



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 239/2012

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 8 de octubre de 2012, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excmo. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 24 de mayo de 2012, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. 148/12), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 9 de octubre de 2006, x presenta reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la asistencia recibida del Servicio Murciano de Salud.

Relata la reclamante que, desde que dio a luz a su última hija, venía sufriendo continuas pérdidas de orina. En marzo de 2001 ingresa en el Hospital "Morales Meseguer" de Murcia por presentar dolor en fossa renal izquierda de características cólicas, asociándose síndrome miccional, cediendo la sintomatología con los tratamientos administrados. A los seis días recibe el alta siendo citada para posterior revisión y bajo la prescripción de tratamiento médico.

El 19 de abril de 2001 ingresa de nuevo en el mismo centro y por el mismo motivo, recibiendo el alta al día siguiente por presentar mejoría.

En septiembre de 2002 empeora, siendo de nuevo ingresada y sometida a tratamiento médico, siendo alta el 21 de septiembre de 2002 tras cinco días de ingreso.

El 26 de septiembre es intervenida de IUE (incontinencia urinaria de esfuerzo) con técnica TTV por el Doctor x, operación que no tuvo éxito ya que continúa con dificultad miccional y manteniendo residuos postmiccionales elevados, dando lugar a la continua realización de autocateterismos intermitentes. Como consecuencia de lo anterior, se le diagnostica una disminución del calibre uretral y se somete a uretrolisis el 25 de febrero de 2003, *"teniendo ésta muy malos resultados en cuanto me cosieron indebidamente el conducto de la orina, lo que provocó que me tuvieran que colocar una sonda vesical dada la incontinencia que aquello me provocaba".*

Ante el fracaso de la intervención, es intervenida por tercera vez el 12 de agosto de 2003 para realizarle un nuevo cabestrillo suburetral y colocar una prótesis a nivel suprapúbico sobre fascia del recto. Según la reclamante, esta prótesis no la costeaba la Seguridad Social, *"pero que en mi caso lo hizo dado que mi estado había sido consecuencia de un error de los Doctores que me intervinieron anteriormente"*.

Ante la persistencia de la incontinencia urinaria se opera por cuarta vez el 25 de junio de 2004, para conseguir ladear la prótesis y que pudiera orinar. La intervención no obtiene buenos resultados, continuando la paciente con retención de orina y continuas y graves infecciones, por lo que se reinterviene el 5 de julio de 2004, ladeando de nuevo la prótesis.

El 3 de noviembre de 2004 se le quita la prótesis debido al negativo estado de salud en el que se encuentra la enferma, con infecciones urinarias de repetición y obstrucción uretral secundaria a cabestrillo suburetral.

Desde entonces han persistido las infecciones urinarias, y se ha sometido a la implantación de prótesis y cultivos, tratamientos que no han conducido a la mejoría. Continúa sometida a sondajes periódicos, con graves pérdidas de orina que le impiden realizar su vida con normalidad y molestias en la zona dañada debido a las numerosas intervenciones, las cuales lejos de procurarle una mejoría en su estado lo han empeorado.

Estima, en consecuencia, que ha sido víctima de reiteradas negligencias médicas que le han producido daños físicos y psíquicos que valora en 120.000 euros, cantidad a la que asciende su pretensión indemnizatoria.

La reclamación se acompaña de diversa documentación clínica.

SEGUNDO.- Por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 24 de noviembre de 2006, se admite a trámite la reclamación y se encomienda la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del Ente Público sanitario, que procede a comunicar a la interesada la información prescrita por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC). Del mismo modo comunica la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y la compañía de seguros, al tiempo que solicita a la Dirección del Hospital en que fue atendida la paciente la historia clínica de ésta e informe de los facultativos que le prestaron asistencia.

TERCERO.- Remitida la historia clínica, el Hospital "Morales Meseguer" informa que los facultativos que atendieron a la reclamante ya no prestan servicio en él, sino en el "Reina Sofía", reiterándose la petición de informe por la instrucción ante este segundo centro hospitalario.

Con fecha 13 de marzo de 2007, se remite informe conjunto del Jefe de Servicio de Urología y de un Adjunto al Servicio, urólogos que atendieron a la paciente en el Hospital "Morales Meseguer". El informe relata las sucesivas actuaciones médicas a que se sometió la paciente, siendo la última intervención practicada sobre la misma la de 3 de noviembre de 2004, en la que se procede a extraer definitivamente la prótesis. Desde esta intervención *"la*

"paciente no ha sido sometida a ningún otro tratamiento para su problema miccional, ni al implante de ninguna prótesis, como afirma en su escrito".

CUARTO.- Recabado el preceptivo informe del Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales (Inspección Médica), se emite el 7 de junio de 2010, con las siguientes conclusiones:

"PRIMERA: x en el año 2001 presentaba varios de los factores de riesgo descritos para presentar incontinencia urinaria (IU): multiparidad (8 embarazos y partos vaginales), edad (45 años), déficit estrogénico, alteración de la funcionalidad uretral, diabetes insulinodependiente, hipertensión en tratamiento, asmática, con episodios repetidos de rectorragias asociados a crisis hemorroidales.

SEGUNDA: A lo largo del proceso asistencial de la paciente se le pautaron y procuraron los diagnósticos y tratamientos quirúrgicos adecuados a su situación y acordes a los conocimientos de la ciencia. Las sucesivas reintervenciones sufridas fueron la actitud terapéutica correcta, ante los reiterados fracasos de los procedimientos empleados previamente.

TERCERA: La falta de los documentos de Consentimiento Informado Quirúrgico en la Historia Clínica de la paciente nos impide afirmar indubitablemente que la misma había sido informada correctamente de las posibles complicaciones de los tratamientos propuestos, así como de la posible aparición de secuelas.

CUARTA: La infracción del deber de información, privó a la paciente de su derecho a conocer cuales eran los riesgos de las intervenciones a las que iba a ser sometida y, en base a ello, decidir sobre su sometimiento o no a las mismas.

QUINTA: Aun cuando los supuestos daños reclamados sean más imputables a la propia idiosincrasia de la paciente que al procedimiento en sí mismo".

QUINTO.- La compañía aseguradora aporta informe de fecha 22 de julio de 2009, elaborado por un especialista en Urología, que tras valorar la asistencia médica prestada a la enferma, concluye como sigue:

- 1. La paciente fue correctamente diagnosticada de incontinencia de esfuerzo pura.*
- 2. En septiembre del 2002 se le realizó corrección de la incontinencia urinaria mediante la colocación de un cabestrillo suburetral sin tensión (TVT) sin incidencias.*
- 3. En febrero del 2003 se le realizó uretrolisis (liberación uretral) y sección del cabestrillo por retención persistente de orina.*
- 4. La retención persistente de orina después de la colocación de un cabestrillo suburetral está ampliamente descrita en la literatura y se cifra en un 2-5% de los casos. Su tratamiento consiste en la liberación uretral y la sección del cabestrillo, esto producirá la reaparición de la incontinencia de orina.*
- 5. La paciente desarrolló un cuadro de vejiga hiperactiva (contracciones vesicales no inhibidas) que se detectó en el estudio urodinámico de Mayo de 2003. Así como la reaparición de la incontinencia de esfuerzo.*
- 6. En agosto de 2003 se le colocó un cabestrillo ajustable tipo REMEX sin incidencias.*
- 7. Entre septiembre/03 y enero/04 la paciente no tenía incontinencia de esfuerzo ni obstrucción uretral, pero presentaba incontinencia de urgencia que fue tratada farmacológicamente.*

8. Posteriormente presentó nueva obstrucción uretral que precisó de nuevos autosondajes.

9. El 25-6-04 se realizó una nueva uretrolisis con buen resultado inicial, pero posterior obstrucción, por lo que el 2-11-04 se retiró definitivamente el dispositivo REMEX.

10. En el último estudio urodinámico realizado el 23-1-07, se objetivó obstrucción a nivel de la uretra media lo que provoca obstrucción al flujo urinario con necesidades de autosondaje 2 veces por día. Se le ha propuesto la realización de una uretrolisis más amplia y posterior corrección de la incontinencia que se produciría al realizar la uretrolisis ampliada.

11. Las infecciones urinarias que padecía la paciente desde antes de la cirugía de incontinencia están favorecidas por su patología de base (diabetes mellitus mal controlada) y la incontinencia de orina.

12. La actuación de todos los profesionales implicados en este caso fue totalmente correcta, ajustándose al estado del arte en la medicina y cumpliendo en todo momento con la Lex Artis ad hoc".

SEXTO.- Conferido trámite de audiencia, la interesada presenta escrito de alegaciones en el que señala que el inicio de todo el proceso tiene lugar con la operación de 26 de septiembre de 2.002, en la que se le coloca el cabestrillo suburetral. Durante la intervención se cosió indebidamente la vejiga de la orina, lo que provoca dificultad miccional y residuos postmiccionales, debiéndome realizar continuos autocateterismos intermitentes.

Las intervenciones sucesivas han perseguido ir corrigiendo las consecuencias negativas de la anterior y obtener mejores resultados, sin conseguirlo, con un empeoramiento progresivo de la salud de la paciente hasta la última intervención. Desde entonces presenta obstrucción uretral, con retención de orina y flujos miccionales patológicos, debiéndose practicar autosondajes varias veces al día. Recientemente se le ha propuesto la realización de una nueva intervención y práctica de lavados endovesicales, debido a las continuas infecciones que padece. Todo ello le impide llevar una vida normal.

Considera la interesada que la primera intervención no se realizó de forma correcta "por cuanto además el Dr. x me manifestó que por error habían cosido el conducto de la orina, lo que ocasionó que a partir de dicha intervención las restantes no tuvieran éxito, e igualmente se deriva dicha responsabilidad en el retraso de los diagnósticos y de las técnicas empleadas por el Servicio Murciano de Salud, que ocasionaron que la sintomatología que padecía fuera cada vez mas grave". Señala, además, que las infecciones urinarias que padece no derivan de su diabetes, como señala la compañía aseguradora, sino de la retención de orina, de las continuas intervenciones y de los autosondajes que se ha de practicar. Afirma, asimismo, que la responsabilidad patrimonial también deriva de la falta de consentimiento informado respecto de las intervenciones realizadas, imputación que se realiza por primera vez en el escrito de alegaciones presentado con ocasión el trámite de audiencia.

SÉPTIMO.- Con fecha de 5 de noviembre de 2010, la reclamante aporta informe médico sobre la valoración del daño, modificando la indemnización solicitada en su reclamación inicial. La cuantía que reclama asciende a la cantidad de 175.858,8 euros.

OCTAVO.- Solicitado a la Inspección Médica informe valorativo complementario en relación con las alegaciones de la interesada, el órgano inspector se ratifica en las conclusiones de su anterior informe.

NOVENO.- Conferido nuevo trámite de audiencia a la aseguradora, no consta que haya hecho uso del mismo,

pues no ha presentado alegación o documentación adicional alguna.

DÉCIMO.- Con fecha 23 de abril de 2012, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al considerar que no concurren los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 24 de mayo de 2012.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del 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 (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación y procedimiento.

I. La reclamante, al sufrir los daños que imputa a la actuación sanitaria ostenta la condición de interesada para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional en cuanto titular del servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño.

II. El procedimiento seguido por la Administración instructora se ha acomodado, en términos generales, a las normas aplicables a las reclamaciones por responsabilidad patrimonial de la LPAC y del RRP, salvo en el plazo máximo para resolver, que ha excedido en mucho el previsto (artículo 13.3 RRP).

TERCERA.- La prescripción del derecho a reclamar. Inexistencia.

El artículo 142.5 LPAC establece que, en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización, si bien, en caso de daños personales de carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

Ante daños de carácter físico como los que se reclama es esencial la determinación del momento en que ha de comenzar el cómputo del plazo de prescripción, el cual coincidirá con el de la determinación de las secuelas, momento en que se produce la estabilización del daño, permitiendo al interesado conocer el alcance de los perjuicios derivados de la asistencia recibida y, en consecuencia, la naturaleza y extensión de los mismos. Sólo a partir de este momento puede el reclamante ejercitar su acción con plenitud de conocimiento acerca del objeto de la reclamación, de conformidad con la conocida doctrina jurisprudencial sobre el principio general de la "*actio nata*", en cuya virtud, el cálculo del plazo para ejercitar la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de julio de 1986, 15 de octubre de 1990, 9 de marzo de 1992 y 14 de junio de 1993, entre otras), es decir, a partir del momento en que era una realidad la posibilidad del ejercicio de la acción, por estar definidos todos los elementos de aquélla, entre los cuales no es excepción el de la certeza y realidad del daño por el que se reclama. El principio general de la "*actio nata*" significa que el cómputo del plazo para ejercer la acción sólo puede comenzar cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad, dice la STS, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 4 de abril de 1998.

En el supuesto sometido a consulta, la serie de intervenciones a las que se imputa el daño comienza en septiembre de 2002 y la última de las practicadas a la paciente data del 3 de noviembre de 2004, para retirarle la prótesis (dispositivo REEMEX) que no había dado el resultado esperado. Desde esta intervención, señalan los facultativos que atendieron a la paciente, "*no ha sido sometida a ningún otro tratamiento para su problema miccional, ni al implante de ninguna prótesis*".

En octubre de 2005, consta que se somete a instilaciones vesicales para tratar las infecciones urinarias de repetición que sufre y, ya con posterioridad a la fecha de presentación de la reclamación, el 23 de enero de 2007 se detecta obstrucción de la uretra media con obstrucción al flujo urinario, por lo que se le propone por los facultativos la realización de una uretrolisis más amplia.

Las secuelas por las que se reclama, de conformidad con el informe de valoración del daño corporal aportado al expediente por la propia reclamante son las siguientes: estenosis uretral, retención de orina con necesidad de autocateterismos y agravación de la incontinencia urinaria de esfuerzo previa). Dichas patologías ya estaban presentes en la paciente tras la última intervención practicada, el 3 de noviembre de 2004 y persisten en las sucesivas ocasiones en que acude a consulta, en febrero (incontinencia e infección) y octubre (infección) de 2005. En tales circunstancias, el ejercicio de la acción resarcitoria el 6 de octubre de 2006 podría considerarse extemporáneo, al estimar que las secuelas habían quedado perfectamente identificadas y estabilizadas ya a finales de 2004. Sin embargo, la ausencia de alta médica y el hecho de que el 23 de enero de 2007, con posterioridad a la reclamación, se detecte una obstrucción uretral y se proponga a la interesada una nueva intervención para su corrección, impide considerar estabilizado el cuadro de secuelas a la fecha indicada, pues el proceso de la enfermedad continúa evolucionando (la estenosis se convierte en obstrucción), imposibilitando en consecuencia la apreciación de una eventual prescripción de la acción.

Como ya señalamos, entre otros, en nuestro Dictamen 78/2012, en los supuestos en los que, como el presente, existe duda para pronunciarse sobre la admisibilidad temporal de la acción ejercida, es fácil observar una clara tendencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la doctrina del Consejo de Estado y de este Órgano

Consultivo favorable a interpretar de manera flexible el requisito de orden temporal exigible para que prospere una reclamación de daños y perjuicios dirigida contra la Administración, interpretación antiformalista que se inspira en el principio *in dubio pro actione* (Sentencias del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 1993 y 24 de febrero de 1994; Dictámenes del Consejo de Estado de 12 de mayo de 1994 y 17 de octubre de 1996; y Dictámenes del Consejo Jurídico, por todos, el 8/2004). En consecuencia, se coincide con la propuesta de resolución que considera interpuesta en plazo la reclamación.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial en materia sanitaria: elementos.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: "los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos". Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce "el derecho a la protección de la salud", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.

Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.

Ausencia de fuerza mayor.

Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

Asimismo, al examinar reclamaciones patrimoniales en materia sanitaria, el Consejo de Estado ha afirmado en numerosas ocasiones (por todos, Dictamen núm. 3.362/2003) que, para estimar las reclamaciones de indemnización por daños derivados de intervenciones médicas o quirúrgicas, no resulta suficiente con que la existencia de la lesión se derive de la atención de los servicios sanitarios, pues ello llevaría a configurar la

responsabilidad administrativa en estos casos de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan que supondría una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, en casos como el presente se hace preciso acudir a parámetros tales como la *lex artis*, de modo que tan sólo en caso de una infracción de ésta cabría imputar a la Administración, de la cual dependen los servicios sanitarios, la responsabilidad por los perjuicios causados.

La actuación del médico ha de llevarse a cabo por la denominada "lex artis ad hoc" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4^a, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3^a, de 14 de octubre de 2002).

Por ello, la doctrina jurisprudencial lo utiliza como parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad de la administración sanitaria a la que se imputa el daño, diferenciando aquellos supuestos en los que el resultado dañoso se puede imputar a la actividad administrativa y aquellos otros casos en los que el resultado se ha debido a la evolución natural de la enfermedad y al hecho de la imposibilidad de garantizar la salud en todos los casos, y ello porque, como ha manifestado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (sentencias de 4 de abril de 2000 y 17 de mayo de 2004, entre otras muchas), el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva del servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado.

QUINTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

Para la reclamante, la primera intervención no se realizó de forma correcta, afirmando que por error le habían cosido el conducto de la orina, lo que ocasionó que a partir de dicha intervención las restantes no tuvieran éxito, abocándola a sufrir continuas infecciones de orina, intervenciones y autosondajes, para paliar la retención de orina. Manifiesta, asimismo, que no se recabó su consentimiento informado respecto de las intervenciones realizadas.

I. La incorrección de la técnica usada durante la intervención.

Como se ha dicho en la Consideración precedente, la "*lex artis*" actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, pues, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones, "*ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente*"

(por todas, STS, Sala 3^a, de 22 de diciembre de 2001). Esta doctrina jurisprudencial sigue plenamente vigente, como recoge la STS, Sala 3^a, de 2 de noviembre de 2011.

Asimismo, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica "ad hoc", en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, revelándose así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. El Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1^a, de 24 de mayo de 1999, entiende que "*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida*".

Corolario de lo expuesto es que sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados, pues, en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, debiendo ser soportados por la paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención quirúrgica permite delimitar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no sólo porque exista lesión sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de intervenciones quirúrgicas en centros sanitarios públicos, que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o existiera una lesión derivada de una complicación en una intervención quirúrgica realizada conforme a la *lex artis*.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la Medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC)-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para el reclamante, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial -el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo en sentencia de su Sala de lo Contencioso Administrativo de 1 de marzo de 1999-. Para la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervenientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones de los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un cualificado valor a efectos de prueba.

De la lectura de los informes médicos que se han unido al expediente, no cabe deducir que la actuación de los urólogos que practicaron las diversas intervenciones se apartara de los dictados de la *lex artis*. En efecto, no constando informe técnico alguno aportado al procedimiento por la interesada, los únicos que efectúan una valoración crítica de la primera intervención quirúrgica y de las siguientes, son los de la Inspección Médica y la aseguradora del SMS.

De conformidad con ambos informes, puede concluirse que las intervenciones estaban indicadas y se realizaron

con técnica adecuada, ajustándose la actuación de los facultativos interviniéntes a la *lex artis ad hoc*. Señala expresamente la Inspección Médica que "a lo largo del proceso asistencial de la paciente se le pautaron y procuraron los diagnósticos y tratamientos quirúrgicos adecuados a su situación y acordes a los conocimientos de la ciencia. Las sucesivas reintervenciones sufridas fueron la actitud terapéutica correcta, ante los reiterados fracasos de los procedimientos empleados previamente".

Del mismo modo, no existe indicio alguno de que, por error, se cosiera la vejiga de la paciente durante la primera intervención, como afirma la reclamante. Para la Inspección Médica, dicha operación perseguía solucionar la incontinencia urinaria de esfuerzo que aquejaba a la paciente, produciéndose una hipercorrección de la misma, que derivó en retención de orina y, a la postre, en la necesidad de efectuar las sucesivas intervenciones. Sin embargo, no aprecia la Inspección en el desarrollo del acto quirúrgico mala praxis alguna, afirmando que las consecuencias que se derivan para la paciente de dicha operación y de las siguientes son "*más imputables a la propia idiosincrasia de la paciente que al procedimiento en sí mismo*".

En consecuencia, no puede considerarse acreditada la existencia de mala praxis durante la intervención, pues la parte actora, a quien correspondía la carga de su prueba conforme a las reglas sobre reparto del *onus probandi*, hoy positivizadas en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no ha aportado elementos de prueba eficaces para sostener su imputación, siendo insuficiente a tal efecto el informe de valoración del daño personal, pues en él no se realiza un análisis crítico de la actuación médica desarrollada sobre la paciente, sino que se limita a la concreción y cuantificación de los daños resultantes de aquélla.

SEXTA.- La ausencia de consentimiento informado

La regulación del derecho de información del paciente se aborda en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, cuyo artículo 3 define el consentimiento informado como "*la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud*". De conformidad con el artículo 8.1 y 2, antes de someter al paciente a una 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 su salud, será preciso recabar su consentimiento, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4 -como mínimo, finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias-, haya valorado las opciones propias del caso.

Así, partiendo del hecho de que, según reiterada jurisprudencia, el incumplimiento por los servicios médicos de su obligación legal de recabar del paciente el consentimiento informado, y por escrito, para realizar determinadas actuaciones sanitarias constituye un supuesto de mala praxis médica, en el Dictamen 191/06 dijimos que "*la ausencia del documento o la insuficiencia de su contenido no determinan automáticamente la antijuridicidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se dio la necesaria información al paciente. En tales casos, el medio probatorio por excelencia será la historia clínica. Entendida ésta en los términos del artículo 3 de la Ley 41/2002, constituye el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, acreditando, por tanto, su contenido el desarrollo de la relación dialogística entre médico y enfermo, de forma que si de ella se deduce un contacto constante, fluido, desprendiéndose que se ha transmitido la información, podrá concluirse que se han cumplido los deberes que incumben al responsable médico del proceso*.

Si ni tan siquiera en la historia clínica se contienen datos suficientes de los que se desprenda de forma inequívoca que se ha informado al paciente a lo largo de todo el proceso, cabrá incluso admitir otros medios de prueba, tales como la testifical o, incluso, las presunciones."

La validez probatoria de las circunstancias concurrentes en el caso como elementos indiciarios de la existencia del preceptivo y válido consentimiento informado, aun sin constar el documento "ad hoc", es ratificada por la reciente STS, Sala 3^a, de 25 de junio de 2010. Ahora bien, aunque la jurisprudencia no excluya la validez de cualquier información que no se presente por escrito, en tal caso es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3^a, de 4 de abril de 2000).

Y en el supuesto sometido a consulta, ni constan los documentos de consentimiento informado que debió suscribir la interesada con anterioridad a someterse a cada una de las cuatro intervenciones que padeció (el formulario de consentimiento que figura al folio 313 carece de fecha, aunque, en atención a la edad de la paciente que se hace constar en el mismo, parece responder a una intervención de tratamiento endovesical posterior, durante el año 2007), ni en la historia clínica existen indicios que permitan alcanzar la convicción de que se dio información suficiente a la enferma para que ésta pudiera decidir acerca de su propia salud. De hecho, al folio 173 del expediente, el personal de enfermería hace constar de forma expresa en la verificación del protocolo de preparación del paciente quirúrgico que falta el consentimiento, sin que conste que a pesar de ello se recabara.

Es la propia Inspección Médica la que destaca la omisión de los documentos de consentimiento informado y considera que, además de infringir los dictados de la Ley 41/2002, con ello se priva a la paciente de su derecho a conocer los riesgos de las intervenciones que se le iban a practicar y, en base a ello, decidir sobre su sometimiento o no a las mismas.

Para la propuesta de resolución, sin embargo, la ausencia de antijuridicidad del daño causado, que deriva de la propia idiosincrasia de la paciente y no de la actuación médica, excluiría el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, con invocación expresa de la doctrina jurisprudencial consagrada por la STS de 26 de marzo de 2002, dictada en unificación de doctrina. No comparte esta conclusión el Consejo Jurídico, toda vez que el recto entendimiento de la doctrina invocada propugna que la mera infracción de las obligaciones de información al paciente no genera responsabilidad patrimonial si dicha vulneración de derechos del enfermo no se acompaña de otro daño, de tipo físico o psíquico, derivado de la intervención para la que se debió recabar el consentimiento y no se hizo, y ello aun cuando la actuación médica se haya desarrollado conforme a la *lex artis*. Es decir, para que la ausencia de consentimiento informado sea indemnizable es necesario que la intervención haya provocado otro daño al interesado, como complicaciones postquirúrgicas, consecuencias indeseadas de aquélla, etc., que, de manera objetiva, hayan sido originadas por la actuación médica (en este sentido, puede consultarse la STSJ Murcia, de 21 de mayo de 2010, FJ Quinto). Y esto es lo que ocurre en el supuesto sometido a consulta, pues tras la intervención la paciente padece una estenosis uretral, con la consiguiente retención de orina y la necesidad de someterse de forma rutinaria a autosondajes, que no sufría con anterioridad a la misma.

En efecto, tales secuelas no se encontraban presentes en la situación basal de la paciente, que es intervenida en septiembre de 2002 para corregir la incontinencia de esfuerzo. Cuando en agosto de 2001 consulta por incontinencia de esfuerzo, la flujometría es no obstructiva. Del mismo modo, días antes de la indicada intervención, se le practica una urografía que objetiva litiasis de pequeño tamaño en uréter distal izquierdo sin uropatía obstructiva.

La retención de orina debutó tras la primera intervención, cuando se hace constar que presenta residuos

postmiccionales elevados, lo que aconseja los autosondajes o autocateterismos. Para la Inspección Médica ello se debe a una hiper corrección de la incontinencia que se pretendía resolver con la cirugía.

También la uretrolisis realizada el 25 de febrero de 2003, según la propia reclamante, se debe al diagnóstico previo de "*disminución del calibre uretral*".

Por tanto, no cabría aplicar al supuesto sometido a consulta la doctrina jurisprudencial invocada por la propuesta de resolución, toda vez que de forma objetiva cabe situar el origen de tales patologías en la intervención practicada, aun cuando su aparición sea imputable, también y de forma principal, a la situación basal de la paciente.

Considera el Consejo Jurídico, en consecuencia, que procede declarar la responsabilidad de la Administración por la vulneración del derecho de la paciente a decidir sobre su propia salud, al no haber recabado su consentimiento informado previo a cada una de las cuatro intervenciones a que se le sometió.

SÉPTIMA.- Cuantía de la indemnización.

Respecto de las consecuencias indemnizatorias derivadas de la infracción de obligaciones legales en materia de prestación del consentimiento informado, la STS, 3^a, de 29 de junio de 2010, señala que "*esta Sala viene admitiendo (por todas Sentencia 22 de octubre de 2009, con cita de otras anteriores, reiterada en la de 25 de marzo de 2009) que en determinadas circunstancias la antedicha infracción produce a quien la padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir. También reitera esta Sala que esa reparación, dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral, es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, entre otras, los días de hospitalización...*". Esta doctrina se recoge, asimismo, en la STS de 24 de julio de 2012.

La precisa referencia en estos casos a la producción de un daño moral, y no de otra clase, consistente en la privación de la capacidad de decidir del paciente, excluye de la indemnización el daño físico o psíquico derivado de la materialización del riesgo no informado, daño del que habría que considerar que sólo tiene una indirecta o mediata relación de causalidad con el anormal funcionamiento del servicio sanitario, sin que tal relación de causalidad deba calificarse de adecuada, en términos jurídicos, para justificar el resarcimiento de tales daños. Ahora bien, como se desprende de la citada sentencia y de otras, ello debe entenderse sin perjuicio de que en la determinación de la indemnización por el daño moral deban tenerse en cuenta datos relativos a los padecimientos del interesado, como los días de hospitalización, que se contemplan en la antedicha sentencia. Por otra parte, de las sentencias reseñadas se desprende que también se pondrá la entidad del riesgo materializado (en la sentencia transcrita se hace referencia a una posible consecuencia lesiva "grave" para la salud del paciente). Las SSTSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Castilla y León -Valladolid-, de 18 de junio, y de Madrid, de 23 de marzo, ambas de 2010, consideran el daño moral como el único concepto indemnizable, y excluyen expresamente de la indemnización la concreta valoración de las secuelas producidas tras la intervención, si bien en la evaluación del daño moral la primera de ellas tiene en cuenta que las secuelas fueron temporales.

Por último, y en esta línea, nuestro Dictamen 2/08 ya avanzó que "*una hipotética indemnización con base en la ausencia de información completa, tendría que consistir en la fijación de una cantidad a tanto alzado que debería*

fijarse ponderadamente y de forma adecuada al caso, atendiendo al alcance de las secuelas, pero, en ningún caso, aplicando automáticamente el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que parte de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguros privados, y recogido hoy en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor".

En aplicación de esta doctrina al supuesto sometido a consulta, la cuantía solicitada en concepto de indemnización, en la medida en que se refiere a la valoración de todos los daños físicos, psíquicos y morales padecidos por la reclamante sería claramente excesiva, pues el único perjuicio resarcible sería la privación del derecho de la paciente, y sólo de ella, a decidir sobre su propia salud.

Enfrentados a la difícil cuantificación del daño moral, procede fijar una cuantía indemnizatoria a tanto alzado que, en equidad, se estime adecuada para resarcir a la interesada de la privación de su derecho a decidir sobre su propia salud. En la determinación de esta cantidad han de influir diversas circunstancias concurrentes en el caso. Así, en primer lugar, aunque las consecuencias sobre la salud de la paciente han sido graves (se valoran en 30 puntos por el perito de la reclamante, con 420 días impeditivos y 18 de hospitalización), las secuelas por las que se reclama no tienen carácter definitivo, toda vez que se propuso a la paciente una nueva intervención para corregirlas, que, sin embargo, fue rechazada por aquélla ante la desconfianza que le genera el equipo médico que la trata.

Del mismo modo, el hecho de que el factor principal en el desarrollo de los daños haya sido la propia idiosincrasia de la paciente más que el proceso médico seguido, como apunta la Inspección Médica, ha de pesar en la valoración del daño moral para minorarlo.

La valoración del daño moral en anteriores Dictámenes de este Consejo Jurídico se mueve, salvo casos extraordinarios, en una horquilla de entre 3.000 y 6.000 euros, cantidad esta última calificada por sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia, de 12 de noviembre de 2010 como adecuada para satisfacer el daño moral.

Ponderando las circunstancias antes expuestas, considera el Consejo Jurídico que procede fijar como cuantía indemnizatoria en el presente supuesto la de 5.000 euros.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al apreciar el Consejo Jurídico que sí concurren en el supuesto sometido a consulta los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, conforme a lo indicado en las Consideraciones Quinta y Sexta del presente Dictamen.

SEGUNDA.- La cuantía indemnizatoria habría de ajustarse a lo señalado en la Consideración Séptima de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

