



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 173/2019

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 29 de abril de 2019, 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 del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 20 de febrero de 2019, sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. 57/19), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 5 de enero de 2016, D. X, asistido técnicamente por la letrada D.^a Y, colegiada del Ilustre Colegio de Abogados de Murcia, presentó una reclamación por la responsabilidad patrimonial en que podría haber incurrido el Servicio Murciano de Salud (SMS), por los daños y perjuicios que se le habrían causado -que no cuantificaba en ese momento-, con motivo de las dos intervenciones quirúrgicas que le fueron realizadas por el Servicio de Cirugía Oral y Maxilofacial del Hospital General Universitario Reina Sofía (HFS), de Murcia, al estimar que el estudio de la asistencia que se le había prestado le permitía "[...] *poder afirmar que las operaciones que se me realizaron fueron no sólo un fracaso por no conseguir los objetivos planteados, sino que además producen unas consecuencias nefastas cuyas secuelas todavía siguen valorándose*".

Según su reclamación, acudió a la consulta de cirugía maxilofacial del HRS en donde se le diagnosticó una desviación del mentón hacia el lado izquierdo y se le recomendó el tratamiento mediante ortodoncia prequirúrgica y cirugía ortognática, siendo intervenido el 29 de enero de 2013, realizándole osteotomías del maxilar (osteotomía bilateral y mentoplastia) para la corrección de la desviación mandibular y mentoniana (latero-desviación mandibular, clase III y asimetría mandibular). Consecuencia de esa intervención, fue que le apareciera "*una patología, consistente en una nueva asimetría, inexistente anteriormente, asimetría transversal a nivel del ángulo goniaco derecho y región paramandibular derecha*", lo que demuestra que su situación había empeorado. Tras realizar una nueva TAC el cirujano le comentó "*que se había soltado un tornillo de la parte derecha de la mandíbula, y había que operar antes de que el hueso soldase*" resultando que, con un diagnóstico de pseudoartrosis maxilar, fue intervenido por segunda vez el día 5 de marzo de 2013. Según él, esa pseudoartrosis no podía haberse producido porque para que así ocurriera habría que haber esperado seis meses para constatarla. En esta segunda cirugía se procedió a la retirada de las placas en ambas osteotomías mandibulares adaptando nuevas miniplacas en oclusión estable, y rehaciéndose la mentoplastia de centrado.

Tras la segunda intervención destaca el reclamante basándose en el informe clínico del Servicio de Cirugía Maxilofacial de 17 de mayo de 2013, que continuó con "*asimetría facial desviación de mentón hacia la izquierda con maloclusión dental (clase II de Angle)*", afirmando que el cirujano le había indicado la necesidad de ser

intervenido por tercera vez ante lo que decidió solicitar una segunda opinión médica sobre el diagnóstico de maloclusión dental, opinión que le fue denegada por no estar contemplada esa patología en el decreto 71/2007 de 11 de mayo, por el que se establece el ejercicio del derecho a la segunda opinión médica en la red sanitaria de utilización pública de la Región de Murcia. En consecuencia, el reclamante decidió acudir a la medicina privada en la que fue intervenido por tercera vez el 18 de diciembre de 2014. Fruto de ese proceso afirma haber padecido un trastorno adaptativo mixto como consecuencia de los hechos descritos.

A la reclamación adjunta numerosa documentación acreditativa de sus afirmaciones, tanto de carácter médico (distintos informes de la asistencia prestada) como económico (facturas abonadas) y de otra naturaleza (solicitudes formuladas, respuestas recibidas).

SEGUNDO.- Por resolución de 25 de enero de 2016, el Director Gerente del SMS admitió a trámite la reclamación presentada y ordenó la incoación del expediente número 20/16, encargando la instrucción del mismo al Servicio Jurídico de la Secretaría General Técnica SMS. La resolución fue notificada a la representante de la interesada, a la Gerencia del Área de Salud VII (HRS), a la que se requirió la remisión de copia compulsada de la historia clínica del paciente, los informes de los profesionales implicados en el proceso asistencial, y especialmente el informe del doctor Z. Igualmente se notificó a las clínicas --, "--" del doctor Q, y Clínica --, de Madrid, a la Subdirección General de Salud Mental y Asistencia Psiquiátrica, Hospital "Ramón Alberca (HRA), a Clínicas --, de Murcia, y al Hospital de Molina, en Molina de Segura Murcia, demandando la remisión de copia de la historia clínica del paciente en cada uno de ellos. Por último, también se notificó a la Correduría de Seguros "Aón Gil y Carvajal, S.A." para su remisión a la Compañía Aseguradora y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria.

TERCERO.- Con escrito de 8 de febrero de 2016, el Subdirector General de Programas, Innovación y Cronicidad, del Área de Salud Mental, remitió la historia clínica del interesado obrante en el HRA. Con esa misma fecha se dirigió escrito por el Servicio de Atención al Usuario del Hospital de Molina al órgano instructor contestando la petición formulada en el sentido de que no podían remitir la información sin la previa autorización del paciente. Ante ello, la instrucción se dirigió al interesado para obtenerla, lo cual se produjo mediante escrito de 12 de febrero 2016.

La Clínica "--", del doctor D. Q, remitió a la instrucción su historia clínica también con escrito de 8 de febrero de 2016.

CUARTO.- La clínica -- remitió con escrito de 8 de febrero el informe clínico de la doctora R, consultora externa de dicha clínica, no pudiendo remitir la historia clínica del paciente por no disponer de ella por esa razón. En ese informe se hace constar que el motivo principal de la consulta por el interesado era saber si era o no necesaria una tercera intervención quirúrgica y las posibilidades de corregir mediante la misma los objetivos pendientes que se habían fijado en la primera intervención, tanto la asimetría facial como la maloclusión, pues ambas persistían. También era su deseo conocer la razón de la aparición de las complicaciones postoperatorias sufridas en el curso de la evolución. Tras el estudio de la documentación que le aportaba, respecto del resultado de la primera intervención de la que posteriormente se encontraron fragmentos a nivel de mi mandíbula derecha, indica la informante que *"Como consecuencia de esta incidencia intraoperatoria, es probable que hayan existido serias dificultades en la fijación de los fragmentos, y por lo tanto, la imposibilidad de conseguir una oclusión y estética óptimas. La intervención quirúrgica posterior no logra alcanzar dichos objetivos estéticos y oclusales"*. Termina señalando en su informe que: *"Consideramos que la asimetría transversal a nivel de ángulos goníacos es objetivo del tratamiento quirúrgico. A juzgar por el tiempo transcurrido desde la reintervención quirúrgica, es muy probable que no se obtenga mejoría alguna de manera espontánea. También deberá ser objetivo quirúrgico el centrado del mentón, y la extirpación de la brida a nivel de trigono retromolar derecho. En cuanto a la oclusión, teniendo en cuenta que está bajo tratamiento mediante movimientos de compensación dentaria ortodoncia, no consideramos*

óptimo un tratamiento mediante cirugía ortognática correctora en el momento actual".

QUINTO.- La clínica --, de Madrid, comunicó mediante escrito de 6 de febrero de 2016 la necesidad de contar con la autorización del paciente para atender la solicitud de remisión de la historia clínica. Por su parte, la clínica "--", remitió la historia clínica solicitada mediante escrito de 23 de febrero de 2016 (folios 100 a 156).

SEXTO.- El Director Gerente HRS, remitió con escrito de 1 de marzo de 2016, copia de la historia clínica obrante en el HRS, un CD conteniendo las imágenes del Servicio de Radiología relativas a los hechos objeto de la reclamación, y el informe del médico interviniente, doctor D. Z, al que mencionaba el reclamante en su escrito.

En el referido informe se deja constancia de que ya desde la primera visita en abril de 2013 se le indicó al paciente la necesidad de una ortodoncia previa a la cirugía ortognática, siendo esta una prestación no incluida en la cartera de servicios del Servicio Murciano de Salud, por lo que debía acudir a una clínica privada; a preguntas del paciente de si había algún ortodoncista adecuado que colaborara con el Servicio se le envió a la clínica del doctor F, en la que fue atendido y con la que inició el tratamiento que éste le propuso. Posteriormente fue incluido en la lista de espera quirúrgica con diagnóstico de hiperplasia mandibular firmando el consentimiento informado para la cirugía ortognática. Consta en el informe que *"Desde el primer momento informamos al paciente de la técnica quirúrgica a emplear ya que tenemos un fantoma donde se explican las osteotomías a realizar. Asimismo, como queda constancia en el consentimiento informado, se le comenta que es una cirugía agresiva, pero que es algo que realizamos con frecuencia. De la misma manera, le indicamos que es norma de los anestesiólogos la permanencia del paciente intubado tras la cirugía hasta el día siguiente y la estancia en reanimación, al menos 48 horas"*. Continúa indicando el informe que *"[...] Antes de su programación definitiva, se le indica que tiene una asimetría del ángulo goniaco derecho por hipertrofia maseterina, que hará imposible una simetría facial total, pero el objetivo funcional de mejoría de su oclusión y centrado del mentón lo lograríamos con la cirugía y ortodoncia postquirúrgica. El paciente conoce y acepta esta circunstancia..."*, por lo que el día 29 de enero de 2013 se realiza la osteotomía sagital de mandíbula de 3 mm de centrado mandibular y mentoplastia de 4 mm de centrado. Fue dado de alta el 5 de febrero de 2013 pero, tras comenzar la ortodoncia postquirúrgica, en una de las revisiones se constató mordida abierta anterior por lo que se le realiza CBCT y se constata movilidad de la fijación mandibular, por lo que *"[...] El 5/3/13 se decide realizar nueva cirugía (Dr. Z, S y T) procediendo a la retirada de placas en ambas osteotomías mandibulares adaptando nuevas miniplacas en oclusión estable. De la misma forma, se rehace la mentoplastia de centrado. El día 9/3/13 es dado de alta con oclusión estable y mentón centrado. El 26/7/13, la última revisión que consta en consulta de este hospital, presenta oclusión estable persistiendo la asimetría del ángulo goniaco derecho por hipertrofia de masetero"*.

SÉPTIMO.- El día 29 de marzo de 2016 la clínica --, de Madrid, en respuesta a la solicitud de 11 de marzo, remitió la copia de la historia clínica de don X.

OCTAVO.- El órgano instructor acordó el 11 de abril de 2016, notificar al representante de la interesada la admisión de la prueba documental propuesta así como la necesidad de que, en el plazo máximo de 30 días, aportara el informe médico pericial que había anunciado en su escrito de reclamación. Al mismo tiempo ponía de manifiesto el expediente para la obtención de las copias que estimase necesarias y le solicitaba que realizase la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial que había instado. En respuesta a tal requerimiento presentó, el 16 de mayo de 2016, un escrito al que acompañaba el informe médico pericial evacuado por la doctora W, y se cuantificaba la indemnización solicitada en 81.331,32 €, suma de 39.898,33 € en concepto de secuelas, 18.632,79 € por los días improductivos y 2.105,20 € por los de estancia hospitalaria y 20.645 € por gastos médicos.

NOVENO.- En las conclusiones del informe pericial, la número 2 señala que *"Tras finalizar la preparación ortodóncica se realizó cirugía mandibular mediante osteotomía sagital bilateral y mentoplastia de centrado. Durante dicha cirugía, que duró mucho más de lo previsto, se produjo una complicación intraoperatoria relacionada con una mala fractura de la osteotomía que provocó inestabilidad en la oclusión y problemas de consolidación del foco (pseudoartrosis)".* Y a continuación, la número 3 dice que *"Se realizó una segunda cirugía en la que se liberaron las placas colocadas y se llevó la mandíbula de nuevo a oclusión usando la férula previa, con nueva fijación de los focos de fractura. A pesar de la segunda cirugía, así como los tratamientos complementarios a nivel ortodóncico, el paciente presentaba una asimetría de ángulo goniaco, motivada por el aumento transversal del lado derecho".* De lo anterior se desprende, según el informe referido que *"4.- Existe una relación causal entre la complicación sufrida (mala fractura o bad split) y el aumento de la dimensión transversal mandibular a nivel del ángulo goniaco, relacionado con la dificultad de fijación de los fragmentos óseos presentes".* Por todo lo anterior, y después de hacer constar que el paciente necesitó una nueva intervención que mejoró la simetría de ambos lados de la cara, la cicatriz intraoral y la apertura oral, concluye que en el momento de evacuación del informe *"[...] el paciente tiene como secuelas una leve asimetría de ángulos goniacos, hipoestesia de ambos n. alveolares inferiores con zona afectada correspondiente a la zona entre comisuras del labio inferior (Bermellón), desviación de línea media de 2 mm".*

DÉCIMO.- Mediante acuerdo de 25 de mayo de 2016 del órgano instructor se dio traslado del expediente instruido a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria en demanda del informe de la Inspección Médica. En la misma fecha se dio traslado de dicho expediente a la Correduría de seguros para su traslado a la Compañía aseguradora.

UNDÉCIMO.- El 20 de febrero de 2017 el Servicio Jurídico dio traslado a la Secretaría General Técnica SMS del decreto dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el procedimiento ordinario 1/2017, seguido instancia del reclamante, a fin de que remitiera al Juzgado y a la Dirección de los Servicios Jurídicos cuantos antecedentes obrasen en la Secretaría sobre el citado procedimiento. La petición fue atendida mediante escrito de 24 de febrero de 2017 remitiendo la documentación obrante en dicho órgano.

DECIMOSEGUNDO.- El 15 de junio de 2017 fue remitido por el titular de la Dirección General de Planificación Investigación, Farmacia y Atención al Ciudadano el informe evacuado por la Inspección Médica el 12 de junio anterior. Las conclusiones que en él se exponen (números 1 a 5) dejan constancia de que las intervenciones primera y segunda que se practicaron al interesado se realizaron mediante el empleo de *"técnica quirúrgica reglada"*. En la número 6 se señala que *"No consta en el expediente de la RP nº 60/12 el documento del consentimiento informado previo a la segunda intervención quirúrgica para el remodelado de las osteotomías maxilares que fueron realizadas durante la primera intervención"*. Después de señalar que la tercera intervención quirúrgica también se realizó de acuerdo con una técnica quirúrgica reglada, termina señalando que consta en el expediente el consentimiento informado previo a esa intervención.

DECIMOTERCERO.- A la vista de lo afirmado en el informe del Inspección Médica sobre la constancia o no del consentimiento informado del reclamante, el órgano instructor dirigió escrito al HRS para que remitiera el documento de consentimiento informado previo a la segunda cirugía o bien que, en caso de no existir, expusiera la razones de porqué no se recogió por escrito el mismo. En contestación a este requerimiento, el Director Gerente HRS remitió el informe del doctor D. Z emitido el 27 de julio de 2017. Según el mismo, la segunda intervención *" [...] se realiza de forma preferente-urgente para evitar la movilización de los fragmentos fijados. El 5/3/2013 se realiza cirugía de reposición de miniplacas [...] Debido a la necesidad de realizar una cirugía inmediata, su cercanía a la cirugía primera y la igualdad de las dos cirugías efectuadas, en el que el paciente firmó los riesgos inherentes a estas cirugías con el mismo consentimiento informado para Cirugía Ortognática y Deformidades Dentofaciales, se decide informar verbalmente al paciente de la necesidad de la segunda cirugía reiterándole los mismos riesgos enumerados anteriormente"*.

DECIMOCUARTO.- Con escrito de la Dirección de los Servicios Jurídicos número de salida 182766/2017, se comunicó al órgano instructor el decreto de 6 de septiembre de 2017, dictado por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, en el procedimiento 1/2017, por el que se acordó tener por desistido al recurrente.

DECIMOQUINTO.- Mediante escrito de 15 de diciembre de 2017 se notificó al representante de la interesada y a la Compañía de seguros la apertura del trámite de audiencia. Posteriormente, el 5 de febrero de 2018, el órgano instructor ofició a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria para demandar un informe complementario de la Inspección Médica que se pronunciase sobre si, dadas las características de la segunda intervención quirúrgica, se debió o no recoger el consentimiento informado por escrito o bastaba con la información verbal, tal y como afirmaba el informe del doctor de Paz. Dicho informe fue remitido el 1 de marzo de 2018. En su conclusión última se expresa con los siguientes términos: *"En relación con la cuestión planteada por la Instrucción del procedimiento de RP sobre si «era suficiente con informar verbalmente al paciente (para la segunda intervención quirúrgica)», se concluye que:*

- a. Lo más adecuado era informar en primer lugar verbalmente al paciente (tal como se dice que se hizo en el informe emitido por el Servicio de Cirugía Oral y Maxilofacial del HRU Reina Sofía) y posteriormente formalizar un CI por escrito para la segunda intervención quirúrgica, en el cual se especificasen los riesgos e inconvenientes de la misma.*
- b. La opción de informar exclusivamente de forma verbal al paciente sin formalizar posteriormente un documento por escrito del CI para la segunda intervención quirúrgica, debe quedar reflejada en la HC, especificándose que se informaba al paciente verbalmente sobre la segunda cirugía que se iba a practicar, sus riesgos y los inconvenientes de la misma".*

DECIMOSEXTO.- Tras remitir copia del citado informe a la Correduría de seguros para su traslado la Compañía aseguradora, el 16 de abril de 2018 se ordenó la apertura de un segundo trámite de audiencia, comunicándose a la representante del interesado el día 24 de abril siguiente, así como a la Compañía de seguros, sin que conste en el expediente la formulación de alegaciones por ninguna de ellas.

DECIMOSÉPTIMO.- El 12 de febrero de 2019 se formuló propuesta de resolución para que se estimara parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial instada, reconociendo al reclamante el derecho a una indemnización de 3.000 € con la que resarcirle del daño moral consistente en la privación de su derecho de autodeterminación sobre la propia salud.

DECIMOCTAVO.- 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 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y el 12 del RD 429/93, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP), vista la fecha de iniciación del procedimiento.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. El reclamante tiene legitimación para formular la pretensión indemnizatoria objeto del presente procedimiento, por haber sufrido en su persona los daños que imputa al anormal funcionamiento de los servicios sanitarios del SMS, pudiendo ejercer su pretensión indemnizatoria a tenor de lo previsto por el artículo 139.1 LPAC, en relación con el 4.1 RRP, de aplicación en atención a la fecha en la que ocurrieron los hechos de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

Por su parte, la Administración regional está legitimada pasivamente, por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse los daños 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 reparo que oponer, vista la fecha de los hechos y la de presentación de la reclamación (5 de enero de 2016), considerando que, a tenor del informe de 18 de diciembre de 2015 (folio número 60), a esa fecha *"[...] la previsión de sanidad se estima todavía en unos meses, transcurridos los cuales se entenderá que ha finalizado el tratamiento indicado"*.

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. No obstante, considera este Consejo que ha de llamar la atención sobre la necesidad de que los informes a emitir por la Inspección Médica se pronuncien expresamente sobre la adecuación del actuar de los servicios sanitarios a la *"lex artis ad hoc"*, y no, como en el caso presente, en el que tal acomodamiento ha de deducirse por este Consejo del estudio de sus informes que, en el caso del primero de los emitidos, no afirma de manera incontestable ese hecho, evitando así posibles errores de apreciación al carecer sus miembros de los conocimientos que se precisan para valorarlo. Un pronunciamiento claro y sin ambigüedades es clave para la toma de decisión por el órgano que ha de resolver y, previamente, por los que han de asesorarle, como es nuestro caso. Sobre la necesidad no solo de la emisión del informe sino de la claridad con que exprese sus conclusiones se ha pronunciado en múltiples ocasiones el Consejo Jurídico. Es a la Inspección Médica a la que corresponde hacer un enjuiciamiento técnico que ilumine a todos cuantos han de intervenir en el procedimiento, especialmente en casos en los que pueda haber opiniones de diverso signo de distintos facultativos. Precisamente a una de ellas se refiere el propio informe de la Inspección Médica que reproduce lo dicho en nuestro Dictamen 273/2016, según el cual *"En atención a las circunstancias descritas este Órgano Consultivo considera que procede completar la instrucción con la reiteración de la petición de informe a la Inspección Médica para que se pronuncie acerca de la praxis médica objeto del presente"*

procedimiento en atención a la reclamación formulada y a los informes que obran en el expediente y para que determine si se produjo al paciente una pérdida de oportunidad (y en caso afirmativo su concreción) en relación con las patologías previas que presentaba el mismo. En este sentido ya se ha indicado reiteradamente que 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".

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.

Por tal motivo, tal y como se ha razonado en la Consideración Segunda, el primer informe de la Inspección Médica, emitido el 12 de junio de 2017, debiera haber sido más explícito sobre este aspecto, no obligando a este Consejo a extraer él la conclusión de que las actuaciones de los servicios sanitarios del SMS se acomodaron a la *"lex artis ad hoc"* a la vista de las afirmaciones que se hacen relativas a que, tanto la primera como la segunda intervención quirúrgica, se realizaron *"siguiendo un procedimiento quirúrgico reglado"*. Esta es una práctica que no debería seguir empleándose.

CUARTA.- Relación de causalidad adecuada entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que reclama indemnización. Falta de acreditación.

I. De la reclamación reseñada en el Antecedente Primero se desprende que se imputa a la Administración regional una indebida prestación de sus servicios, convirtiéndose en la causante de los daños por los que se reclama. No es esa la conclusión a la que se llega tras el examen del expediente en el que son diversos los informes que advierten de que las dos intervenciones quirúrgicas a que fue sometido el paciente se realizaron de manera adecuada a los protocolos aplicables. El primer informe de la Inspección Médica es prueba de lo dicho pues, precisamente, se incluyen en él las afirmaciones hechas en los informes de otros facultativos que atendieron al paciente, alguno de ellos -caso de la doctora D.^a W(folio número 311)- a petición del propio reclamante. Así, en el apartado 10 del juicio crítico del informe de la Inspección se reproduce lo dicho por esta facultativa en su informe de 9 de mayo de 2016, según el cual, *"Por tanto, desde un punto de vista médico, la planificación realizada al paciente, así como la secuencia de tratamiento se ajustó en todo momento a los protocolos establecidos para la realización de cirugía ortognática. Se utilizaron registros céfalo métricos para planificar los movimientos mandibulares, así como férula de posicionamiento final de la mandíbula para guía intraoperatoria"*.

Es en esta afirmación en la que se basa el Consejo para entender la adecuación a la *lex artis ad hoc* de los servicios sanitarios del SMS, despejando las dudas que pudiera plantear la referencia hecha en el informe de la Inspección Médica respecto de que las dos intervenciones quirúrgicas se realizaron *"siguiendo un procedimiento quirúrgico reglado"*.

Es más, esa adecuación de todo el proceso seguido se ve confirmada con las siguientes palabras del mismo informe reproducido, que viene a ratificar lo dicho por los facultativos del SMS tanto respecto a la técnica empleada como a los riesgos a los que se enfrentaban y las consecuencias que podrían producirse. Según el informe de la doctora W *"Para el tratamiento de la latero desviación mandibular, es necesario hacer cortes en la mandíbula. Debido a la necesidad de centrar el mentón y la línea media de la mandíbula, se producen movimientos diferentes en un lado y en otro de dicho hueso. Durante la cirugía mandibular se pueden producir complicaciones, entre ellas las más frecuentes son la lesión del n. alveolar inferior, en relación directa con la línea de fractura, y la posibilidad de que se produzcan osteotomías incorrectas o bad splits. Esta complicación genera un aumento del tiempo quirúrgico y la necesidad de realizar fijación más rígida. En ocasiones, si los trazos de fractura son múltiples, se pueden producir secuestros óseos (pérdida de la vitalidad de parte del hueso), así como unión de los segmentos óseos entre sí (pseudoartrosis), lo cual genera inestabilidad de la mandíbula y posible recidiva del problema inicial.*

Éste ha sido el problema que ha ocurrido durante el tratamiento del paciente don X. Esta complicación generó en el paciente la presencia de una asimetría mayor que al inicio así como alteraciones importantes de la mordida. En la segunda cirugía que se le realizó se consiguió corregir parcialmente la asimetría, pero, a pesar de un tratamiento postquirúrgico con bloqueo intermaxilar, guía con férula y gomas, no se consiguió resolverla completamente, generando secuelas.

Dichas secuelas, tal y como se refleja en el informe realizado por la doctora R, consisten en el aumento de la dimensión transversal a nivel de ángulos goniacos, con asimetría entre ambos, así como mordida abierta posterior. Este problema se puede relacionar de forma directa con el hecho de haberse producido una mala fractura (bad-splits) durante la primera cirugía mandibular y una resolución parcial tras la segunda cirugía realizada en el Hospital Reina Sofía".

De lo dicho podemos deducir que la actuación del servicio de cirugía oral y maxilofacial del HRS se acomodó a la "lex artis ad hoc" en cuanto a la técnica empleada en las dos intervenciones quirúrgicas que se le practicaron al paciente, lo que impide considerar la existencia de una relación de causalidad entre el daño experimentado por el reclamante y el funcionamiento del servicio.

II. Cuestión distinta a la anterior es la relativa a si, con independencia de la técnica empleada, se facilitó al paciente toda la información que debiera conocer a efectos de consentir su realización con plena conciencia de los riesgos que asumía. En este punto, la propuesta de resolución se inclina por considerar que hubo una infracción de procedimiento al no constar por escrito ese consentimiento ni haberse reflejado en la historia clínica del paciente el hecho de haberle facilitado información de manera verbal. Ello es así a la vista del segundo informe de la inspección médica, evacuado el 28 de febrero de 2018 en el que su conclusión VII, en respuesta a la pregunta hecha por el órgano instructor sobre la suficiencia de la información verbal al paciente para realizar la segunda intervención como consecuencia de la proximidad en el tiempo respecto de la primera, es clara señalando que lo procedente hubiera sido después de informarle verbalmente haber recabado su consentimiento informado por escrito, y en el caso de no haberlo hecho así, debería haber quedado reflejada esa circunstancia en la historia clínica, lo cual no se produjo.

Comoquiera que la doctrina de este Consejo Jurídico acerca del derecho y correspondiente deber de información en el ámbito asistencial sanitario es conocida por la Consejería consultante, habiendo sido expuesta en multitud de dictámenes emitidos a petición suya, se omite su reproducción. Baste ahora con recordar que, de conformidad con el régimen jurídico de la autonomía del paciente y el elenco de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, recogido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el paciente tiene

derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, comprendiendo, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4). Este derecho de información se particulariza en el artículo 8 de la Ley, como consentimiento informado, libre y voluntario del afectado, que habrá de recabarse para toda actuación en el ámbito de su salud. El consentimiento habrá de serlo por escrito cuando se refiere a un procedimiento terapéutico invasor o que supone riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, como es el caso, y para obtenerlo habrá de ofrecerse información suficiente al paciente sobre el procedimiento de aplicación y sus riesgos.

Consta en el expediente que la Administración recabó por escrito el consentimiento del paciente para someterse a la primera intervención de cirugía ortognática o de deformidades dentofaciales (folio número 250). Dicho documento recoge en qué consiste dicha cirugía y, en el apartado de "Riesgos probables en condiciones normales" se indican varios. Entre ellos, "Mala unión de los fragmentos óseos", "Recidiva (recaída) total o parcial de la deformidad", "No cumplimiento de las expectativas estéticas y/o cambios emocionales reactivos", y "Posibilidad a causa de rotura de instrumentos, de que quede en zona quirúrgica algún cuerpo extraño". Por tanto, a la vista de lo instruido no puede decirse que el paciente no estuviera debidamente informado de la técnica y los riesgos probables derivados de la primera intervención. Ahora bien, ante las afirmaciones hechas en el segundo informe de la Inspección Médica sobre la inexistencia de constancia escrita de consentimiento informado para la segunda operación, así recogida en la propuesta de resolución, nada cabe añadir sobre esta cuestión a lo expuesto en ella, lo que se configura como un daño moral consistente en la inobservancia de las normas que imponen su constancia escrita como garantía para evitar la privación del derecho de autodeterminación sobre la propia salud.

Tratándose de un daño moral, y como dijo ya este Consejo jurídico en su dictamen 376/2018, su indemnización *"ha de consistir en la fijación de una cantidad a tanto alzado en términos de equidad y con ponderación de las circunstancias concurrentes en cada supuesto. Entre dichas circunstancias habrá de considerarse el estado del paciente tras la intervención, pero también su situación previa a la misma, la necesidad e indicación de aquella, las posibilidades de éxito, la corrección de la praxis médica material seguida, las alternativas del tratamiento o de sustracción a la intervención, así como también la edad del paciente"*. Aplicando esos criterios al caso que se dictamina se observa que la situación del paciente previa a la segunda intervención quirúrgica aconsejaba su realización lo antes posible. Según el informe del doctor de Paz Sánchez (folio número 398) *"debido a la necesidad de realizar una cirugía inmediata, su cercanía a la cirugía primera y la igualdad de las dos cirugías efectuadas, en el que el paciente firmó los riesgos inherentes a estas cirugías con el mismo consentimiento informado para Cirugía Ortognática y Deformidades dentofaciales, se decide informar verbalmente al paciente de la necesidad de la segunda cirugía reiterándole los mismos riesgos numerados anteriormente"*. Pero tal como se hizo cabe considerarlo como un defecto formal, al no dejar constancia por escrito del consentimiento informado. Sin embargo, su transcendencia no puede ser calificada como esencial, hasta el punto de permitir negar que tal consentimiento existió. El propio reclamante en su escrito inicial relata que la información se le dio. Así en el apartado cuarto de "Hechos" de tal reclamación, en referencia a la segunda intervención quirúrgica consta lo siguiente: *"Después de lo narrado acudí con la periodicidad que me prescribía el doctor de Paz a las revisiones pertinentes, no comentándoseme, sin embargo, a pesar del desastroso aspecto físico que tenía, visible a simple vista, ninguna de las numerosas consecuencias negativas de la intervención -se refiere a la primera-; respondiendo, por dicha razón, con total incredulidad cuando a finales de febrero de 2013 recibí llamada telefónica del Hospital Reina Sofía, comunicándome que el día 4 de marzo de 2013 debía ingresar en dicho hospital, para volver a ser reintervenido al día siguiente, es decir, el día 5 de marzo de 2013. Respondiendo yo que debía ser un error, que ya había sido operado, y que no me iban a intervenir de nuevo, contestándome que no había error posible, que hablara con el doctor de Paz."*

Y eso es lo que hice, pidiéndole explicaciones, porque no daba crédito a lo que estaba oyendo. Ya que pese a que este doctor me decía que todo iba bien, las revisiones y pruebas médicas que se me habían hecho, revelaban todo lo contrario; y de esta manera reconoció, según él, que la razón de esta nueva intervención era que se había comprobado en el último TAC, que se había soltado un tornillo de la parte derecha de la mandíbula, y había que

operar antes de que el hueso soldase".

Así pues, puede presumirse que el paciente fue informado verbalmente por el doctor de Paz de cuál era su situación y de la necesidad de afrontar una segunda intervención. Este Consejo ya ha admitido la posibilidad de la prueba del consentimiento informado mediante presunciones en ese mismo Dictamen 376/2018.

Junto con lo ya dicho, se han de tener en cuenta los otros criterios para cuantificar el daño moral. Y su análisis sugiere modularlo a la luz de los efectos negativos que la infracción cometida pudo producir. Así vemos que:

1º. La necesidad e indicación de la segunda intervención se presenta conveniente a la vista del resultado de la primera, a tenor de todos los informes obrantes en el expediente.

2º. Las posibilidades de éxito de la primera ya se habían explicado y admitido mediante consentimiento informado escrito para la práctica de la primera intervención, de similar naturaleza que la segunda.

3º. La corrección de la *praxis* médica material seguida ha quedado acreditada.

4º. Las alternativas al tratamiento -el tratamiento ortodóncico- había sido indicado y fue seguido en la práctica demostrándose insuficiente para solucionar el problema que aquejaba al paciente o, la segunda alternativa -la abstención terapéutica-, una vez realizados los riesgos previsibles de la primera, no era aconsejable.

5º. La edad del paciente -31 años- por el contrario, sí la recomendaban.

La propuesta de resolución se inclina por cuantificar la indemnización en 3.000 €, pero, a la vista de todo lo dicho, entiende el Consejo Jurídico que esa cantidad excede de la que se estima apropiada, que debe ser 1.000 €.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución sometida a Dictamen en el sentido de reconocer la existencia de un daño moral que ha de ser resarcido, pero no así respecto a su cuantía que procede hacerlo sólo en la cantidad de 1.000 €.

No obstante, V.E. resolverá.

