

Dictamen nº: **707/11**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **07.12.11**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 7 de diciembre 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 L.S.M. y fundada en las secuelas sufridas tras una intervención de cifoescoliosis rotatoria por posible Mal de Pott en el Hospital del Niño Jesús.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por el Consejero de Sanidad, mediante escrito de 3 de octubre de 2011, con registro de entrada en este Órgano el día 10 del mismo mes, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario y corresponde su estudio, en virtud de reparto de asuntos, a la Sección IX, presidida por la Excmo. Sra. Dña. Engracia Hidalgo Tena, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 7 de diciembre de 2011.

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

**SEGUNDO.-** Mediante escrito presentado el 2 de junio de 2010 en la oficina de registro de la Consejería de Sanidad, el interesado anteriormente citado, que afirma haber nacido el 5 de abril de 1993 y, por tanto, de 17 años de edad, formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos en la asistencia sanitaria prestada en la intervención de cifoescoliosis rotatoria por posible Mal de Pott, realizada el 19 de mayo de 2009. Según refiere el reclamante, durante la intervención se apreció una alteración brusca de los potenciales que no se recuperó y que precisó una segunda intervención realizada el día 7 de julio de 2009 en la que se le realizaron nuevas osteotomías. Como consecuencia de las intervenciones realizadas, el reclamante quedó parapléjico, alegando como secuelas un síndrome de lesión medular T7 Asia AA, dolor neuropático infralesional, vejiga e intestinos neurógenos y disfunción eréctil y eyacularia neurógenas, encontrándose al tiempo de la reclamación en el Hospital Nacional de Parapléjicos de Toledo. L.S.M. fundamenta su reclamación en que *“teniendo 16 años en el momento de las intervenciones e incluso pensando en el Hospital que tenía, no fui informado de los riesgos de la operación ni firmé consentimiento según la Ley Reguladora de la Autonomía del Paciente siendo mi madre la que firmó el formulario”*(folios 1 a 4 del expediente administrativo).

El reclamante no cuantifica inicialmente el importe de su reclamación (folios 1 a 4 del expediente administrativo).

Con fecha 16 de junio de 2010 se requiere al reclamante para que acredite las presuntas lesiones y secuelas producidas y su relación con el funcionamiento del servicio público; que concrete si al centro sanitario al que se dirige es el Hospital del Niño Jesús o el Hospital Nacional de Parapléjicos de Toledo, que aporte toda la documentación clínica que obre en su poder y cuantifique el importe de su reclamación (folios 5 a 7).

El día 25 de junio de 2010 tiene entrada en el Servicio de Responsabilidad Patrimonial del Servicio Madrileño de Salud fax remitido por el reclamante en el que manifiesta que su reclamación se dirige por la asistencia dispensada en el Hospital del Niño Jesús y, en concreto, por no haberle sido requerido el consentimiento a pesar de tener dieciséis años cumplidos en la fecha de las intervenciones realizadas. El interesado acompaña con su escrito diversos informes médicos del Hospital del Niño Jesús y del Hospital Nacional de Parapléjicos de Toledo (folios 9 a 19).

**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:

El reclamante, de 16 años de edad, según el informe de 11 de marzo de 2008, con antecedentes personales de proceso infeccioso por probable Mal de Pott, asintomático desde el punto de vista respiratorio hasta los dos años de edad, en que comienza con episodio de dificultad respiratoria de comienzo brusco con ruidos de hervor de pecho, de incremento progresivo, precisando ingreso en su país de origen. Aproximadamente a los tres meses de estancia hospitalaria y persistiendo los síntomas sin mejoría presenta alteración del estado de conciencia, sin respuesta verbal, ni motora a estímulos externos, manteniéndose en ese estado durante aproximadamente cinco meses. Recupera espontáneamente la conciencia, permaneciendo ingresado por un período de tres años, en los que se mantuvo con dificultad respiratoria que mejoraba en ocasiones sin remitir del todo y con fiebre recurrente. Durante este tiempo comienza a presentar ensanchamiento de tórax anterior, que luego se acompaña de giba dorsal, impidiendo la bipedestación y la marcha, movilizándose a gatas hasta aproximadamente los 12 años de edad, en que paulatinamente recupera la marcha. Desde entonces camina, aunque refiriendo dolor dorsal y con tolerancia parcial al ejercicio moderado intenso que le provoca disnea.

De la historia clínica remitida resulta que el paciente fue visto en marzo de 2008 por el Servicio de Neumología pediátrica y por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología.

El día 19 de mayo de 2009 ingresa para ser atendido en el Hospital Universitario Infantil Niño Jesús. Consta en el expediente (folio 73) documento de ingreso firmado por la madre del reclamante el día 19 de mayo de 2009 en el que manifiesta que ingresa a su hijo “*voluntariamente en este Hospital y autoriza a los médicos encargados de su cuidado, a efectuar toda clase de exámenes terapéuticos, anestesias, transfusiones, intervenciones, etc., que consideren necesarias o aconsejables para su diagnóstico y tratamiento*”. Asimismo, la madre del reclamante consentía la utilización de la Historia clínica del paciente con fines docentes y de investigación, “*siempre que se guarden los requisitos de intimidad y confidencialidad exigibles*”.

En la exploración física realizada el 26 de marzo de 2008, se observó cifosis rígida angular tórax corto debido a su deformidad, hipotrofia de las extremidades inferiores con clonus aquileo y rotuliano bilateral, inagotable en el lado izquierdo e hiperexcitabilidad de ambos reflejos con aumento del área reflexógena, acordándose la necesidad de intervención quirúrgica.

Visto por el Servicio de Neumología Pediátrica el día 14 de abril de 2008 se hace constar que “*está pendiente de cirugía por el Servicio de Traumatología*”.

El 19 de mayo de 2009, se realizó un estudio preoperatorio en el Servicio de Cardiología y Neumología. Igualmente se efectuó una resonancia magnética y un EMG en el que se apreciaba una afectación medular crónica. En las radiografías realizadas se observa una gran cifosis e, incluso, alguna vértebra totalmente rotada que en una visión

anteroposterior de columna se ve el agujero de conjunción rotación de más de 90º.

En las anotaciones realizadas el día 20 de mayo por el Dr. Q., médico que atendió al paciente quien hizo constar: “*la familia conoce riesgos*” y enumera, entre otros riesgos y complicaciones, “*muerte y paraplejia*”. Todas estas anotaciones están firmadas al margen por el citado médico.

Al día siguiente, 21 de mayo, se procedió a la intervención consistente en osteotomía a múltiples niveles en el apex de la cifosis. El paciente fue monitorizado neurofisiológicamente durante la intervención objetivándose en el postoperatorio una abolición de las respuestas medulares que no se recuperan. “*Se pierden potenciales al tercer-cuarto nivel de osteotomía*”. Se colocó tracción progresiva hasta alcanzar los 7 kgs. que se mantiene hasta la fecha de la siguiente cirugía. Durante este tiempo el paciente continúa con colchón antiescaras y tratamiento rehabilitador. Se pautaron laxantes y cambios posturales, permaneciendo el paciente la mayor parte del tiempo en silla de ruedas y halo-tracción.

El 7 de julio de 2009 se realizó una segunda intervención consistente en osteotomías para movilizar los elementos próximos al área de cifosis para mantener una buena reducción de la deformidad. Se coloca injerto de cuerpos vertebrales resecados. Instrumentación Expedium Titanio Adultos con 6 tornillos proximales y 6 distales, barra doble en el lado derecho y barra única en el lado izquierdo. No objetivándose mejoría neurológica en ambas cirugías. Dada la patología del paciente, se le deriva al Hospital Nacional de Parapléjicos de Toledo. El paciente fue dado de alta en el Hospital Niño Jesús el día 28 de julio de 2009.

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

1. Historia clínica del paciente en el Hospital del Niño Jesús (folios 23 a 52).
2. Informe pericial emitido a instancia del interesado con fecha 27 de junio de 2010 en el que, a la vista del informe del Hospital Nacional de Parapléjicos de Toledo, barema los daños personales sufridos por el reclamante en 92 puntos.
3. Informe del Servicio de Ortopedia y Traumatología Infantil de 13 de julio de 2010 que señala: *“El 21-5-09 fue intervenido quirúrgicamente mediante osteotomías de sustracción del ápex de la cifosis, continuando durante el postoperatorio con un halo craneal. Durante este proceso existe una pérdida de potenciales tanto sensitivos como motores. El 7-7-09 se realiza intervención quirúrgica consistente en artrodesis posterior con instrumentación, no habiéndose objetivado mejoría neurológica entre ambas cirugías. Dada la patología del paciente, se deriva al Hospital de Parapléjicos de Toledo, donde le están realizando la terapia habitual para este tipo de pacientes. Desde nuestro punto de vista, se objetiva una buena artrodesis a nivel de la cirugía así como reducción importante de la cifosis. En su último control del 8-7-10, no se objetivan cambios neurológicos, permaneciendo el paciente ausente de dolor y pendiente de continuación de revisión en el Hospital de Parapléjicos de Toledo”*(folios 58 y 59).

Informe de la Inspección, de 24 de septiembre de 2010, en el que se concluye que *“1º.- El paciente de 18 años estando, al parecer, en situación irregular en España acude a través de personas conocidas que le facilitan que sea atendido por el servicio de traumatología del Hospital infantil del Niño Jesús. 2º.- El paciente tenía una gran cifoescoliosis rotatoria secundaria a tuberculosis infantil (mal de pott) que le afectó desde los 2 años obligándole a gatear hasta los 12 años y produciéndole problemas respiratorios; 3º.- La intervención estaba plenamente*

*justificada que dejada a su curso natural le hubiera llevado con mucha probabilidad a una paraplejia como ocurrió en la intervención; 4º.- La lesión medular que se produjo en la intervención es un riesgo posible máxime con el grado de aliteración previa que tenía el paciente y su aparición es una complicación posible de la intervención, no una mala praxis; La información previa es imprescindible en esta intervención y parece que la información se dio aunque no figure documento que lo acredite; 6º.- Que la madre firme el consentimiento de ingreso de un paciente en un hospital infantil es lo habitual, lo que no es habitual es que un hospital-infantil, reciba a un paciente nuevo de 18 años (solo ven a los ya vistos con anterioridad) en este caso se le atendió por razones humanitarias; 7º.- La no existencia de informe de consentimiento informado de la intervención quirúrgica, es una actuación de mala praxis pero la información real parece que sí se dio como hemos acreditado en este informe, por lo que se trataría a nuestro juicio de una deficiencia administrativa la falta del documento que no se sabe si se firmó por la madre y no se encuentra (como se dice en la reclamación) o no se firmó, pero la información parece que sí se dio; 8º.- El hospital ha seguido viendo al paciente tras su visita al hospital de parapléjicos siendo la última visita en junio de 2010; Concluimos diciendo que se trató de una intervención plenamente indicada, y que ocurrió un riesgo posible, que parece que se dio la información aunque no figure el documento de consentimiento informado” (folios 61 a 70).*

4. Escrito del interesando notificando su cambio de domicilio, a efectos de notificaciones, y aportando copia de su pasaporte (folios 78 a 80).

5. Notificación del trámite de audiencia al reclamante, efectuada el 13 de julio de 2011 (folios 92 a 94). No consta que el reclamante haya efectuado alegaciones.

6. Propuesta de resolución de 5 de septiembre de 2011 de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria que desestima la reclamación formulada al considerar que la asistencia dispensada al paciente fue correcta y adecuada a la “*lex artis*”, siendo la intervención realizada necesaria e indicada para su salud según la buena práctica médica e informándose previamente de las ventajas e inconvenientes de dicho proceso (folios 95 a 98). La propuesta de resolución es informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad (folio 100).

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: 1º. 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, no habiéndose cuantificado su importe, resulta preceptivo el dictamen de este Consejo Consultivo.

**SEGUNDA.-** El procedimiento de responsabilidad patrimonial, que se inició a instancia de interesado 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.

El reclamante, como persona que ha sufrido los daños por los que reclama estaría legitimado para promover el procedimiento, al amparo del artículo 139 de LRJ-PAC, independientemente de que sea o no procedente la indemnización pedida, de acuerdo con los artículos 31 y 139 de la citada ley.

L.S.M. afirma en su escrito de solicitud de responsabilidad patrimonial, firmada el 2 de junio de 2010 que nació el día 5 de abril de 1993, por lo que tendría, a la fecha de presentación de su reclamación, 17 años de edad.

De acuerdo con el artículo 30 LRJ-PAC “*tendrán capacidad de obrar ante las Administraciones Pùblicas, además de las personas que la ostenten con arreglo a las normas civiles, los menores de edad para el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico-administrativo sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Se exceptúa el supuesto de los menores incapacitados, cuando la extensión de la incapacidad afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate*”.

Por consiguiente para actuar ante la Administración, no para ser titular de derechos y obligaciones (capacidad jurídica), es preciso tener la capacidad de obrar necesaria de conformidad con lo previsto por las normas civiles, a salvo que la norma administrativa diga lo contrario (principio de especialidad).

Cabe advertir que el principio de especialidad recogido en el art. 30 LRJ-PAC debe tener una concreción normativa para su operatividad, lo que no sucede, todo hay que apuntarlo, en demasiadas normas

administrativas. Cabe citar por ejemplo, en el educativo, en el que se atribuyen derecho a los alumnos -igual que a padres o tutores- para reclamar contra decisiones y calificaciones (art. 13 del Real Decreto 732/1995, de 5 de mayo).

En materia de sanidad, hay que tener en cuenta la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, cuyo artículo 9.3 establece que el consentimiento se otorgará por el menor si tuviere dieciséis años cumplidos o en catorce, si fuese emancipado.

De lo anteriormente expuesto resulta que el reclamante, menor de edad, pero mayor de dieciséis años, tiene capacidad de obrar para formular la presente reclamación de responsabilidad patrimonial fundamentada en su falta de prestación del consentimiento informado a la intervención.

En cuanto al plazo para la interposición de la reclamación, es de un año, contado desde que ocurrió el hecho o el acto que motiva la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). En el presente caso, el paciente fue dado de alta, tras la segunda intervención quirúrgica el día 28 de julio de 2009 y derivado al Hospital Nacional de Parapléjicos de Toledo. Por tanto, la reclamación presentada el día 2 de junio de 2010 debe considerarse presentada en plazo.

**TERCERA.-** Al procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación, regulado en las normas antes referidas, se encuentran sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, en virtud de la Disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, según redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y la disposición adicional primera del precitado Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedural y, así, se ha practicado la prueba precisa mediante informe del servicio interviniente, se han recabado los demás informes y pruebas que se consideraron necesarios y se ha puesto el expediente de manifiesto para alegaciones, en cumplimiento de los artículos 9, 10 y 11 del R.D. 429/1993, 82 y 84 de la Ley 30/1992, por lo que no existe en absoluto indefensión.

**CUARTA.-** 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 sufra 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 concernida por la reclamación.

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.

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 únicamente 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 pretender que se garantice en todo caso la curación del enfermo.

Establecen 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 supuesto que nos ocupa, resulta acreditado en el expediente la realidad de los daños sufridos por el reclamante consistentes en lesión medular ASIA A completa, con nivel medular T7 y vejiga neurógena, como resulta del informe solicitud de derivación a ASPAYM del Servicio de Rehabilitación del Hospital Niño Jesús el 5 de marzo de 2010. En cuanto a los demás daños alegados, intestino neurógeno y disfunción eréctil y eyacularia neurógenas, si bien el paciente fue diagnosticado a su ingreso en el Hospital Nacional de Parapléjicos de Toledo de estas dolencias, hay que estar al último informe realizado por el Servicio de Urología del Hospital Niño Jesús, de 10 de febrero de 2010 en el que se hace constar que el paciente utiliza silla de ruedas

permanentemente y “se mantiene seco con sondaje intermitente c/6 horas, con pérdidas ocasionales, fundamentalmente nocturnas. Buena continencia fecal”. Aporta informe de CUMS y urodinamia y se emite el juicio diagnóstico de vejiga neurógena de bajo riesgo.

Acreditada la realidad de los daños, conviene analizar si los mismos son imputables a la Administración por una mala praxis o vulneración de la *lex artis*. En este sentido del informe de la inspección resulta probada la existencia de relación de causalidad, toda vez que se reconoce por los médicos que le atendieron que durante la intervención se produjo “una pérdida de potenciales, tanto sensitivos como motores”. Asimismo, el informe de la Inspección, tras afirmar que la intervención estaba plenamente justificada, “pues dejada a su curso natural le hubiera llevado con mucha probabilidad a una paraplejia”, considera que “la lesión medular que se produjo en la intervención es un riesgo posible, máxime con el grado de alteración previa que tenía el paciente y su aparición es una complicación posible de la intervención, no una mala praxis”.

Por tanto, del expediente resulta acreditado que en el caso analizado la “*lex artis*” ha sido respetada, pues la lesión medular que padece el reclamante debe calificarse como un riesgo inherente a la intervención de artrodesis vertebral que le fue practicada, de acuerdo con el estado del saber en el momento de los hechos. Por esta razón, la lesión sufrida por el reclamante en la intervención no puede calificarse de daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, recogida en el artículo 141.1 LRJ-PAC, según el cual, “no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos”.

En consecuencia, en el presente caso, la intervención de artrodesis vertebral y sucesivas actuaciones médicas recibidas por el reclamante

fueron ajustadas a la “*lex artis*” e inevitables de acuerdo con el estado del saber y, por tanto, no concurriría la antijuridicidad del daño, requisito necesario para el reconocimiento de la existencia de responsabilidad patrimonial.

**SEXTA.**-Procede analizar a continuación si, constituyendo la paraplejia un riesgo de la intervención, el reclamante había sido informado de los mismos y si estaban previstos en el consentimiento informado.

En el expediente remitido no aparece el documento de consentimiento informado de la artrodesis vertebral realizada, ni siquiera el firmado por su madre, como alega el interesado en su reclamación, pero sí resulta acreditado que había sido informado.

Sobre la constancia escrita del consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de octubre de 2009 (recurso de casación 1784/2005) 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 (RJ 1997, 7405); 26 enero (RJ 1998, 123) y 10 noviembre 1998 (RJ 1998, 8819); 2 noviembre 2000; 2 de julio 2002 (RJ 2002, 5514); 29 de julio de 2008 (RJ 2008, 4638)], garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, especialmente en aquellos tratamientos continuados en los que se va produciendo poco a poco dentro de la normal relación existente con el médico, a través de la cual se le pone en antecedentes sobre las características de la intervención a la que va a ser sometido así como de los riesgos que la misma conlleva; habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3916), que debe al menos “quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte”, como exige la Ley de 24 de noviembre de 2002 (RCL 2002, 2650); doctrina, por tanto, que*

*no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previene la Ley General de Sanidad para cualquier intervención, y que exige como corolario lógico invertir la carga de la prueba para que sea el médico quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras este se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios».*

El Tribunal Supremo recuerda en su sentencia de 21 de julio de 2008 (recurso de casación nº 400/2007), «que cabe admitir la información no sólo de forma documental sino también de forma oral, pero que corresponde a la demandada la carga de demostrar que el paciente fue informado de los riesgos de la actuación médica a la que fue sometido (hecho positivo) y no el paciente el que tenía que probar que la Administración no le facilitó esa información (hecho negativo). Ciento es que la forma escrita requerida, antes por la LGS, y ahora por el artículo 10 de la ley 41/2002, se impone “ad probationem” y no “ad solemnitatem”, pero sí es verdad que constituye un elemento de prueba de especial relevancia, que en este caso dado el tiempo transcurrido y la complicación que acabó provocando el fallecimiento del paciente, hubiese sido de especial consideración...».

Basado en lo anterior, la propuesta de resolución desestima la reclamación al considerar que resulta acreditado que el paciente fue informado de forma adecuada y suficiente de los riesgos, como corrobora el informe de la Inspección, en el que se recogen las actuaciones realizadas por la médica inspectora, entre otras, entrevista con los médicos del Servicio de Traumatología que operaron al paciente. El informe dice así: «Con fecha 16 de septiembre de 2010 y tras haber hablado con los médicos del servicio giro visita al Hospital Niño Jesús donde me entrevistó con el Dr. Q. y el Dr. C. del servicio de traumatología que fueron los que

*operaron al paciente y vemos la historia clínica, me dicen se trata de un niño de Angola que fue llevado al hospital por una telefonista del hospital. Hablo con esa telefonista llamada T.M.A. que trabaja en el hospital desde 1973, me dice que tiene una hermana monja en Angola en el mismo convento donde está una tía del paciente y es por ello por lo que le encargaron que hiciera gestiones para que le pudieran operar. La madre del niño que vino a España a través de una ONG, para que le vieran una lesión de ovario ya resuelta parece que se ha quedado en España en una situación que cree no legal. Me comenta T.M.A. que en la visita previa a la intervención acompañó a la madre y al hijo y presenció como el Dr. C. le dijo personalmente de forma clara al paciente que se podría quedar por la intervención en una silla de ruedas, comprobó tras esta información que el muchacho se había quedado triste y estuvieron hablando sobre ello. En esa visita veo la voluminosa historia clínica (con más documentos de los aportados en la historia informatizada) donde no encuentro el documento de consentimiento informado de la intervención, me informan los médicos que tras esa visita y cuando ya está prevista la intervención, que en este caso fue dos meses después es cuando se da a firmar el consentimiento informado y creen que fue el residente el que dio a firmar el documento pero no saben que residente pues por allí rotan residentes de otros Hospitales". En base a esta actuación, el médico inspector considera probado que se suministró suficiente información al paciente. La propuesta de resolución acoge esta tesis y considera que, aunque no conste en el expediente el consentimiento informado, el paciente fue informado de las posibles complicaciones y en concreto, de la sufrida en la intervención.*

Como se ha expuesto, la falta de constancia escrita del consentimiento informado invierte la carga de la prueba, pues exige que sea el médico –en nuestro caso, 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".* Pero el hecho de que la falta de constancia escrita altere la carga de la prueba, no quiere decir, en modo alguno, que la información exigida legalmente no se haya facilitado y, por tanto, la Administración debe responder, sino simplemente que es la Administración la que tiene que probar tal extremo.

En este sentido como declara la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de diciembre de 2008 (recurso contencioso-administrativo nº 220/2007), *"la omisión de la forma escrita preceptiva no supone, per se, el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En efecto, para que esta nazca se requiere un resultado dañoso, real y efectivo ligado todo a la lesión de un bien jurídico. El instituto del consentimiento informado se basa en la dignidad y el respeto a la autonomía del paciente pues tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada entre las opciones clínicas disponibles (artículo 2.1 y 3). La consecuencia de lo dicho es que si, realmente, ha habido diálogo, información y consentimiento, al margen de la quiebra de la exigencia de forma escrita, lo cierto es que no se habrán dañado esos bienes que tutela la Ley 41/2002, luego desde la lógica del instituto de la responsabilidad patrimonial, no habría daño real y efectivo, pese al funcionamiento anormal del servicio público"*.

En el presente caso, al no figurar en el expediente el documento de consentimiento informado a la intervención, será necesario que resulte acreditado en el expediente que, el menor y su madre fueron informados debidamente de los riesgos de la intervención.

Pues bien, de la historia clínica remitida resulta probado que el menor fue visto, por primera vez, en el Hospital del Niño Jesús el día 6 de marzo de 2008 por el Dr. C., quien solicitó determinados análisis de sangre y remitió al menor a la consulta de Neumología, donde fue atendido el 11 de marzo de 2008. El 14 de abril de ese mismo año, fue visto de nuevo en dicha consulta, en cuyo informe se hace constar: “*está pendiente de cirugía de columna en servicio de traumatología*” e indicando como fecha de la siguiente revisión “*2 meses después de la cirugía*”.

Consta igualmente en la historia clínica, según las anotaciones realizadas el 20 de mayo de 2009 y firmadas al margen, que el Dr. Q. informó a la familia de los riesgos de la intervención el día 20 de mayo de 2009 (folio 75 del expediente administrativo), entre los cuales se enumera muerte y paraplejia. Debe entenderse que esta referencia a la familia incluye, lógicamente al menor, que ya había sido informado previamente de estos mismos riesgos, como se recoge en el Informe de la Inspección que refiere que uno de los facultativos que atendieron al menor, el Dr. C., del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología, “*le dijo personalmente y de forma clara al paciente que se podría quedar por la intervención en una silla de ruedas*”, y que fue testigo de aquella conversación la telefonista del Hospital, T.M.A.

El médico inspector, tras entrevistarse con los facultativos y la telefonista del Hospital, concluye en su informe que “*en cualquier caso queda a mi juicio claro que información sí se le dio aunque no se disponga del documento que lo acredite*”.

Se plantea el valor probatorio que tiene esta declaración del inspector dentro del procedimiento de responsabilidad patrimonial. Así, si bien es cierto que las actuaciones practicadas por el inspector sanitario no pueden tener el mismo valor probatorio que el de una prueba testifical acordada por el instructor, notificada al interesado y practicada con las garantías

previstas en el artículo 81 LRJ-PAC, sí se recogen en un informe solicitado a la Inspección Sanitaria, como órgano de la Administración sanitaria técnico y, en consecuencia, necesario para resolver. Un informe que, como se señala a continuación, goza de valor probatorio.

Del citado informe se dio traslado al reclamante el día 13 de julio de 2011, junto con el expediente administrativo, con el fin de que “*tenga conocimiento de lo actuado y para que pueda efectuar las alegaciones y/o aportar los documentos que pueda tener por conveniente, en el plazo máximo de 15 días hábiles a contar desde el día siguiente a la recepción de esta comunicación*”. El interesado, en el trámite de audiencia, no ha formulado alegaciones ni aportado documento alguno que contradiga esta afirmación del médico inspector.

El informe del médico inspector se solicita con fundamento en el artículo 82 LRJ-PAC que previene que “*a efectos de la resolución del procedimiento, se solicitarán aquellos informes que sean preceptivos por disposiciones legales, y los que se juzguen necesarios para resolver, o fundamentando la conveniencia de reclamarlos*”. Como ya ha señalado este Consejo Consultivo en sus Dictámenes 192/10 y 13/11, el informe de la Inspección Sanitaria es facultativo para aquellos supuestos en que el instructor lo considere necesario o conveniente para resolver. En el presente caso, se solicitó un “*informe técnico detallado de todas las circunstancias que concurren en el caso, que permitan determinar la adecuación de la asistencia dispensada*”. El informe de la Inspección se pronuncia sobre la falta de consentimiento informado y señala que “*la no existencia de informe de consentimiento informado de la intervención quirúrgica, es una actuación de mal praxis, pero la información real parece que si se dio como hemos acreditado en este informe*”.

El informe de la Inspección Sanitaria constituye una prueba documental que puede y debe ser valorada conforme a las reglas de las sana crítica y su

pormenorizado contenido, con la expresión de las personas que presenciaron la información al reclamante, más el hecho de que éste nada haya alegado sobre el contenido de ese informe, permiten según aquellas reglas, establecer como cierto el hecho de que se proporcionó al reclamante información sobre las actuaciones médicas del caso, máxime cuando la ley prevé que esa información se proporcione verbalmente.

En consecuencia, si bien no existe en el expediente copia del documento informado, sí resulta acreditado en el expediente que el menor reclamante y su madre fueron informados de los riesgos de la intervención y, en concreto, de la paraplejia.

En el supuesto que nos ocupa, resulta acreditado y el reclamante no lo alega, que el tratamiento del paciente (diagnóstico, intervención, pronóstico y tratamiento postoperatorio) fue conforme a la *lex artis*. Ello excluye la antijuridicidad del daño y determina la desestimación de la reclamación. No obstante, en cuanto que la falta de consentimiento informado pudiera supone un daño moral por lesionar los bienes tutelados por la Ley 41/2002 (dignidad, autonomía, respeto a la libertad), conviene examinar si realmente hubo o no ausencia, real de información para el consentimiento y del consentimiento informado. A estos efectos -exenta la parte de la carga probatoria- hay que estar a lo que se deduce del expediente administrativo que, como ha quedado expuesto, acredita la existencia de información y, en consecuencia de consentimiento informado. Por tanto, como señala la Sentencia de la Audiencia Nacional de 17 de diciembre de 2008, antes citada, “*habrá habido quiebra del deber formal de dejar constancia formal de todo ese proceso de diálogo que es el instituto del consentimiento informado, pero no hay daño real y efectivo a los bienes jurídicos que tutela: la dignidad, la libertad y la autonomía del paciente, ejercidas por sí o por medio de sus interlocutores, ya sea allegados o familiares*”.

Por todo lo expuesto, este Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al no concurrir los requisitos legales para su reconocimiento.

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, 7 de diciembre de 2011

