sin que ello suponga un juicio crítico sobre la atención dispensada por la sanidad pública.

El Jefe del Servicio de Traumatología del Hospital Clínico San Carlos ha emitido dos informes, el primero de 2 de junio de 2009 (folio 14) expone la situación de la paciente: “*En consecuencia la paciente presenta en la actualidad un hallux rigidus relativo, una pérdida activa de la región*

dorsal de los últimos cuatro dedos por lo que se pide una RMN para confirmar el fracaso de la sutura de los extensores que se realizó durante la cirugía". En efecto, a la enferma se le realizó la RMN el 4 de julio en cuyo informe consta como motivo de estudio "Hallux valgus y metatarsalgia, tratado mediante osteotomía vara hace año y medio, con tornillos de titanio, dolor en antepié y cara externa de pierna. Valorar tendones extensores de segundo y tercer y cuarto dedo y perineos" (folios 47 y 53).

El comentario radiológico de la RMN ya ha sido citado literalmente más arriba, por lo que sólo señalaremos ahora que la única manifestación que dicho informe contiene sobre los tendones es que "*el tendón flexor no presenta alteraciones*", sin que se haga mención de los tendones extensores, pese a que era el motivo principal del estudio.

A la vista de este comentario el Jefe del Servicio de Traumatología emite un segundo informe el 30 de julio de 2009 que sólo difiere del anterior en expresar que en la RMN "*no se descartan lesiones de los tendones extensores de forma que la falta de extensión activa de los dedos parece corresponder a rigidez postquirúrgica*" (folio 46).

Es de relevancia el informe del Inspector médico, conforme al cual se ha producido una recidiva con rigidez del hallux valgus, lo cual está descrito como complicación de este tipo de cirugía.

Igualmente se informa de alteraciones en los dedos 4º y 5º, que no son ni fueron objeto de tratamiento en el acto quirúrgico que es, a su vez, objeto de reproche por parte de la reclamante, por lo que, ateniéndonos al principio de congruencia, no es pertinente tratar sobre ello.

Por último el informe hace referencia a la influencia que la insuficiencia venosa de la paciente en miembros inferiores puede tener en su dolor y malestar, ya que es esta patología la que le ocasiona edemas en ambos

miembros inferiores, cambio de color (violáceo) y tumefacción, de lo que fue informada también la paciente, según consta en su historia clínica.

A la vista de este informe, encontramos que las alteraciones producidas tras la intervención consisten en la recidiva y la rigidez del hallux valgus, en definitiva, son alteraciones descritas como complicaciones habituales en este tipo de intervenciones y que se advertían en el consentimiento informado suscrito por la interesada.

SÉPTIMA.- 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 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 la paciente sí tuvo conocimiento de los riesgos de la operación a la que se sometió, dado que firmó el consentimiento informado específico para la cirugía a la que se sometió. Lo cierto es que en el documento de consentimiento informado suscrito por la paciente y, por lo tanto, conocido por ella, aparecen de forma clara los riesgos y complicaciones que, finalmente, acaecieron a la paciente, así el documento de consentimiento informado recoge expresamente como riesgos específicos: “*necrosis cutánea, infección, hematomas, lesión vascular, pseudoartrosis, rigidez, recidiva, exitus, etc.*” además de “*los [riesgos] propios de su enfermedad de base*”.

El hecho de que el documento de consentimiento informado recoja como riesgo el daño en el que la paciente fundamenta su reclamación (recidiva del hallux valgus que requiere nueva intervención quirúrgica y rigidez por un posible daño en los tendones extensores no confirmado, aunque tampoco descartado, en la RMN de 4 de julio de 2009) determina que dichos daños no pueden calificarse de antijurídicos, sino que la interesada tenía la obligación jurídica de soportarlos, puesto que los conocía y los asumió al someterse a la intervención quirúrgica.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración formulada por no concurrir antijuridicidad en el daño.

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

Madrid, 15 de diciembre de 2010

