

Dictamen n^o: **638/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **16.11.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 16 de noviembre de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por A.R.R., sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por la deficiente asistencia sanitaria dispensada por el Hospital 12 de Octubre y el Hospital A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito dirigido al Servicio Madrileño de Salud, registrado el 28 de abril de 2006, se reclama responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por los daños y perjuicios ocasionados, al considerar que las secuelas que padece en cuanto a déficit de movilidad de rodilla, no estaban contempladas como *“riesgos que podía conllevar la operación quirúrgica”*, por lo que la interesada entiende que se ha producido una negligencia. Estima que el retraso en la realización de tratamiento rehabilitador, efectuado tres meses después de la intervención quirúrgica *“pudo empeorar mi recuperación”*. Además muestra su queja por la demora asistencial, las deficiencias en la organización y medios de los centros concertados.

Adjunta al escrito de reclamación copia de diversos documentos médicos, de escritos dirigidos al Defensor del Paciente de la Comunidad de Madrid y de las contestaciones a los mismos. No efectúa valoración económica de los daños.

Con posterioridad a la reclamación presenta escrito con fecha 14 de septiembre de 2006, en el que solicita en concepto de indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, la cantidad de 60.000 euros, *“haciendo al respecto de esta cuantificación las siguientes consideraciones aclaratorias por la cuantía reclamada y las circunstancias que han sido tenidas en cuenta:*

1.- Se han valorado los daños ocasionados teniendo en cuenta el resultado de la operación, y el grave padecimiento psíquico y físico sufrido.

2.- Se ha valorado la secuela producida como consecuencia de la operación que ha motivado la pérdida completa de flexión en la rodilla derecha (100%), lesión que ha devenido en permanente e irreversible.

3.- Se ha valorado la edad de la reclamante (74 años).

3.- Las consecuencias de dicha secuela se concretan de forma muy negativa en actos básicos y fundamentales de la vida diaria como por ejemplo, imposibilidad de subir y bajar escaleras, no poder vestirme sin ayuda, problemas de acceso tanto al transporte público como privado, graves perjuicios futuros como consecuencia del esfuerzo especial y constante sobre la pierna no intervenida.

4.- La situación económica de la reclamante que no obtiene ingresos de ninguna clase.

5.- Los daños morales producidos.

6.- *La necesidad de traslado temporal de domicilio, teniendo en cuenta que en mi domicilio habitual y residencia, un dúplex de dos plantas, está en una segunda planta sin ascensor lo que obliga a subir y bajar escaleras de forma permanente, por lo que me he visto obligada a trasladarme a una vivienda del entorno familiar adaptada para minusválidos.*

7.- *La necesidad de tener que recurrir a la contratación de una persona, teniendo en cuenta mi estado actual físico y la edad que tengo, para poder realizar las labores personales básicas diarias de asistencia, limpieza, compra de alimentación, etc.... con el alto coste económico que ello supondrá”.*

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

La reclamante, nacida en 1931, consulta en el servicio de traumatología del Hospital 12 de Octubre por gonartrosis bilateral, más dolorosa en la rodilla derecha (folio 50), el día 3 de mayo de 2004. Se decide realizar sustitución total de rodilla, procediendo a colocar prótesis total de rodilla derecha, por lo que se incluye a la paciente en lista de espera el mismo día de la consulta y firma el documento de consentimiento informado para realizar la intervención quirúrgica. Entre las posibles complicaciones que la sustitución articular de rodilla puede presentar figuran: infección del implante o la herida quirúrgica, fracturas en el hueso durante la intervención o más tardíamente, luxación de la prótesis o de alguno de sus componentes, aflojamiento o desgaste de los componentes de la prótesis, lesiones vásculo-nerviosas, rigidez de la rodilla, e inestabilidad, entre las más importantes (folios 56 y 57).

El 7 de junio de 2004, la interesada rechaza ser intervenida en un centro concertado en fecha 4 de febrero de 2005, por lo que se le comunica que se

encuentra en *“situación de espera voluntaria a la espera de ser intervenida en su hospital de origen”* (folio 18).

Finalmente, la paciente acepta ser derivada al Hospital A para la intervención quirúrgica, realizándose artroplastia total de rodilla con prótesis de Insall-LPS, bajo anestesia epidural, el 7 de marzo de 2005. Constan en el expediente los documentos de consentimiento informado suscritos por la reclamante para anestesiología (folios 90 y 91) y prótesis articular de rodilla (folios 96 a 99). Entre las posibles complicaciones de la intervención quirúrgica para una prótesis articular de rodilla, se contemplan: infección del implante que obligaría a la extracción de los componentes si el tratamiento antibiótico fracasa, aflojamiento de la prótesis o desgaste de los componentes que implicaría la necesidad de recambio, con peores resultados que la implantación inicial; osificaciones periprotésicas dolorosas o anquilosantes; rigidez articular y parálisis, cojera y acortamiento del miembro.

Permanece en UCI hasta el 9 de marzo, que es trasladada a planta. El posoperatorio transcurre sin incidencias. El 11 de marzo pasea por la planta y el día 12 es dada de alta por mejoría clínica. Al alta se indica que deberá acudir a su médico de cabecera o traumatólogo de zona para iniciar el tratamiento rehabilitador. Se cita para revisión el 16 de mayo de 2005 (folios 75, 85 y 89).

El 4 de abril de 2005 acude por cuenta propia a consultas externas de traumatología del Hospital 12 de Octubre solicitando rehabilitación. Ese mismo día se envía parte de interconsulta a dicho servicio. En escrito del Servicio de Atención al Paciente del Hospital 12 de Octubre, de 7 de junio de 2005, dirigido a la interesada consta que comenzó tratamiento rehabilitador el 24 de mayo de 2005 a las 8:30 horas en la sala de fisioterapia (folio 39).

El control radiológico realizado en el servicio de traumatología del Hospital 12 de Octubre, el 9 de junio de 2005 es correcto y se recomienda continuar con la rehabilitación.

El 19 de septiembre de 2005 presenta rigidez en la rodilla intervenida con un balance articular de 0° de extensión/55° de flexión; el facultativo comenta a la paciente que probablemente no mejore con la rehabilitación, pero que la artroplastia de revisión para recambiar la prótesis obtiene un peor resultado que la primaria, y no se le puede garantizar una mejora en el balance articular. Se recomienda diferir la intervención hasta que existan claros criterios que lo indiquen. Se solicita control radiológico para la siguiente revisión.

El 10 de febrero de 2006 el balance articular sigue igual y la radiografía no presenta cambios. El 11 de mayo de 2006, catorce meses después de la intervención la paciente presenta mayor dolor, cojera e impotencia funcional que antes de la artroplastia, balance articular: -10° de extensión/50° de flexión. La radiografía no presenta cambios significativos, por lo que se piden pruebas complementarias para descartar una posible infección de la prótesis. Se realiza gammagrafía ósea y el 4 de julio se valoran los resultados, no presentando captación positiva en la exploración con galio, el hemograma es normal, la velocidad de sedimentación globular es de 17 y la proteína C reactiva 0.30, por lo que se descarta la infección. La paciente refiere tener poco dolor, lo que más le limita es la rigidez. Se piden nuevos análisis para la próxima revisión a realizar en octubre de 2006 (folios 67 a 69).

TERCERO.- Ante la reclamación se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. En fase de instrucción se han recabado los informes médicos que conforman la historia clínica de la reclamante, en la que figura la documentación relativa al Hospital A (folios 70 a 99) y al Hospital 12 de Octubre. El informe del Médico Adjunto de

Traumatología del Hospital 12 de Octubre de 10 de octubre de 2006 concluye *“En mi opinión no existen actualmente claros criterios de indicación de recambio de la PTR dcha. primaria por otra de revisión, porque no se puede garantizar una mejoría del arco de movilidad y porque los resultados de la intervención de recambio son a menudo peores que los de la primaria (ver documento de consentimiento informado de la historia clínica)”* (folios 68 y 69).

Por el Hospital A se emite informe, el 29 de mayo de 2007, indicando que el médico que, según la reclamante, realizó la intervención quirúrgica ya no interviene en dicho hospital.

Asimismo, se incorpora Informe del Jefe de Servicio de Rehabilitación del Hospital 12 de Octubre, de 6 de septiembre de 2007, en el que se indica que no hay ningún protocolo especial para realizar rehabilitación tras intervenciones llevadas a cabo en centros concertados, sino que, como cualquier otro paciente son citados para consulta con el volante de solicitud y una vez valorados y pautado el tratamiento y su criterio de preferencia pasan a lista de espera, avisándoles para comenzar el tratamiento, según la disponibilidad del servicio.

El Informe de la Inspección Sanitaria, de 23 de noviembre de 2006 (folios 107 a 109), considera:

“Se trata de una paciente de 74 años que padece artrosis de rodilla bilateral más dolorosa en la rodilla derecha. Se le realiza sustitución articular de la rodilla derecha y actualmente presenta una limitación de la flexión articular de entre $-10^{\circ}/50^{\circ}$. No se aprecia ningún signo de infección.

El recambio articular de la rodilla está indicado fundamentalmente para eliminar el dolor e intentar mejorar la incapacidad causada por la gran destrucción articular.

Actualmente la paciente presenta un cuadro de rigidez en la rodilla intervenida no solucionable mediante la rehabilitación. No hay signos de infección y la rigidez actual a juicio de los facultativos, no justifica un nuevo recambio articular por el pronóstico incierto de una nueva cirugía.

La paciente sigue bajo control médico de los traumatólogos quienes le propondrán el tratamiento adecuado en función de la evolución de la paciente.

5.- CONCLUSIONES.

No apreciamos mala práctica, error médico, ni falta alguna en los facultativos que atendieron a la paciente en la Clínica A ni en el Hospital “12 de Octubre”. La rigidez que tiene la paciente en la rodilla operada no guarda relación con el tiempo transcurrido entre la intervención quirúrgica y el inicio de la rehabilitación”.

El documento denominado “análisis médico pericial” de la correduría de seguros, sin fechar ni firmar, muestra su conformidad con el informe de la Inspección, “ya que entendemos que el proceso evolutivo de la paciente no se vio afectado por el retraso en la rehabilitación, siendo la rigidez articular una posible complicación de este tipo de cirugía, tal y como viene detallado en el consentimiento informado que la paciente firma” (folios 136 y 137).

Por escrito de 31 de octubre de 2008 se requiere a la reclamante para evacuar el trámite de audiencia, quien formula alegaciones con fecha 15 de enero de 2009, en las que se ratifica en lo manifestado en sus escritos anteriores y adjunta copia de una información sobre evolución después de la intervención de la prótesis total de la rodilla (artroplastia total de la rodilla) extraída de una página web (folios 131 a 135).

El 14 de junio de 2011 se formula por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria propuesta de resolución desestimatoria, sin firmar, que es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos de la Consejería de Sanidad.

CUARTO.- En este estado del procedimiento y mediante Orden del Consejero de Sanidad, de 1 de septiembre de 2011, registrado de entrada el día 5 del mismo mes, se formula consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 16 de noviembre de 2011.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, en formato cd, se consideró suficiente y de la que se ha dejado constancia en los anteriores antecedentes de hecho.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC), por ser la cuantía de la indemnización superior a quince mil euros, y se efectúa por el Consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

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.

Asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el Servicio Madrileño de Salud, en la medida en que está integrado en él el Hospital 12 de Octubre y por haberse realizado la asistencia sanitaria dispensada por el Hospital A en virtud de concierto sanitario.

Al respecto es preciso traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo que tiene establecido que la deficiente prestación sanitaria realizada por una entidad que mantiene un concierto de asistencia sanitaria con la Administración sanitaria pública, al tratarse de una asistencia sanitaria prestada con base en el mismo, no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad de la Administración (Sentencias de 23 de abril de 2008, recurso 2911/2003, y de 24 de mayo de 2007, recurso 7767/2003).

Por lo que al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad se refiere, el derecho a reclamar prescribe al año desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o manifestarse su efecto lesivo. Tratándose de daños físicos o psicológicos el plazo comienza a computarse

desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (artículo 142.5 LRJ-PAC). En el presente caso, la reclamante inició rehabilitación el 24 de mayo de 2005, permaneciendo, a fecha 19 de septiembre de 2005 con rigidez de la rodilla de 0º de extensión y 55º de flexión, por lo que se encuentra en plazo la reclamación presentada el 25 de abril de 2006.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha procedido a la práctica de la prueba precisa, se ha recabado informe de los Servicios cuyo funcionamiento supuestamente han 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.

En relación al trámite de audiencia no consta que se haya concedido formalmente trámite de audiencia al centro sanitario concertado Hospital A. Sin embargo, ello no constituye irregularidad invalidante del procedimiento, ni le genera indefensión, por cuanto que la reclamación se remitió a dicho centro para que aportara la historia clínica de la reclamante y el informe del servicio interviniente, por lo que ha tenido la oportunidad de personarse en el procedimiento y efectuar cuantas alegaciones estime por convenientes.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a

reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y el 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.

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).

QUINTA.- Acreditada la realidad del daño, mediante los informes médicos obrantes en el expediente, daño que es evaluable económicamente e individualizado en la persona de la reclamante, la cuestión se centra en dilucidar si dicho daño es imputable a la acción u omisión de los servicios públicos sanitarios en una relación de causa a efecto, y si el daño reviste el carácter de antijurídico.

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”.

Considera la reclamante que ha habido una deficiente asistencia sanitaria, tanto por parte del Hospital A, donde se le realizó la intervención quirúrgica, como por el Hospital 12 de Octubre, donde se le prescribió la rehabilitación, todo lo cual le ha provocado, a su juicio, un déficit de movilidad en la rodilla. Entiende que durante su estancia en el primero de los hospitales citados, en el postoperatorio inmediato debía haberse empleado medios mecánicos rehabilitadores para recuperar la movilidad, lo que no sucedió. Al segundo de los centros hospitalarios reprocha el retraso en la realización de la rehabilitación, lo que impidió su recuperación. Además, alega que no fue debidamente informada de los riesgos y complicaciones que podía conllevar la intervención quirúrgica, por cuanto que la falta de flexión de la prótesis no estaba incluida entre los riesgos previstos.

De acuerdo con el Informe de la Inspección Médica la actuación sanitaria dispensada a la interesada no se considera incorrecta. Esta adecuación a la *lex artis* que de los informes obrantes en el expediente se infiere no ha sido contradicha por la reclamante con medios probatorios, que no aporta, ni propone ninguna prueba de la vulneración de las buenas prácticas médicas por la actuación sanitaria de la que pudieran derivarse resultados indemnizatorios para la Administración. Tan sólo adjunta, en trámite de alegaciones, unas hojas obtenidas de una página web de peritajes sobre la “evolución después de la intervención quirúrgica de la prótesis total de rodilla” en el que, en once breves puntos se indica cuál es la evolución previsible tras una intervención de este tipo, con referencias tales como que la estancia en la clínica será de ocho a diez días, que el tercer día de coloca un aparato que moviliza la rodilla, que ese mismo día el paciente puede sentarse en un sillón, el cuarto día comienza a andar por la

habitación, el quinto por los pasillos de la clínica y el octavo es dado de alta.

El dudoso carácter científico de la información contenida en el documento aportado por la reclamante impide tomarlo en consideración como elemento probatorio de la vulneración de las buenas prácticas médicas. A ello se añade que buena parte de las consideraciones que se incluyen en el documento concurren en el caso que nos ocupa. En efecto, un análisis de la historia clínica de la reclamante durante su estancia en el Hospital A evidencia que al tercer día de ser intervenida quirúrgicamente pasó al sillón y el quinto día ya paseaba por los pasillos de la planta.

Después de la intervención quirúrgica de la rodilla acudió a la consulta de traumatología del Hospital 12 de Octubre el 3 de mayo de 2005, donde se le remitió de forma preferente a consulta de rehabilitación, comenzando la misma el 24 de mayo. Sobre este punto, tampoco ha quedado acreditado, a pesar de la alegación de la reclamante, que se haya producido un retraso en la realización de la rehabilitación que haya conllevado un perjuicio para la reclamante. En este sentido la Inspección Sanitaria señala que *“la rigidez que tiene la paciente en la rodilla operada no guarda relación con el tiempo transcurrido entre la intervención quirúrgica y el inicio de la rehabilitación”*.

Más bien, de los informes existentes en el expediente se infiere que el déficit de movilidad y la rigidez de rodilla que presenta la interesada se deben a que se ha materializado una de las complicaciones posibles de la intervención quirúrgica.

SEXTA.- 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. STS de 29 de septiembre de 2005).

En el expediente a dictaminar se han incorporado tres documentos de consentimiento informado, firmados por la paciente en el que figuran una

serie de riesgos posibles de la intervención y entre ellos el que se materializó. Así, en el documento de consentimiento informado del Hospital 12 de Octubre, firmado el 3 de mayo de 2004, consta como complicación posible “*rigidez de la rodilla*”. Asimismo, en los otros dos documentos, del Hospital A, firmados ambos el mismo día de la intervención, figura entre las complicaciones posibles “*disminución de la movilidad articular*” en uno, y en el otro “*rigidez articular*”.

De esta forma la paciente quedaba informada, a pesar de sus alegaciones en contrario, de que, como consecuencia de la realización de la artroplastia de rodilla se podía producir la rigidez de la rodilla, como realmente sucedió, incluso en el supuesto de que la actuación médica fuera irreprochable desde la perspectiva de la *lex artis*.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial, por no concurrir los requisitos necesarios para ello.

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, 16 de noviembre de 2011