

Dictamen nº: **49/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Sección: **III**
Ponente: **Exmo. Sr. D. Javier María Casas Estévez**
Aprobación: **23.02.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 23 de febrero 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 B.R.P., en adelante “*la reclamante*”, por la defectuosa asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Universitario Fundación Alcorcón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 27 de octubre de 2010, la reclamante presentó reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la falta de diligencia del Hospital Fundación Alcorcón, por la negligente intervención de la muñeca derecha que le fue practicada y la mala evolución de la misma, que conllevó que tuvieran que operarla de nuevo.

Aporta junto a la reclamación la siguiente documentación:

- 1º) Una radiografía de la mano derecha efectuada el 9 de junio de 2009
- 2º) Escrito inicial de reclamación de 26 de junio de 2008.

3º) Escrito de Atención al Usuario de la Fundación Hospital Alcorcón de Madrid de fecha 1 de agosto de 2008 dirigido a la reclamante en el que se manifiesta que el retraso en la intervención fue debido a órdenes médicas.

4º) Informes médicos.

5º) Resolución de la Directora General de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid de 9 de marzo de 2009 por la que se concede a la interesada un 65% de grado de minusvalía por deficiencias físicas y psíquicas.

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

La reclamante acudió el 4 de octubre de 2004 al Centro de Salud de San Martín de Valdeiglesias por dolor en muñeca derecha, donde se le pautó tratamiento con muñequera. Posteriormente, volvió a acudir el 23 de noviembre de 2004 con los mismos síntomas, siendo diagnosticada de esguince y se le pautó reposo e inmovilización. El 20 de febrero de 2006 acude por tendinitis en la muñeca derecha pautándole nuevamente reposo y muñequera, cuando el 11 de octubre de 2006 sigue presentando dolor en muñeca se solicitó radiografía, sin encontrarse alteraciones significativas.

El 17 de octubre de 2007 acude al Servicio de Urgencias de la Fundación Hospital Alcorcón tras sufrir el día anterior una caída con muñeca en extensión. Se realiza radiografía la cual se informa como “*dudosa fractura de tubérculo de escafoides*”. Se le pone férula de escafoides dos semanas y brazo en cabestrillo.

El 31 de octubre de 2007 acude a consulta del Servicio de Traumatología por dolor en muñeca derecha que relaciona con la caída previa. En febrero de 2008 se decidió practicarle una resonancia

magnética nuclear, confirmándose el diagnóstico de lesión en el fibrocartílago triangular de articulación radio-cúbito-carpiana. El 15 de abril siguiente se le prescribe artroscopia de muñeca derecha, firmando el consentimiento informado para ser intervenida.

El 18 de junio de 2008 ingresa en la Fundación Hospital Alcorcón para ser intervenida quirúrgicamente de la muñeca derecha, pero se suspende la intervención por falta de tiempo. Dicha intervención tuvo lugar, finalmente, el 14 de agosto de 2008, practicándose una sinovectomía artroscópica, siendo dada de alta al día siguiente. Sin embargo, el 20 de agosto acude al Servicio de Urgencias por presentar dolor y fiebre, constatando la existencia de infección aguda por lo que fue intervenida nuevamente el 20 de agosto y se pauta tratamiento antibiótico. El alta médica se produjo el 5 de septiembre de 2008.

En consulta a revisión el 30 de septiembre de 2008, se objetiva mejoría en movilidad de los dedos, solicitándose resonancia magnética. El 3 de octubre de 2008 es valorada por el Servicio de Rehabilitación, quien le pauta órtesis para mantener la muñeca en posición neutra.

Acude a revisión el día 7 de octubre de 2008, indicándose continuación en tratamiento antibiótico, y en consulta del Servicio de Traumatología se objetiva mejoría en movilidad de los dedos.

El 31 de octubre de 2008 se realiza resonancia magnética, objetivándose cambios postquirúrgicos en complejo fibrocartílago triangular y cambios degenerativos en articulación radiocarpiana.

En revisión de 4 de noviembre de 2008, la reclamante indica que se encuentra muy dolorida, con bloqueo de flexión y extensión. Se le indica que debe estar 6 meses con antibióticos y posteriormente plantear una artrodesis de muñeca.

El 25 de noviembre de 2008, en Consulta de Infecciosas, indica que no existen datos objetivos de infección, pero intensifican tratamiento antibiótico hasta el día de la reintervención.

Tras valoración de resonancia magnética el 16 de diciembre de 2008, se plantea realización de artrodesis versus prótesis. La reclamante fue valorada por el Servicio de Rehabilitación el 18 de diciembre de 2008, indicando que el cierre del puño es completo, por lo que se dio de alta de fisioterapia y se mantuvo el tratamiento con terapia ocupacional.

El 6 de febrero de 2009, tras realización de gammagrafía, se indica que parece haber infección en muñeca. Es valorada el 12 de febrero de 2009 por el Servicio de Rehabilitación y se mantiene tratamiento con terapia ocupacional.

La Dirección General de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid mediante resolución de 9 de marzo de 2009 reconoce a la reclamante un grado de minusvalía del 65%, atendiendo tanto a la pérdida de movilidad funcional en la mano como a su inteligencia límite.

El 17 de febrero de 2009, dada las limitaciones funcionales de la muñeca, se le plantea a la paciente artrodesis de la muñeca que es aceptada por ella, firmando el consentimiento informado específico. Finalmente, el 13 de mayo de 2009, se realiza artrodesis de muñeca con evolución postoperatoria satisfactoria, dándose el alta el 19 de mayo de 2009.

El 27 de mayo de 2009 acude a consulta de Infecciosas indicando que aunque no existen datos de sospecha de reinfección, se mantiene tratamiento antibiótico 6 semanas post-cirugía.

El 3 de junio de 2009 es valorada por Servicio de Rehabilitación, donde indican reiniciar tratamiento fisioterápico tras la cirugía, con el fin de mejorar movilidad en pronación/supinación y dedos.

El 26 de agosto de 2009, el Servicio de Rehabilitación comprueba en la exploración que presenta movilidad en pronación/supinación completa y ha mejorado la fuerza. Se le da alta de rehabilitación y pautas para realización en casa.

El 9 de septiembre de 2009 acude por pequeños puntos de roce sobre la cicatriz quirúrgica que se curan sin signos de infección. Se le dan pautas de autocuidado y se explican signos de alarma.

El 10 de noviembre de 2009 en Consulta de Servicio de Rehabilitación confirma que mantiene la movilidad en pronación/supinación completa, realiza puño y pinza con todos los dedos y disminución global en el balance muscular de la mano-muñeca respecto a contra lateral. Refiere dolor en borde cubital de la muñeca espontáneo, con el frío y con las actividades. Se le prescribe TENS de larga duración.

En noviembre de 2009 acude a consulta de Traumatología comprobando, mediante estudio radiográfico, que la artrodesis de muñeca se ha conseguido y presenta correcta evolución funcional.

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 Pùblicas en materia de responsabilidad patrimonial.

De conformidad con el artículo 10.1 del precitado reglamento se ha emitido informe por el Jefe de Área de Cirugía Ortopédica, no constando la fecha del mismo, en el que declara:

"B.R.P. fue atendida en consultas de Traumatología de este Hospital por vez primera el 31 de octubre de 2007 por un cuadro de dolor en la

muñeca derecha que relacionaba con caída previa, aunque ya tenía dolor antes, según se recoge en la historia clínica.

Se realizaron radiografías y resonancia magnética nuclear de muñeca y, junto con su historia clínica y exploración se diagnosticó una lesión en el fibrocartílago triangular de la articulación radio-cúbito-carpiana.

Con fecha 6 de mayo de 2008, se le propone tratamiento quirúrgico mediante Artroscopia de la muñeca derecha, previa información y firma del consentimiento informado.

Tras la realización de las pruebas preoperatorias y valoración por el Servicio de Anestesiología es intervenida quirúrgicamente el día 14 de agosto de 2008, realizándose sinovectomía artroscópica de la muñeca. La paciente es dada de alta el 15 de agosto con las indicaciones de cuidados habituales.

*El día 20 de agosto de 2008 acude a Urgencias por dolor y fiebre. Tras la exploración clínica se diagnostica una infección aguda por lo que intervenida quirúrgicamente el mismo día realizándose limpieza quirúrgica de la muñeca mediante lavado y desbridamiento. De forma inmediata comienza con tratamiento antibiótico intravenoso, bajo supervisión por Medicina Interna — Infecciosas. Se diagnostica una artritis por *S. Aureus*. En los días siguientes y, ante la no óptima evolución de la paciente es intervenida el día 25 de agosto, realizándose nueva limpieza quirúrgica de la muñeca. Sigue con tratamiento antibiótico intravenoso y oral, dándose de alta el día 5 de setiembre.*

Posteriormente al alta se revisa a la paciente en consultas externas, realizándose tratamiento rehabilitador y siguiendo el tratamiento antibiótico bajo supervisión por Medicina Interna y Traumatología.

La evolución de la infección fue correcta, con normalización de las analíticas de sangre. Se realiza una gammagrafía ósea que también es negativa para infección.

El día 17 de febrero de 2009 y debido a las limitaciones funcionales de la muñeca se le plantea a la paciente una nueva intervención mediante artrodesis de la muñeca, que acepta. Se solicita preoperatorio y se remite a Anestesia para valoración.

Es intervenida quirúrgicamente el día 13 de mayo de 2009 realizándose artrodesis de muñeca mediante placa dorsal e injerto. La evolución postoperatoria es satisfactoria, siendo dada de alta el 19 de mayo con tratamiento antibiótico oral.

Al alta se revisa a la paciente en consultas, con buena evolución de la herida quirúrgica, continúa con rehabilitación.

Pasa la última revisión el noviembre de 2009, comprobando mediante estudio radiográfico que la artrodesis de muñeca se ha conseguido y presenta correcta evolución funcional”.

Asimismo, la Inspección Sanitaria ha emitido informe el 15 de febrero de 2010 en el que concluye que “(...)

- La paciente recibió asistencia médica en el Hospital Fundación Alcorcón por los Servicios de Traumatología, Infecciosas y Rehabilitación, quienes atendieron su patología de muñeca de forma correcta.

- La paciente fue previamente informada de los riesgos de la intervención quirúrgica que se le iba a realizar tras el fracaso del tratamiento conservador. Dichos riesgos fueron aceptados por la paciente, firmando el consentimiento informado para dicha cirugía.

- *La infección postquirúrgica que sufrió es un riesgo infrecuente, pero asumible e inherente a la intervención quirúrgica a la que fue sometida.*
- *Dado que en el momento de la emisión de este informe la paciente continúa en tratamiento y se espera una mayor recuperación funcional de la muñeca, no se puede hablar estrictamente de existencia de lesión o daño indemnizable vía responsabilidad patrimonial.*
- *La asistencia prestada ha sido correcta y adecuada a la *lex artis ad hoc*.*
- *Por lo tanto no se evidencia la existencia de una mala praxis".*

Tras la emisión de dichos informes se ha cumplimentado adecuadamente el trámite de audiencia a la interesada, en fecha 27 de febrero de 2010, no constando la presentación de alegaciones por parte de la reclamante.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó propuesta de resolución desestimatoria el 13 de diciembre de 2010, la cual fue informada favorablemente por los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 14 de enero de 2011, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 24 de enero 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 23 febrero 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 indeterminada 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, al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, por cuanto es la persona afectada por la supuesta deficiente asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Público de Salud.

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 motive 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 primera intervención quirúrgica tuvo lugar el 14 de agosto de 2008, practicándose una sinovectomía artroscópica de muñeca derecha, sin embargo, tuvo que

volver a ser reintervenida el 13 de mayo de 2009, siendo dada de alta el 19 de mayo siguiente, por lo que habiéndose interpuesto la reclamación 17 de octubre de 2009, 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.

La Fundación Hospital Alcorcón es una organización sanitaria sin ánimo de lucro que fue constituida por el Insalud al amparo de la Disposición final Única del Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, y transferida a la Comunidad de Madrid el 1 de enero de 2002. Por ello presta el servicio sanitario integrado dentro del servicio de salud de la Comunidad de Madrid. El artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993 exige que se de audiencia al contratista cuando el servicio público se preste de forma indirecta. Ahora bien, en el presente caso el servicio sanitario se ha dispensado por una fundación de naturaleza pública en los términos definidos por la Ley 15/1997, de 25 de abril, sobre habilitación de nuevas formas de gestión del Sistema Nacional de Salud, por lo que no

resulta de aplicación lo dispuesto en dicho artículo 1.3 del reglamento citado.

Ello no obstante, al tratarse de una fundación con personalidad jurídica propia e interesada en el procedimiento, por cuanto del mismo se puede derivar su responsabilidad, al amparo del artículo 31.1 b) de la LRJ-PAC, tiene la condición de interesado y como tal debe darse audiencia ex artículo 84.1 de la LRJ-PAC. En el expediente remitido no consta que se haya cumplimentado dicho trámite por lo que dicha vulneración puede generar la anulabilidad del procedimiento si se ha ocasionado efectiva indefensión ex artículo 63.2 de la LRJ-PAC. En tanto los servicios intervinientes del Hospital han emitido informe sobre los hechos denunciados por la reclamante no puede admitirse que se haya ocasionado efectiva indefensión al Hospital pues ha tenido conocimiento de la reclamación.

Por todo ello, aún cuando no se ha dado trámite de audiencia a la Fundación se entiende que el expediente ha sido tramitado correctamente.

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 Pùblicas 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:

"1º.- 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 económico 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 económico 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.- La reclamante denuncia en su escrito que como consecuencia de la deficiente sinevectomy artroscópica practicada por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital fundación Alcorcón el 14 de agosto de 2008 tuvo que ser reintervenida el 20 de agosto siguiente, para realizar una limpieza quirúrgica, lo que le ha

ocasionado una limitación funcional de la mano derecha reconociéndole un grado de minusvalía del 65%. En prueba de dicha discapacidad se adjunta a la reclamación la Resolución de la Directora General de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid de 9 de marzo de 2009 por la que se reconoce a la reclamante dicha minusvalía, por razones tanto físicas como psíquicas.

Para recuperar la movilidad perdida tuvo que practicarse una artroscopia el 13 de mayo de 2009.

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.

Resulta necesario examinar si concurre el requisito del nexo causal entre la actuación administrativa y el daño por el que se reclama indemnización a fin de que sea efectiva la responsabilidad objetiva de la Administración.

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 2008 (Recurso nº 3800/04).

La reclamante se limita a manifestar que como consecuencia de la asistencia sanitaria defectuosa dispensada por el Servicio de Cirugía Ortopédica, Traumatología y Rehabilitación del Hospital Fundación Alcorcon tuvo que ser reintervenida quirúrgicamente y le ha generado como secuela una limitación funcional.

Ello no obstante, un análisis de los informes médicos que obran en el expediente, así como de la historia clínica permiten concluir que no se aprecia vulneración de la *lex artis* y que, finalmente, la reclamante ha recuperado la movilidad de la mano.

En efecto, tal y como pone de manifiesto el informe de la Inspección médica la reclamante presentaba múltiples antecedentes de dolor articular en la muñeca derecha desde el año 2004, por lo que el 17 de octubre de 2007 se realiza una radiografía y una resonancia magnética nuclear, donde se objetiva una lesión de fibrocartílago triangular de articulación radio-cúbito-carpiana. Ante la falta de respuesta al tratamiento conservador se propone a la paciente la realización de una artroscopia, que previa firma del consentimiento informado (el 15 de abril de 2008), en donde se le informa de la posibilidad de infección profunda y del fracaso de la técnica. Finalmente fue intervenida el 14 de agosto de 2008 y tras el alta el 15 de agosto acude a Urgencias por la infección de la herida.

Como señala el informe de la Inspección “*la infección postquirúrgica es un riesgo infrecuente, pero asumible e inherente a la intervención quirúrgica a la que fue sometida*”.

Al no presentar mejora funcional de la mano se propone la realización de una artrodesis de muñeca, que se realizó el 13 de mayo de 2009 lo que le ha permitido una correcta evolución radiológica y funcional de la muñeca.

La infección postquirúrgica que padeció la reclamante tras la realización de la artroscopia en agosto de 2008 no puede considerarse un daño antijurídico. En efecto, 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 se regula en los artículos 8 a 13 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, en cuyo artículo 8 dispone que “*toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que reciba la información prevista en el artículo 4 (finalidad y naturaleza de la intervención, sus riesgos y consecuencias), haya valorado las opciones propias del caso*”.

En cuanto al ámbito del consentimiento informado 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 ó 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 paciente otorgó su consentimiento con la firma del documento previo a la intervención, el 15 de abril de 2008, en los términos que prevé el artículo 10 de la precitada Ley 41/2002, de 14 de noviembre. Como hemos manifestado anteriormente, dicho documento admite como riesgos posibles la infección postquirúrgica y el fracaso de la técnica. En efecto, las intervenciones quirúrgicas no están exentas de riesgos, y a pesar de que se realice una actuación médica conforme con el principio de la *lex artis*, pueden surgir complicaciones como la acaecida, y así se hace constar expresamente en el documento de consentimiento informado. Por ello, el paciente, después de entender que los beneficios de la intervención son estadísticamente muy superiores a los riesgos, con la firma del consentimiento informado, asumía y aceptaba expresamente los riesgos de la misma.

En definitiva no se aprecia que concurra el requisito de la antijuricidad del daño, razón por la cual procede desestimar la reclamación.

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 de la Fundación Hospital de Alcorcón debe ser desestimada por no apreciarse el requisito de la antijuricidad.

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, 23 de febrero de 2011

