



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **154/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 29 de mayo de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación de la Excm. Sra. Consejera de Sanidad y Política Social), mediante oficio registrado el día 27 de junio de 2013, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **240/13**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El 5 de junio de 2009, x presentó escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigido al Servicio Murciano de Salud, en nombre de x, en el que, en síntesis, expresa que el 4 de marzo de 2008 ésta fue atendida en el Servicio de Rehabilitación del Hospital General Universitario "*Morales Meseguer*", donde, tras presentar "*Bursitis retrocalcánea izquierda*" dolorosa a la palpación en el pie izquierdo, fue remitida a su Centro de Salud para que le aplicaran ultrasonidos y reeducación neuromuscular propioceptiva. Inició rehabilitación el 7 de julio de 2008 con la facultativa x, que ese mismo día le colocó hielo en el pie izquierdo, notando molestias; al día siguiente no usaron hielo; el siguiente día 9 le vuelve a colocar hielo, sujetándolo con una venda para que no se moviera, y a los pocos minutos comenzó a quejarse de un dolor que no podía aguantar, indicando que la citada facultativa le dijo que tenía que seguir con el hielo 10 minutos.

Añade que a lo largo del citado día 9 empezó a tener mucho dolor en el pie izquierdo y le salieron ampollas, por lo que acudió a Urgencias del citado hospital, donde le diagnosticaron quemaduras de primer grado tras llevar hielo tópico, según informe que acompaña.

Señala que esta lesión le causó 17 días de baja laboral, según partes que acompaña, y otros 45 días de tratamiento que recibió en el Centro de Salud de Santa María de Gracia, y que, como secuela, le ha quedado una mancha marrón desde el talón al tobillo de unos 15 cm., según fotografías que acompaña.

La reclamante considera que existe una clara relación causal entre la actuación sanitaria cuestionada y los daños por los que reclama, porque le prescribieron como tratamiento rehabilitador ultrasonidos y reeducación neuromuscular propioceptiva, no la aplicación de hielo; y que, independientemente de que esto último estuviera o no prescrito, es intolerable que cuando el citado día 9 de julio se quejaba de dolor por la aplicación de dicho hielo, no se le hiciera caso y se le mantuviese dicho hielo durante 10 minutos, causándole las citadas quemaduras.

Por todo ello solicita una indemnización de 10.327'95 euros, más los intereses legales desde la fecha de la reclamación, que desglosa así, según el baremo aplicable en materia de accidentes de circulación: 17 días de incapacidad temporal impositiva, 891 euros; 30 días de incapacidad temporal no impositiva, 847 euros; secuela de perjuicio estético, valorada en 10 puntos, 7.625,51 euros. Solicita que se incorpore al expediente su historia clínica en el citado hospital y en los Centros de Atención Primaria de Santa María de Gracia y de El Ranero.

SEGUNDO.- En fecha 12-6-09 el Director Gerente del SMS dictó resolución de admisión a trámite de la reclamación, que fue notificada a los interesados.

Asimismo se solicitó a la Gerencia de Atención Primaria (GAP) de Murcia y al hospital "*Morales Meseguer*" copia

de la historia clínica de la reclamante e informes de los profesionales que la atendieron.

TERCERO.- Mediante oficio de 29 de junio de 2009, el citado hospital remitió copia de la historia clínica de la reclamante, y mediante oficio de 8 de septiembre de 2009 remitió, entre otros, un informe de 27 de agosto de ese año del Jefe de la Unidad de Urgencias, en el que viene a ratificar lo expresado en el informe de alta de dicha Unidad de 9 de julio de 2008.

CUARTO.- Mediante oficio de 4 de septiembre de 2009, la GAP de Murcia remite copia de la historia clínica de la reclamante en el Centro de Salud de Sta. M.^a de Gracia y en la Unidad de Fisioterapia del Centro de Salud de El Ranero, de Murcia.

QUINTO.- Mediante oficio de 26 de octubre de 2009, la GAP de Murcia remitió informe de 23 de octubre de 2009 de la Fisioterapeuta x, que expresa lo siguiente:

"...la paciente fue derivada a esta Unidad por su Médico de Familia después de haber sido vista en el Servicio de Rehabilitación de su Hospital de Referencia.

Tras hacerle una primera valoración en la que no se objetivaron limitaciones funcionales y en la que la paciente solo refería dolor en el pie que le dificultaba la marcha decidí aplicar crioterapia superficial, ultrasonidos y una corriente analgésica de baja frecuencia.

La paciente empezó el tratamiento el 7 de julio de 2008. En la primera sesión y a los pocos minutos de ponerle el paquete de frío me comentó que le molestaba, a lo que le respondí que era normal, que el frío en un principio es molesto pero que seguramente en un par de minutos lo toleraría. Como no volvió a quejarse consideré que no le causaba muchas molestias y lo mantuve diez minutos, que es lo que suelo mantener la aplicación normalmente a menos que el paciente se queje.

Al día siguiente, 8 de julio, le pregunté que cómo le había ido con la aplicación y me contestó que bien, que el pie no le había molestado. Ese día no le puse el paquete de frío.

Al día siguiente, 9 de julio, volví a aplicar el paquete de frío.

Y el día 10 de julio, el marido de la paciente acudió a la Unidad para decirme que su esposa no acudiría a tratamiento porque había tenido que ir a Urgencias a causa de una quemadura de primer grado en el talón.

El día 11 de julio hablé con la paciente por teléfono para preguntarle por el estado del talón y me comentó que lo tenía vendado y que tenía que ir a hacerse curas todos los días a su Centro de Salud. Y durante la mañana de ese mismo día me llegó una reclamación de la paciente donde exponía que se había quemado porque yo no le había hecho caso. Contesté la reclamación y no he vuelto a saber nada de esta paciente.

Tengo que decir que la aplicación de frío es un procedimiento corriente en el tratamiento físico de distintos problemas. Así como que yo no aprecié ningún tipo de quemadura tras la aplicación del paquete de frío durante los días que la paciente acudió a la Unidad de Fisioterapia.

No obstante, es posible que tras la aplicación del paquete de frío se hubiera producido una quemadura, ya que no todas las personas presentan la misma tolerancia al frío.

Aunque vuelvo a decir que yo no aprecié ningún tipo de quemadura cuando retiré el paquete de frío del pie de la paciente".

SEXTO.- Obra en el expediente un Dictamen médico de 4 de abril de 2013, aportado por la aseguradora del SMS, elaborado por tres especialistas en traumatología y cirugía ortopédica, que concluye lo siguiente:

"1. x, de 46 años de edad, precisó a consecuencia de un cuadro de dolor persistente en retropié, zona de tendón de Aquiles izquierdo que no cedía a tratamiento farmacológico, tratamiento de fisioterapia en la zona descrita del pie izquierdo.

2. Fue remitida a Rehabilitación, donde, explorada la zona del cuadro clínico, se pautó tratamiento con crioterapia

superficial, ultrasonidos y corrientes analgésicas de baja frecuencia.

3. La crioterapia fue iniciada el día 7/7/08, momento que indica al inicio de la misma que tiene dolor por el frío, hecho que es frecuente en los pacientes en los que se realiza esta terapia. La Dra. x indicó a la paciente que cedería en un par de minutos. No volvió a quejarse y la sesión duró 10 minutos. Se repitió al día siguiente (aunque en las consideraciones se consigna, correctamente, que se repitió el 9/7/08).

4. Es imposible no observar la zona de aplicación de la crioterapia superficial, porque hay que colocar el elemento frío (sic), la rehabilitadora no observó lesión alguna.

5. Después de estas dos sesiones, según parece, la paciente comenzó con molestias, por lo que acudió a Urgencias presentando una zona de eritema con leve edema en región aquilea y talón izquierdo. El juicio clínico fue de quemadura de primer grado que precisó curas locales con lavado ssf + iruxol + betadine y silvederma, de forma cambiante a medida que la lesión evolucionaba.

6. La asistencia en relación con el protocolo de quemaduras se dio por terminada el 21/7/08, y el 28/7 se recortó la piel muerta. No hay datos en la historia que indiquen que precisara más tratamiento.

7. La paciente presentó una quemadura de primer grado, complicación que se describe en cualquier terapia con hielo.

8. En el análisis de la historia clínica no se ha observado mala praxis".

SÉPTIMO.- Solicitado informe a la Inspección Médica de la Consejería consultante, fue emitido el 11 de abril de 2013, que concluye lo siguiente:

"1. La quemadura de 1º grado, aunque infrecuente, está contemplada entre las complicaciones de la crioterapia.

2. A x, de 46 años de edad, el día 9-07-08 se le aplicó frío en la zona del talón izquierdo y el mismo día acude al Servicio de Urgencias, donde se diagnostica la quemadura de 1º grado en la misma zona.

3. Le ocasionó un proceso de incapacidad temporal de 17 días, durante los que fue alta en el protocolo de quemaduras. Y una alteración en el color de la piel en el talón".

OCTAVO.- Mediante oficio de 10 de mayo de 2013 se acordó un trámite de audiencia y vista del expediente para los interesados, compareciendo el representante de la reclamante para tomar vista del expediente, presentando alegaciones el 6 de junio de 2013, en las que reitera lo expresado en su escrito inicial y destaca que la facultativa encargada de la rehabilitación de la paciente omite decir en su informe que en la sesión del 9 de julio de 2008 ésta se quejó francamente de que le dolía mucho la aplicación de hielo, con un dolor inaguantable, contestándole la facultativa que debía aguantar 10 minutos, y que ésta debió prestar la debida atención para evitar las quemaduras, que, además, era un riesgo propio de la aplicación de hielo del que no fue informada la paciente previamente, pues si lo hubiera hecho la paciente se hubiera quitado el hielo ante el intenso dolor sufrido y haber evitado la lesión.

NOVENO.- El 19 de junio de 2013 se formula propuesta de resolución desestimatoria; en síntesis, por considerar, conforme con lo expresado en los informes médicos emitidos, que no concurre la adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos y los daños por los que se reclama indemnización.

DÉCIMO.- En la fecha y por el órgano indicado en el encabezamiento del presente, se solicitó el preceptivo Dictamen de este Consejo Jurídico, acompañando el expediente y su extracto e índice reglamentarios.

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, en relación con el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de la Administraciones Públicas (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La reclamante está legitimada para solicitar indemnización por los daños físicos alegados, sufridos en su persona.

La Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse el daño al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios de su competencia.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 LPAC, no hay objeción que señalar, vista la fecha de las actuaciones sanitarias a considerar y la fecha de la presentación de la reclamación.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales.

I. La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende 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 (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración 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 grupo de personas.
- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.
- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. 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 razonablemente 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.

La actuación de éste ha de regirse 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 médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03, entre muchos otros, de este 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 un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *"lex artis ad hoc"* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta en el caso de que se trate, 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. La *"lex artis"*, por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Así, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *"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 éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente"*.

Asimismo, la STS, Sala 3ª, de 23 de marzo de 2011, expresa que *"la actividad sanitaria no permite exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, ya que su función ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria, utilizando al efecto los medios y conocimientos que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, mas sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir en todo caso la curación del paciente"*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, 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 (...) y ello 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"*.

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la *"lex artis"* responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, 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 administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la *"lex artis"*; responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos u otros análogos.

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-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, 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).

En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, 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 realizadas por los facultativos de la sanidad pública, lo que le otorga un

singular valor a efectos de prueba.

No obstante, dicho informe no ha de considerarse de imprescindible obtención en todos los casos, sino que dependerá de las actuaciones obrantes en cada procedimiento y de la índole de las cuestiones debatidas.

III. Por lo que se refiere específicamente al consentimiento informado en materia sanitaria, este Consejo Jurídico ha expresado en diversos dictámenes (vgr. el 43/2010, de 1 de marzo) que la Ley 41/2002, de 19 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica (aplicable al caso que nos ocupa), sigue lo dispuesto en la previa Ley General de Sanidad, en cuanto establece como principio general que *"el paciente o usuario tiene derecho a decidir libremente, después de recibir la información adecuada, entre las opciones clínicas disponibles"* (artículo 2.3). En la misma línea, su artículo 4.2 dispone que la información clínica *"se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad"*. Y, en fin, el artículo 8.1 establece que *"toda intervención 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"*, siendo de resaltar que en dicho artículo 4.1 el legislador se preocupa de establecer que tal información *"comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias"*. Es decir, que la información a suministrar debe ser la *"adecuada"* a los indicados fines de posibilitar la libre decisión del interesado, teniendo en cuenta, como señala la STS, Sala 3ª, de 3 de octubre de 2003, que *"la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada y en un padecimiento innecesario para el enfermo"*.

Por lo que se refiere al contenido de la información que debe suministrarse al paciente, señalamos en el Dictamen 191/06, entre muchos otros, que no todos los riesgos o complicaciones posibles en una intervención deben ser objeto de esta información al paciente, *"pues la construcción jurisprudencial y doctrinal acerca de la información que debe conducir a la prestación del consentimiento previo a la acción asistencial, se ha hecho, en gran medida, por referencia a supuestos en los que el daño es el resultado de la materialización de un riesgo de los considerados inherentes a la intervención o previsibles, es decir, aquellos en que la información no alcanza a comunicar al paciente la existencia de un riesgo de los denominados típicos"*.

CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y parte de los daños por los que reclama indemnización. Deficiencias en la información sobre los riesgos del tratamiento aplicado a la paciente.

I. Como se expuso en los Antecedentes Primero y Octavo, la reclamante imputa a una inadecuada actuación (en los términos que luego se dirán) de los servicios sanitarios públicos de rehabilitación del Centro de Salud de Santa María de Gracia (Unidad de Rehabilitación de El Ranero) la producción de unos daños, en forma de quemaduras de primer grado en su pie izquierdo, que afirma que tardaron en curar, en total, 47 días, en los términos indicados en su escrito de reclamación, y que le dejaron como secuela un perjuicio estético que valora en 10 puntos, según el baremo aplicable en materia de accidentes de tráfico.

II. Presupuesto inicial para el enjuiciamiento de la posible responsabilidad administrativa es determinar, de principio y sin prejuzgar ahora la naturaleza de la relación de causalidad exigible a los indicados efectos de responsabilidad, si puede considerarse acreditada la existencia de unos daños derivados de la actuación sanitaria pública.

En el presente caso, del expediente se desprende, por un lado, que la reclamante sufrió quemaduras de primer grado en su pie izquierdo a causa de la aplicación en el mismo de una bolsa de hielo por parte de los indicados servicios de rehabilitación, producidas el 9 de julio de 2008, y que tardaron en curar desde tal día hasta el 21 siguiente, en que es alta en el protocolo de quemaduras, según se desprende de la historia clínica de su Centro de Atención Primaria (f. 217 exp.), por lo que existe un período de incapacidad temporal eventualmente indemnizable. Sin embargo, la mera aportación de unas fotografías del pie de la reclamante no son suficientes para aceptar que se hayan producido las alegadas secuelas en forma de perjuicio estético ni, por tanto, de existir, podría evaluarse su intensidad a efectos indemnizatorios. A tal fin es exigible un informe médico del facultativo del Centro asistencial en el que la paciente se trató las quemaduras en el que determine si quedan secuelas estéticas y, en su caso, que valore su intensidad. Al no aportar la reclamante dicho informe, no pueden tenerse por acreditadas las alegadas secuelas.

III. Por lo que se refiere a la relación de causalidad entre los referidos daños y la actuación de los servicios sanitarios de rehabilitación de referencia, debe decirse que, aunque, por las razones expresadas en la Consideración precedente, no puede afirmarse la existencia de una infracción a la "*lex artis ad hoc*" en su vertiente material, es decir, en lo atinente a la forma y el tiempo de aplicación del hielo en el pie de la paciente, existe una infracción de dicha praxis médica en su vertiente formal o relativa al consentimiento informado que debe prestar el paciente para todo tratamiento terapéutico.

En este sentido, y como ha reiterado la jurisprudencia y la doctrina, la validez del consentimiento del paciente depende, entre otros factores, de la validez de la información que previamente está obligado a darle el profesional sanitario. A estos efectos, de los informes de la Inspección Médica y de la compañía aseguradora del SMS se desprende con claridad que las quemaduras constituyen un riesgo o complicación típica de la aplicación tópica de hielo; riesgo típico en el sentido de que es uno de los propios de la aplicación de la referida terapia, aun cuando la efectiva materialización de dicho riesgo pueda calificarse como de infrecuente. Sin embargo, el hecho de que sea considerado un riesgo típico obliga al fisioterapeuta a informar al paciente de su posible aparición, para que éste decida si asume el riesgo y se aplica la técnica criogénica o, como dice la reclamante, para que, aun aceptado de inicio la aplicación de la terapia, tenga la información necesaria para optar con fundamento porque se retire su aplicación si advierte molestias o un dolor que considere excesivo, pues sólo con la adecuada información previa al respecto puede ponderar la posibilidad de afrontar o no el riesgo de quemaduras de que se trata.

Merece citarse a este respecto, por lo expresivo de su análisis, la STS, Sala 1ª, nº 478/2009, de 30 de junio, que señala lo siguiente:

"...el riesgo típico no puede desempeñar una doble función exculpatoria: del mal resultado de la intervención, por ser típico, y de la omisión o insuficiencia de la información al paciente por ser poco frecuente e imprevisible, pues tipicidad e imprevisibilidad son conceptos excluyentes en un juicio sobre la responsabilidad del profesional médico.

Si la lesión del nervio ciático por elongación era una complicación descrita en la literatura científica y por tanto conocida según el estado de la ciencia en la época de la intervención, entonces ninguna duda cabe de que el cirujano tenía que haber informado de ese riesgo a la demandante antes de la intervención con el fin de que ésta, valorándolo personalmente, decidiera asumirlo o no, consultar otras opiniones o, incluso, sopesar la posibilidad de confiar la intervención a un determinado especialista. Así lo exigían al tiempo de suceder los hechos los apdos. 5 y 6 del art. 10 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, luego sustituidos por la regulación más detallada de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica.

La sentencia de esta Sala de 22 de junio de 2004 (rec. 2417/98) ya rechazó un argumento muy similar al de la sentencia ahora recurrida, es decir, inexigibilidad de la información por escasa probabilidad de la complicación o del riesgo, calificándolo de "contradicción insalvable", pues no se puede "exculpar al médico del daño causado por ser éste un riesgo típico de la intervención y, al propio tiempo, eximirle de su deber de informar a la paciente de ese mismo riesgo típico por darse en muy pocos casos", siendo el porcentaje del riesgo examinado por dicha sentencia de un 0,44% (...).

Así las cosas, ha de concluirse que el motivo debe ser estimado porque, en efecto, la sentencia recurrida infringió el art. 10.5 de la Ley General de Sanidad, en relación con el art. 1902 CC, al considerar "imprevisible" una complicación descrita en la literatura científica con una estimación de frecuencia del 3,5%, confundiendo, por tanto, el tribunal sentenciador frecuencia con previsibilidad, como alega la parte recurrente, ya que la circunstancia de que el riesgo de una intervención sea poco probable no exime, si es conocido por el médico o debe serlo, de informar al paciente acerca del mismo, como declaró la sentencia de esta Sala de 21 de octubre de 2005 (rec. 1039/99). Y como quiera que en el presente caso no hubo información alguna del riesgo típico de la lesión del nervio ciático, según se desprende de la motivación de la sentencia recurrida e incluso de lo alegado por el propio cirujano demandado al contestar a la demanda (hecho cuarto, párrafo último), y tal lesión efectivamente se produjo, la conclusión no puede ser otra que la de la responsabilidad del referido cirujano por no haber dado a su paciente la oportunidad de evitar esa lesión no consintiendo la intervención, de consultar otras opiniones o de, sopesando el riesgo, confiar la intervención a un determinado especialista o decidir que se hiciera en un determinado centro hospitalario.

CUARTO.

Al casarse la sentencia recurrida, como dispone el art. 487.2 LEC de 2000, debe resolverse sobre la indemnización procedente por la infracción del deber de información, toda vez que el riesgo silenciado efectivamente se materializó durante la intervención quirúrgica practicada por el cirujano demandado.

Conforme a la jurisprudencia más especializada de esta Sala (p. ej. SSTS 10-5 y 21-12-06), la indemnización no tiene que coincidir necesariamente con la que correspondería al daño o lesión causado por la intervención, es decir, a la materialización o cristalización del riesgo típico; desde esta perspectiva tiene razón la sentencia de primera instancia al moderar la suma indemnizatoria aplicando el art. 1103 CC, por no deber equipararse la intensidad de la culpa derivada de una mala praxis en la intervención a la que comporta la omisión o insuficiencia de información sobre un riesgo típico."

Por otra parte, al tratarse en el caso que nos ocupa de un procedimiento terapéutico no invasivo, la información clínica puede ser verbal, al igual que el posterior consentimiento del paciente. La forma verbal implica, dada su naturaleza al no existir documento "ad hoc", que el juicio sobre la determinación de si el profesional sanitario dio o no la información adecuada deba extraerse muy especialmente de forma indiciaria y deductiva de los datos y circunstancias que consten en el expediente. En el presente caso, resulta esencial a estos efectos el hecho de que la fisioterapeuta encargada de la aplicación del tratamiento criogénico no manifieste en su informe que, previamente a su aplicación, informase verbalmente a la paciente del riesgo de quemaduras, limitándose a señalar que manifestó a la paciente que el dolor por la aplicación de frío era normal en estos casos y que debía aguantar 10 minutos con el hielo, pero no que uno de los posibles riesgos típicos de esta terapia, aun infrecuente, fuera la producción de quemaduras, a fin, como se dijo antes, de que fuera ponderado por la paciente a la vista del dolor que experimentaba con la aplicación de dicha terapia.

Considerando la índole de la patología de la reclamante, que admitía razonablemente la posible aplicación de otras terapias (como, por cierto, fueron recomendadas por el Servicio de Rehabilitación del hospital "Morales Meseguer", según el informe obrante al folio 32 del expediente), debe considerarse que el déficit apreciado en la información suministrada a la paciente sobre el tratamiento aplicado constituye una infracción a la "lex artis ad hoc" en su vertiente formal o relativa al consentimiento informado, lo que genera responsabilidad patrimonial administrativa.

IV. En cuanto a los daños que deben ser indemnizados, no se tienen por acreditadas las secuelas. Nos remitimos a lo expresado en el anterior epígrafe II, debiendo ser valorado como periodo de incapacidad laboral impeditiva el que va desde el 9 al 21 de julio de 2008, por ser el acreditado como periodo de curación, hasta el alta médica, sin que el hecho de que el alta laboral se expidiera el 27 siguiente autorice sin más a determinar que del 22 al citado 27 existiera un periodo de efectiva y real incapacidad temporal, y sin que existan en el expediente otros datos para admitir un mayor periodo de incapacidad. La cantidad resultante de la aplicación de la Tabla V, A) del correspondiente baremo habrá de incrementarse en un 10%, según la letra B) de dicha Tabla siempre que se acredite la percepción de ingresos en el momento de producción del daño. Y la cantidad así calculada deberá actualizarse conforme a lo previsto en el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Existe una adecuada relación de causalidad, a los efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria regional, entre el funcionamiento de sus servicios y determinados daños por los que se reclama indemnización, en los términos expresados en las Consideraciones Tercera y Cuarta del presente Dictamen.

SEGUNDA.- En consecuencia, la propuesta de resolución de referencia, en cuanto es desestimatoria de la reclamación, se dictamina desfavorablemente.

No obstante, V.E. resolverá.