

Dictamen nº: **496/11**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **14.09.11**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido con nueve votos a favor y un voto en contra, en su sesión de 14 de septiembre de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, respecto de reclamación de indemnización por responsabilidad patrimonial presentada por J.J.P., por la deficiente asistencia sanitaria prestada en la intervención de hallux valgus en la Fundación A y en el Hospital Clínico San Carlos.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Consejero de Sanidad, mediante escrito de 13 de julio de 2011, con registro de entrada en este órgano el día 22 de julio de 2011, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, en virtud de reparto de asuntos, a la Sección IV, presidida por la Excmo. Sra. Dña. Cristina Alberdi Alonso, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 14 de septiembre de 2011, con nueve votos a favor y el voto en contra del Consejero, Sr. Bardisa.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo es acompañado de documentación en soporte CD que, adecuadamente numerada y foliada, se considera suficiente.

**SEGUNDO.-** Por escrito presentado el 10 de octubre de 2007 en la oficina de registro del Servicio Madrileño de Salud (SERMAS), la interesada anteriormente citada formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por la deficiente intervención de hallux valgus realizada en la Fundación A y en el Hospital Clínico San Carlos. Previamente, el 19 de septiembre de 2009, la interesada había presentado un escrito en el registro del SERMAS de queja por el, a su juicio, mal trato recibido del Dr. P.L., del Hospital Clínico San Carlos, al que calificaba de grosero y antipático. En dicha carta relataba unos incidentes surgidos en su operación del pie izquierdo el día 6 de junio de 2007 en relación con un anillo que llevaba en su dedo cuando entró en el quirófano y que tuvo que quitarse y sobre la extensión del informe médico de la intervención y manifestaba su voluntad que, a partir de ese momento, no le atendiera más el citado médico. La reclamante alega en su solicitud de responsabilidad patrimonial que casi dos años y medio después de la primera intervención se encuentra en una situación lamentable y que “*el pie jamás lo tendré bien*” y que tiene reconocido un grado de minusvalía del 65% (folios 8 a 11).

La reclamante no cuantifica, inicialmente, el importe de su reclamación y aporta con su escrito de reclamación, copia del anterior escrito de 19 de septiembre de 2007, informes médicos, cartas de felicitación y queja dirigidas a la Fundación A, escrito de notificación de grado de minusvalía, acordado por la Directora General de Asuntos Sociales de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid el 9 de enero de 2007 e informe de la médico psiquiatra del S.S.M. “*Chamberí*” de 5 de junio de 2007 (folios 12 a 39).

**TERCERO.-** Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en el R.D. 429/1993, de 26 de marzo. Del expediente resultan los siguientes hechos probados:

La paciente, de 59 años de edad, es diagnosticada de Hallux Valgus bilateral asociado a metatarsalgia del 2º dedo del pie izquierdo y derivada desde el hospital Clínico a la Fundación A.

El día 5 de julio de 2005 es intervenida en el citado hospital, realizándose osteotomía del hallux y osteotomía de Weil del segundo dedo del pie izquierdo. Inicialmente evolucionó de manera satisfactoria pero a los pocos meses aparece una exostosis muy dolorosa e incapacitante en la operación del segundo metatarsiano del pie izquierdo, por lo que se propone la resección quirúrgica de dicha espícula ósea.

Es intervenida nuevamente el 22 de febrero de 2006 bajo anestesia local y de forma ambulante de exostectomía y limpieza articular.

El postoperatorio es doloroso cursando además con limitación a la extensión en los últimos grados del segundo dedo e incapacidad para mantenerse en bipedestación durante tiempo prolongado y para realizar las actividades de la vida diaria. Se procede a realizar un estudio radiográfico de ambos pies, se recomienda nueva cirugía y se proponen ejercicios de fisioterapia para flexibilización de las articulaciones distales de ambos pies.

La paciente es derivada al hospital Clínico San Carlos, donde es vista en consulta por el Dr. P.L. el día 26 de febrero de 2007. En la historia clínica se anotan sus antecedentes y tras la exploración se hace constar: “*Buena corrección hallux valgus y buen aspecto del pie izquierdo. Hiperqueratosis plantar, dolorosa cabeza 2º mtt, intervenida en 2 ocasiones, dolor cabeza 3º mtt. Plan osteotomía Weil cabeza 3º mtt, no planteo reintervención 2º mtt*”. Ese mismo día, y así consta en el expediente administrativo, la paciente firma documento de consentimiento informado para esta intervención de osteotomía Weil del tercer mtt por metatarsalgia tercer dedo pie izquierdo.

El día 13 de marzo de 2007, a solicitud del Servicio de Anestesiología se realiza a la paciente una radiografía de tórax. Igualmente, y dentro de las pruebas del preoperatorio se le realizan análisis y un electro. Firma el documento de consentimiento informado para la anestesia de esta tercera intervención el día 19 de marzo de 2007.

El día 6 de junio de 2007 es intervenida bajo anestesia local y sedación. Según el protocolo de cirugía, sin embargo, señala que se le ha realizado osteotomía de Weil del segundo metatarsiano (síntesis con tornillo twist-off). La paciente es dada de alta por evolución satisfactoria ese mismo día y se cita para revisión el día 11 de junio de 2007.

Es vista en consulta los días 10 de junio y 25 de septiembre de 2007. La anotación en la historia clínica practicada este último día dice: “*Pie izquierdo en buena forma. No hiperqueratosis plantar. Al parecer le duele mucho la región metatarsal. No quiere usar plantillas. Remito a rehabilitación. Revisión 9 meses*”.

El día 9 de octubre de 2007 es vista por el Servicio de Rehabilitación y así consta en la historia clínica.

No figura en la historia clínica que forma parte del expediente ulteriores citas ni informes sobre la situación actual de la paciente.

A efectos de emisión del presente dictamen, son de interés, además de los documentos indicados en el antecedente SEGUNDO, los que siguen:

1. Informe del Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de la Fundación A, de 5 de febrero de 2008 (folio 45).
2. Historia clínica de la reclamante en la Fundación A (folios 46 a 61).

3. Informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Clínico San Carlos, de 30 de octubre de 2007 (folios 64 y 65)
4. Historia clínica del paciente en el Hospital Clínico San Carlos (folios 68 a 85).
5. Escrito de la reclamante, de 10 de enero de 2007, en el que solicita que se cuantifique el importe de la indemnización solicitada según baremo.
6. Informe de la Inspección Sanitaria, fechado el 9 de mayo de 2008, en el que se concluye: “... *a la vista de los datos contenidos en la historia clínica y en los informes aportados, que no existen indicios que hagan sospechar la existencia de mala praxis alguna en la asistencia sanitaria prestada a la paciente. Las intervenciones practicadas lo fueron conforme a la praxis médica debida. Es decir, las intervenciones se han realizado bien y correctamente, otra cosa es que el resultado de las mismas sobre la patología que se pretendía corregir, no fuera del todo lo exitoso que se hubiera deseado. Es por ello que hay que decir que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, esto es: la obligación del médico es prestar la asistencia debida y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo*” (folios 91 a 94).
7. Escrito de la médica inspectora de 26 de febrero de 2009 por el que solicita a la Fundación A, copia de los documentos de consentimiento informado firmados por la paciente para las dos intervenciones realizadas en dicho centro sanitario (folio 98).
8. Escrito del Gerente de la Fundación A, de 17 de abril de 2009 en el que, en respuesta al requerimiento de la inspección, informa: “... *no ha sido posible encontrar dichos documentos ya que la paciente proveniente del Hospital Clínico fue intervenida por Ruleq, sistema establecido por la Administración Sanitaria para acortar tiempos de espera quirúrgica entre hospitales, por lo que la paciente aportó su historia clínica original*

*que, una vez terminada la cirugía, retiró para entregar en su hospital, por lo que la documentación quedó incluida en dicha historia. Por el Servicio de Traumatología ponen de manifiesto que consta en los informes de las intervenciones referencias de que a la paciente le fue suministrada la debida información previamente a la recepción del consentimiento para la cirugía” (folio 101).*

9. Escrito de V.A.R. en representación de la reclamante, presentado el 5 de mayo de 2009, interesándose por el estado de su reclamación y solicitando vista del expediente tramitado (folios 103y 104).

10. Escrito del Servicio Jurídico del Hospital Clínico San Carlos, de 26 de mayo de 2009, en el que se pone de manifiesto que “*una vez examinada la historia clínica de la paciente y según consta en fax remitido desde nuestro Servicio de Archivo a la Fundación A en contestación a la solicitud efectuada por ese centro el día 23 de marzo del presente (se adjunta copia), no obra en este hospital documento de consentimiento informado alguno en relación a las intervenciones reseñadas*” (folio 105).

11. Notificación del trámite de audiencia a la reclamante efectuada el 20 de noviembre de 2009 (folios 119 a 121).

12. Escrito de alegaciones de la reclamante al trámite de audiencia en el que cuantifica el importe de su reclamación en 53.053,62 euros y manifiesta la mala praxis en las intervenciones realizadas en la Fundación A porque no se le realizó un estudio previo a la primera intervención y, además, por la falta de información de las operaciones que se le iban a realizar, y alega –como prueba de su afirmación- la falta de los documentos de consentimiento informado a las dos intervenciones realizadas en la Fundación A (folios 122 a 129).

13. Propuesta de resolución de 13 de junio de 2011 de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria que desestima la reclamación al considerar que ha prescrito la acción para reclamar (folios 130 a 132). La propuesta de resolución es informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad (folio 134).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

## CONSIDERACIONES EN DERECHO

**PRIMERA.-** Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de “*expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada*”.

En el presente caso, habiéndose cuantificado su importe en 53.053,62 euros, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.

**SEGUNDA.-** El procedimiento de responsabilidad patrimonial, que se inició a instancia de interesada según consta en los antecedentes, tiene su tramitación regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (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, con independencia de la procedencia, o no, de la indemnización solicitada.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, la reclamación se dirige contra la actuación del Hospital Clínico San Carlos, cuya titularidad corresponde a la Comunidad de Madrid y a la Fundación A, centro concertado por la Comunidad de Madrid. Sobre la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid en relación con este centro concertado, es preciso recordar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9<sup>a</sup>) de 6 de julio de 2010, en relación con un caso planteado respecto de otra asistencia dispensada en la Fundación A (Clínica B) sostiene lo siguiente: «*En primer término, por afectar a la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, procede resolver, para desestimar, la alegación de la Letrada de la Administración sobre la responsabilidad exclusiva de la Fundación “A”. Este argumento defensivo es invocado invariablemente en los recursos relativos a responsabilidad patrimonial sanitaria en que ha intervenido dicha Fundación, y, también invariablemente, es rechazado por esta Sala. La Fundación “A” dispensó tratamiento sanitario a la recurrente en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, en el que dicho establecimiento sanitario, pese a su naturaleza privada, se halla integrado mediante concierto, como autorizan los arts. 66 y 67 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. La disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, añadida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece que la responsabilidad patrimonial de los servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios*

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

el procedimiento en calidad de interesada, al poder resultar involucrados en éste sus derechos o intereses legítimos (artículo 31.1.b) de la LRJAP-PAC). En este supuesto, el Hospital –a través de escrito presentado por su director gerente–, además de personarse en el procedimiento en calidad de interesado, ha remitido informe del servicio que atendió a la reclamante.

No consta en el procedimiento tramitado que se le haya dado trámite de audiencia previo a la propuesta de resolución a la Fundación A. Sin embargo, debe entenderse cumplimentado dicho trámite, con el informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, así como el escrito del Gerente de la Fundación A, relativo a la falta de los documentos de consentimiento informado, sin que pueda observarse que se le haya generado indefensión.

Por último y en lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC la acción para reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

Según la propuesta de resolución, la paciente fue dada de alta tras la intervención el día 6 de junio de 2006, “*no constando ni en el expediente, ni en el informe de la Inspección Médica que hubiese más actuaciones médicas derivadas de la patología que dio origen a las intervenciones de referencia; luego se debe presumir que el posible daño causado a la paciente es de carácter permanente, es decir, inalterable desde la última operación y, en consecuencia, la acción de la reclamante deviene extemporánea por haber transcurrido el plazo de un año señalado en el mencionado artículo 142.5, ya que si la intervención se efectuó el 6 de junio del año 2006 y la reclamación se interpuso el día 10 de octubre del año 2007, se ha cumplido el plazo de 1 año, pues el término se ha superado en tres meses y 17 días; y siendo el tiempo irreversible y por*

*lógica insubsanables los defectos que tienen su origen en la inobservancia de los plazos, es por lo que no puede tener favorable acogida la reclamación estudiada”.*

La propuesta de resolución parte de un error de fecha que impide tener por prescrita la reclamación de responsabilidad patrimonial. La fecha de la tercera intervención en el Hospital Clínico San Carlos es el 6 de junio de 2007 y no el 6 de junio de 2006. Por tanto, es evidente que la reclamación formulada tres meses después de esta intervención, está interpuesta en plazo y no puede concluirse que ha prescrito el derecho a reclamar.

**TERCERA.-** Como es sabido, 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 Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Pùblicas en materia de responsabilidad patrimonial. 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 Pùblicas 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 (por todas, v. las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de junio, sobre el recurso 4429/2004 y de 15 de enero de 2008, sobre el recurso nº 8803/2003) los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Administración, que 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. Esta calificación del daño no viene determinada por ser contraria a derecho la conducta del autor, sino porque la persona que sufre el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión que es necesario examinar y dilucidar en cada caso concreto.

3º) La 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 esta exclusividad esencial para apreciar la antedicha relación o nexo causal.

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.

**CUARTA.-** En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada “*lex artis*” se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable 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 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 (RCL 1986, 1316) y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825)] 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”.*

La misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), afirma que “*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*”. Todo lo anterior resulta relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, sino que únicamente debe responder de aquéllos que los administrados no tengan el deber jurídico de soportar y sean causados por infracción de la llamada *lex artis*.

**QUINTA.-** En el caso que nos ocupa, se reclaman como daños los 485 días de baja impeditiva que la reclamante tuvo que soportar desde la primera intervención hasta la fecha de reconocimiento de la minusvalía el 2 de noviembre de 2006, a lo que añade la incapacidad permanente parcial y 10 puntos por las secuelas que padece.

La reclamante no aporta dictamen pericial alguno que acredite la realidad de los daños y permita, en consecuencia, cuantificar el importe de la indemnización. Con su reclamación adjuntaba la Resolución de la Directora General de Asuntos Sociales de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid por la que se le reconocía una minusvalía, física y psíquica del 65% en base al Dictamen Técnico Facultativo del Centro Base nº aaa, emitido el 9 de enero de 2007, en el que se tenía en cuenta un trastorno de la afectividad por trastorno depresivo recurrente y limitación funcional en miembro inferior por deformidad de los pies. Según el informe emitido por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica de 12 de septiembre de 2006 (folio 54 del expediente administrativo), la paciente presentaba *"incapacidad para mantenerse en bipedestación durante tiempo prolongado y para realizar las actividades de la vida diaria"*.

Respecto al trastorno depresivo, no puede considerarse que hay relación de causalidad entre éste y las intervenciones realizadas porque, como indica el informe médico aportado por la reclamante, *"presenta un cuadro de tristeza, anhedonia, falta de impulso a la actividad, alteración del apetito y del sueño desencadenados por trastornos orgánicos, problemas socieconómicos y de soledad desde 1997 encontrándose incapacitada para cualquier trabajo"*.

Acreditada la realidad de los daños consistentes en molestias y dolores en el pie intervenido y su relación con las intervenciones realizadas, es preciso analizar si hubo mala praxis en la práctica de dichas intervenciones, como afirma la reclamante en su escrito.

De acuerdo con el informe de la Inspección Sanitaria, *"las intervenciones practicadas lo fueron conforme a la praxis médica debida. Es decir, las intervenciones se han realizado bien y correctamente, otra cosa es que el resultado de las mismas sobre la patología que se pretendía corregir, no*

*fueras del todo lo exitoso que se hubiera deseado. Es por ello que hay que decir que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, esto es: la obligación del médico es prestar la asistencia debida y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo”.*

**SEXTA.-** Se observa en el expediente y así lo manifiesta la reclamante en su escrito de alegaciones en el trámite de audiencia, la falta de los documentos de consentimiento informado firmados por la paciente correspondientes a las dos intervenciones realizadas en la Fundación A. Alegación que exige analizar si concurre, o no, la antijuridicidad del daño.

El daño no es antijurídico cuando el perjudicado tiene la obligación jurídica de soportarlo; y esta obligación concurre cuando existe la aceptación expresa del paciente o enfermo en el llamado consentimiento informado, por cuanto en los casos de actividad administrativa de prestación, como es la sanitaria, ésta se asume voluntariamente y se debe soportar su posible efecto adverso.

La necesidad de suministrar al paciente información completa de las actuaciones que se van a llevar a cabo en el ámbito de su salud, viene impuesta legalmente en el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Más adelante, el artículo 8.1 de la misma Ley dispone sobre el consentimiento informado que “*Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso*”, añadiendo el apartado 2 del mismo artículo que “*El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que*

*suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”.*

Del precepto legal transcrito, se desprende la necesidad de prestar consentimiento por escrito en los casos, entre otros, de intervenciones quirúrgicas, como la que nos ocupa.

En relación a la constancia escrita del consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2005 señala que «*La exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor “ad probationem” (SSTS 2 octubre 1997; 26 enero y 10 noviembre 1998; 2 noviembre 2000; 2 de julio 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS 2 de noviembre 2000; 10 de febrero de 2004), habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003, que “al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte”, como exige la Ley de 14 de noviembre de 2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que constituye el marco normativo actual; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previenen los números 5 y 6 del artículo 10 la Ley General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos...».*

Respecto de la prueba de la prestación del consentimiento informado en la forma debida, en aplicación de la doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria, recogida en el artículo 217.7 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, “*es a la Administración a quien correspondía demostrar que la paciente fue informada de los riesgos de la operación (hecho positivo) y no la paciente la que tenía que probar que la Administración no le facilitó esa información (hecho negativo)*” [SSTS Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 28 de junio de

1999 (recurso de casación número 3740/1995) y de 25 de abril de 2005 (recurso de casación número 4285/2001)].

En definitiva, la doctrina anterior, exige que sea la Administración Sanitaria “*quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, como corolario lógico de que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que integran, además, una de sus obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad a la intervención, como establece la jurisprudencia de esta Sala (SSTS 25 abril 1994; 16 octubre, 10 noviembre y 28 diciembre 1998; 19 abril 1999; 7 marzo 2000 y 12 enero 2001), y que hoy se resuelve a tenor de las reglas sobre facilidad probatoria contenida en el artículo 217.6 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge estos criterios jurisprudenciales*” (vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2005).

En el caso objeto del presente dictamen, según se constata por el Gerente de la Fundación A que manifiesta que “*no ha sido posible encontrar dichos documentos ya que la paciente proveniente del Hospital Clínico fue intervenida por Ruleq, sistema establecido por la Administración Sanitaria para acortar tiempos de espera quirúrgica entre hospitales, por lo que la paciente aportó su historia clínica original que, una vez terminada la cirugía, retiró para entregar en su hospital, por lo que la documentación quedó incluida en dicha historia*” y por el Servicio Jurídico del Hospital Clínico San Carlos: “*no obra en este hospital documento de consentimiento informado alguno en relación a las intervenciones reseñadas*”, no se encuentran las hojas de consentimiento informado correspondientes a las intervenciones realizadas en la Fundación

A ello impiden examinar si los daños alegados por la reclamante estaban, o no, contemplados como complicaciones típicas o riesgos de la intervención y sin que sea posible objetivar la cantidad y calidad de la información suministrada a la reclamante.

El citado escrito del Gerente de la Fundación A, de 17 de abril de 2009 se limita a señalar que “*por el Servicio de Traumatología ponen de manifiesto que consta en los informes de las intervenciones referencias de que a la paciente le fue suministrada la debida información previamente a la recepción del consentimiento para la cirugía*”. Sin embargo, esta afirmación está ayuna de todo prueba que acredite esta circunstancia. En la historia clínica remitida por la Fundación A no aparece ningún documento o informe que permita considerar probado que la reclamante fue informada de los riesgos y complicaciones de las dos primeras intervenciones. Sería menester observar, por parte de la Fundación A, una mayor diligencia en la conservación y custodia de estos documentos, aunque se trate de pacientes derivados de otro hospital.

Por tanto, atendiendo a las reglas de la carga de la prueba sobre la existencia de consentimiento informado que señalamos anteriormente, cabe concluir que la Administración no ha probado que proporcionó la información debida sobre la intervención de hallux valgus a que la reclamante iba a ser sometida.

Así pues, este Consejo considera procedente estimar la reclamación, sin perjuicio de que la actuación médica no es reprochable desde la perspectiva de la *lex artis*.

**SÉPTIMA.-** Sentado lo anterior, queda, al amparo del artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, valorar los daños morales para su cuantificación, lo que debe hacerse, por expresa indicación del artículo 141.3 LRJ-PAC, con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, tomando en

consideración que el reproche jurídico a la actuación sanitaria derivaría únicamente de la falta de probanza de la concurrencia del requisito del consentimiento informado, lo que permitiría modular los efectos indemnizatorios de la responsabilidad de la Administración.

La indemnización debe resarcir el daño moral derivado de la frustración del derecho a la autodeterminación, ocasionado ante la falta de conocimiento de la naturaleza de las intervenciones a practicar.

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

Ponderando las valoraciones predominantes en el mercado (artículo 141.2 LRJ-PAC) y teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en el caso, especialmente que los actos médicos no contravinieron las buenas prácticas médicas, no obstante la dificultad que la valoración de un daño moral entraña, que tiene un innegable componente subjetivo, este Consejo Consultivo valora el daño indemnizable en un total de seis mil euros (6.000 €), en el bien entendido que con dicha cantidad han de considerarse ya comprendidas las revalorizaciones y actualizaciones oportunas.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial en la cuantía de seis mil euros (6.000 euros) por la falta de consentimiento informado a las dos primeras intervenciones, sin perjuicio de que la actuación médica no es reprochable desde la perspectiva de la *lex artis*.

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, 14 de septiembre de 2011

