



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº 207/2019

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 20 de mayo 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 25 de marzo de 2019, sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. 114/19), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El día 4 de noviembre de 2016, D. Y, letrado en ejercicio, actuando en nombre y representación de D. X, presentó una reclamación de daños y perjuicios por la responsabilidad patrimonial en la que había incurrido el Servicio Murciano de Salud (SMS) como consecuencia de la asistencia que le había sido prestada a través del Hospital "Viamed, San José de Alcantarilla" (Clínica San José"), a la que había sido derivado el paciente incluido en la lista de espera del Hospital General Universitario "Virgen de la Arrixaca" (HVA).

El reclamante, diagnosticado de varices en miembro inferior derecho, fue intervenido quirúrgicamente en Clínica San José el día 23 de noviembre de 2015 efectuándole una extirpación de colaterales, siendo alta al día siguiente. El 3 de diciembre de 2015 fue valorado en el Servicio de Rehabilitación del HVA por pérdida de fuerza en el pie derecho siendo, diagnosticado de lesión del nervio ciático poplíteo externo, prescribiéndole ótesis y electro estimulación en un centro concertado, siendo remitido a rehabilitación del Hospital General Universitario "Reina Sofía" (HRS). El día 16 de diciembre siguiente se le efectuó una electromiografía en el Hospital Quirón de Murcia por pie equino derecho de origen súbito, a raíz de la intervención de varices sobre cara interna de dicha extremidad, tras tres semanas de evolución. Las conclusiones de esa prueba son la constatación de la existencia de una axonotmesis parcial muy severa del nervio ciático poplíteo externo derecho a nivel de rodilla, con signos incipientes de regeneración a partir del cabo proximal en tibial anterior. Con diagnóstico de paresia del nervio ciático poplíteo externo fue intervenido el 19 de febrero de 2016 en el HVA, en donde se le realizó exoneurolisis del nervio, transposición tendinosa del nervio tibial posterior y fijación con tornillo, siendo alta el 20 de febrero de 2016.

A tenor de lo indicado en el apartado séptimo de la reclamación "*Mi mandante no recibió la oportuna y preceptiva información de los actos médicos y quirúrgicos a los que fue sometido, no existiendo, por lo tanto, consentimiento informado válido*". Por todo ello solicita una indemnización de 305.000 € comprensiva de los conceptos que detalla, sin mayores precisiones, de la siguiente manera:

- "Período de incapacidad temporal. Días de hospitalización y días de baja.

- Perjuicio personal particular por lesiones temporales y secuelas consistentes en:

-Paresia nervio ciático.

-Neuralgia nervio ciático.

-Edema distal.

-Perjuicio estético importante.

- Perjuicio patrimonial por lucro cesante y daño emergente:

-Por los gastos protésicos, y de otra índole generados al reclamante.

-Por invalidez permanente total.

- Factores de corrección por encontrarse el reclamante en edad laboral".

A la reclamación acompañaba diversa documentación médica, el poder de representación y una factura de "--", por importe de 200 €.

SEGUNDO.- Por resolución del Director Gerente del SMS de 12 de diciembre de 2016 se admitió a trámite la reclamación presentada, se ordenó la incoación del expediente número 794/16, y se designó al Servicio Jurídico de la Secretaría General Técnica del SMS como órgano encargado de la instrucción. Dicha resolución fue notificada al representante del interesado, a la Directora General de Asistencia Sanitaria, a la Correduría de seguros "Aón Gil y Carvajal, S.A." para su traslado la Compañía aseguradora, y a los hospitales "Clínica San José", HVA, HRS, y Hospital Quirón" en demanda de copia de la historia clínica y el informe de los profesionales implicados en la atención sanitaria.

A dicho requerimiento contestó la Directora médica del Hospital Quirón el día 30 de diciembre de 2016 indicando que D. X no había sido atendido allí. Entendiendo que se trataba de un error la petición formulada debía remitirse a los centros en los que había sido atendido el paciente, indicando como tales HVA y HRS.

TERCERO.- Mediante oficio de 13 de enero de 2017 el Director Gerente HVA envió al órgano instructor la documentación solicitada. El hospital "Clínica San José" remitió la suya el 18 de enero de 2017. Por último, el HRS dio traslado de la que a él correspondía mediante escrito de 3 de marzo de 2017.

CUARTO.- El 23 de febrero de 2017 el Letrado de la Dirección de los Servicios Jurídicos solicitó copia del expediente para aportarla al Juzgado de Primera Instancia Número 2 de Murcia en donde se tramitaban las Diligencias preliminares 869/2016, para la exhibición del historial clínico de D. X. En contestación a la petición, se remitió dicha documentación y, mediante oficio 6 de marzo de 2017, se comunicó que en el momento de producirse la intervención quirúrgica la Compañía aseguradora del SMS era "Mapfre, S.A.", pero en el de la presentación de la reclamación dicha mercantil ya no cubría los posibles siniestros de la entidad.

QUINTO.- El 17 de marzo de 2017 se solicitó a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria la evacuación del informe de la Inspección Médica, a cuyo efecto se le remitió toda la documentación integrada en el expediente hasta ese momento. Con la misma fecha se dio traslado del expediente a la Correduría de seguros para que fuera visto en la siguiente sesión a celebrar por la Comisión.

SEXTO.- El representante del interesado compareció el 19 de octubre de 2017 ante el órgano instructor, según consta en diligencia extendida al efecto (folio número 145), solicitando copia del expediente completo, la cual le fue facilitada.

SÉPTIMO.- Por acuerdo del instructor de 20 de septiembre de 2018 se solicitó a la Gerencia del HVA el informe del doctor D. Z relativo a la intervención quirúrgica realizada el 23 de noviembre de 2015 en el "Clínica San José", en el que se pedía que se informara sobre la técnica quirúrgica utilizada y la posición del paciente en el quirófano, así como de las razones que a su juicio podían ser las causantes de las lesiones nerviosas sufridas por él. El requerimiento fue contestado mediante comunicación del día 2 de octubre de 2018.

Un nuevo acuerdo, de esa misma fecha, reclamó de la Gerencia del HRS el informe del Servicio de Rehabilitación sobre la asistencia prestada al paciente. Dicha petición fue atendida mediante escrito de 22 de octubre de 2018.

OCTAVO.- La nueva documentación integrada en el expediente fue remitida por el órgano instructor a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria por oficio del 6 de noviembre de 2018. En la misma fecha se envió a la Correduría de seguros.

NOVENO.- Se halla unido al expediente un informe pericial emitido el 18 de diciembre de 2018 por el Inspector médico, don W, evaluando el proceso asistencial dispensado al paciente, sin que conste la fecha de petición ni el órgano que la formuló.

DÉCIMO.- El órgano instructor decretó la apertura del trámite de audiencia mediante acuerdo de 20 de diciembre de 2018, notificándolo al interesado que compareció el día 14 de enero de 2019 solicitando y obteniendo copia de los documentos que integraban el expediente y de los que no disponía. No consta que se formularan alegaciones.

UNDÉCIMO.- El 20 de marzo de 2019 se elevó propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación presentada por no concurrir los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

DECIMOSEGUNDO.- 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 las Administraciones Públicas (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

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

En cuanto a la legitimación pasiva, si bien es cierto que la actuación sanitaria a la que se imputa el daño fue prestada en un centro sanitario privado, ello no obsta para que pueda tramitarse y resolverse el procedimiento de responsabilidad patrimonial que nos ocupa, ya que la asistencia recibida por el paciente trae causa, según se desprende de los datos que obran en el expediente, de un concierto previo con la Administración sanitaria por lo que, en última instancia, es ésta la que debe asumir el eventual resarcimiento de los daños que se pudieran haber ocasionado en dicho centro sanitario, con el mismo alcance que si se hubieran ocasionado en sus propias instalaciones, toda vez que las exigencias del principio de indemnidad, consagrado en el artículo 106 de la Constitución, hacen indiferente quién sea el causante inmediato del daño, sin que quepa colocar al ahora reclamante en peor posición por el hecho de que el daño haya sido causado no por el servicio público sanitario propiamente dicho, sino por un centro sanitario concertado, pues éste, al fin y al cabo, actúa por cuenta de aquél.

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (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. No obstante se ha de llamar la atención sobre la inclusión en el expediente de un informe del Jefe de Servicio de Aseguramiento y Prestaciones del SMS que, según lo ya ha afirmado por este Consejo con anterioridad, no puede admitirse como alternativa al de la Inspección Médica, es decir, no puede sustituirlo, por las características propias de uno y otro puestas de manifiesto en el Dictamen 193/12. No se considera acertada la forma de incluirlo, sin que conste la petición cursada, desconociéndose el autor de la misma y los motivos que le impulsan a ello, aunque debe suponerse que responde a la decisión del órgano instructor y con la intención loable de agilizar el procedimiento. En el Dictamen 193/12 se exponen detalladamente las razones por las que no se considera adecuada esta práctica, dándose aquí por reproducidas.

Lo dicho exige que la decisión de pedir el informe referido y la de continuar el procedimiento sin el informe de la Inspección Médica quede reflejada en el expediente mediante el acuerdo del órgano instructor que la fundamente debidamente.

La falta de constancia de esas decisiones impediría considerar completado el expediente pues el expediente administrativo es el conjunto ordenado de documentos y actuaciones que sirven de antecedente y fundamento a la resolución administrativa, así como las diligencias encaminadas a ejecutarla, definición que hoy proclama el artículo 70 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), tomada de la clásica del Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROJ), en su artículo 164. Si como indica el número 2 del artículo 70 LPACAP, prácticamente coincidente con el 164.2 ROJ, el expediente se forma con la agregación ordenada de cuantos documentos, pruebas, dictámenes, informes, acuerdos, notificaciones y demás diligencias que deban integrarlos, faltando cualquiera de esos documentos no podría considerarse completo.

Como idea de cierre del razonamiento expresado en este apartado debe quedar que no se pueden incluir en el expediente documentos que respondan a actos de impulso del procedimiento sin constancia de su petición y los motivos en que se fundamenta, más aún si, como en el caso presente, su aplicación puede tener como consecuencia transcendental la continuación del procedimiento sin esperar a la emisión de informes preceptivos y determinantes.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales y su aplicación al caso dictaminado.

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

- 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 3^a, 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 3^a, 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".

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 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 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.

En el caso presente los informes periciales aportados, todos ellos por la Administración, o no se pronuncian o lo hacen a favor de la no infracción de la "*lex artis*". Este último es el caso del informe del Inspector Médico que entre sus conclusiones afirma que "*6. La lesión del nervio ciático poplíteo externo secundaria a cirugía de varices (safena externa) es una complicación infrecuente pero posible en este tipo de cirugía, dada la proximidad anatómica entre la estructura nerviosa y la venosa a nivel de la cabeza del peroné*", y, por lo tanto "*7. El diagnóstico y tratamiento de la citada complicación se realizó de forma rápida y adecuada a las características de las secuelas*". Esto por lo que respecta a la primera intervención, la practicada en la "Clínica San José". En cuanto a la segunda, la realizada en el HVA, dice: "*12. La actuación asistencial ante las secuelas derivadas de la*

intervención quirúrgica fueron adecuadas y pertinentes al desarrollo del cuadro". Lo dicho nos lleva a afirmar que no se ha acreditado la infracción material de la *normopraxis* y, por tanto, no se puede afirmar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración puesto que la materialización del riesgo causante de los daños en ningún caso puede ser atribuida a una deficiente asistencia.

III. Ahora bien, 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 3^a, 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*".

En cuanto 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*".

Éste es un punto en el que las conclusiones del informe del Inspector Médico se plasma en varios párrafos del apartado de conclusiones. En primer lugar, y por lo que a la primera intervención se refiere, el número 8 de las conclusiones expresa que "*El consentimiento informado presentado al paciente se refiere a cirugía de várices en general y, concretamente, a la de la vena safena interna y la posibilidad de lesionar el nervio safeno interno. No hace referencia en ningún momento a la posibilidad de lesión del ciático poplíteo externo probablemente porque se utilizó un documento de consentimiento genérico*". Y más adelante, en la número 9, el informante expone que "*Desconocemos si al ser incluido en lista de espera el 21 de octubre de 2015 y ser informado de los riesgos y beneficios de la intervención quirúrgica fue informado de los riesgos específicos de extirpación de várices en safena externa y colaterales*". Como conclusión que podríamos considerar última en relación al aspecto del consentimiento informado, la número 11 indica que "*El documento de consentimiento informado que aparece en la historia clínica no hace mención a este tipo de complicación*".

Es decir, que no ha quedado constancia por escrito de que el paciente otorgara su consentimiento estando íntegramente informado de los riesgos que conllevaba la intervención quirúrgica practicada en la Clínica San José. Aunque tampoco puede descartarse que la información le fuera facilitada verbalmente, bien en el momento de su inclusión en la lista de espera del HVA, bien en la propia clínica antes de la operación ya que la lesión del nervio ciático poplíteo externo es una complicación infrecuente pero posible por la proximidad anatómica entre la estructura nerviosa y venosa en la cabeza del peroné. Tal vez la explicación de la falta de constancia escrita derive, como se indica en el informe del Inspector Médico, del hecho de que se utilizó un formulario de consentimiento genérico.

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, del informe del Inspector Médico se desprende con claridad que la lesión del nervio ciático poplitéo externo secundaria a varices es una complicación infrecuente pero posible en ese tipo de cirugía. Riesgo típico, aun cuando la efectiva materialización de dicho riesgo pueda calificarse como de infrecuente. Precisamente por eso, por el hecho de que sea considerado un riesgo típico, se debe informar al paciente de su posible aparición, para que él decida si lo asume y se aplica o no la técnica quirúrgica.

Merece citarse a este respecto, por lo expresivo de su análisis, la STS, Sala 1^a, 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".

Considerando la índole de la patología del reclamante debe estimarse que el déficit apreciado en la información suministrada sobre los riesgos de la intervención quirúrgica a realizar constituye una infracción de la *normopraxis*, en lo relativo al consentimiento informado. En la medida que de la solicitud del reclamante se desprende que la información que se le trasladó no se ajustaba a las exigencias de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, y que la Administración no ha probado documentalmente el alcance de la información que se le transmitió y que ésta se ajustara a la indicada Ley y a la jurisprudencia que la interpreta, procede declarar la responsabilidad patrimonial reclamada por incumplimiento de la "*lex artis*" en su dimensión estrictamente formal, apreciando la existencia de relación causal entre el anormal funcionamiento del servicio público sanitario y el daño moral consistente en la vulneración del derecho del paciente a la autodeterminación en relación con su salud.

CUARTA.- Quantum indemnizatorio.

Las consecuencias indemnizatorias derivadas de la infracción de obligaciones legales en materia de información al paciente, cuando no existe a su vez una infracción de la *lex artis* en sentido material, se traducen en la realización de 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..." (SSTS, 3^a, de 29 de junio de 2010 y 24 de julio de 2012).

De forma más reciente, la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 664/2018, de 24 abril, continúa señalando que en estos supuestos "*no procede la indemnización por el resultado del tratamiento, si este fue, como se ha concluido en el caso de autos, conforme a la "lex artis"* (sentencias de 27 de diciembre y 30 de septiembre de 2011, y de 9 de octubre de 2012; dictadas en los recursos de casación 2154/2010, 3536/2007 y 5450/2011). Porque lo procedente en tales supuestos es, como acertadamente concluye la Sala de instancia, la fijación de una indemnización sobre la base del daño moral que se haya ocasionado, para lo cual se ha de atender a las circunstancias del caso; circunstancia que en el supuesto ahora enjuiciado no puede desconocer ni la situación del paciente, la necesidad de las intervenciones y la correcta actuación médica, como concluye la Sala de instancia".

Junto a cierta corriente jurisprudencial que identifica la omisión del consentimiento con una pérdida de oportunidad, considerando que el concepto indemnizatorio no es el resultado dañoso final sobre la salud del paciente, sino la mera posibilidad de haberlo evitado, bien sustrayéndose a la intervención o bien optando por

otras alternativas (vid STS, 1^a, de 16 de enero de 2012, y nuestro Dictamen 176/2018), en el ámbito de la jurisdicción contenciosa parece prevalecer la postura que considera la omisión del deber de información al paciente como generadora de un daño moral, y no de otra clase, consistente en la privación de la capacidad de decidir del paciente, lo que excluye de la indemnización el daño físico o psíquico, razón por la cual no se estima adecuado acudir en estos supuestos a la aplicación, ni aun a modo meramente indicativo, de los baremos utilizados para la valoración del daño personal, cuya referencia son siempre las lesiones corporales o las afecciones psíquicas, a las que se incorpora como algo accidental o meramente complementario el daño moral que aquéllas conllevan.

Antes al contrario, la cuantificación del daño moral se encuentra siempre impregnada del "*inevitable subjetivismo que conlleva la fijación del llamado pretium doloris*" (STS, 3^a, de 26 de mayo de 2015), dado su carácter afectivo y que carece de módulos objetivos, lo que aboca al operador jurídico a la fijación de una cuantía o cifra razonable que, en términos de equidad, y en atención a las circunstancias concurrentes, permitan entender resarcido el daño moral causado al paciente.

Dichas circunstancias, utilizadas por la jurisprudencia como parámetros de valoración del daño moral consistente en la privación al paciente de su derecho de autodeterminación, son variadas y atienden al "*propio estado y evolución de los padecimientos*" (STS, 3^a, de 1 de febrero de 2008); a la edad del paciente, la necesidad de la intervención practicada y la corrección de la actuación médica en sentido material (SSTS, 3^a, de 4 de diciembre de 2012 y núm. 664/2018, de 24 de abril); la trascendencia y gravedad de la intervención, que se traduce en la importancia de las secuelas (STS, 3^a, de 4 de abril de 2000); la frecuencia con que pueden aparecer complicaciones o secuelas derivadas de la intervención (STS, 3^a, de 25 de mayo de 2011), etc.

A la luz de lo expuesto, entiende el Consejo Jurídico que la indemnización del daño moral causado en el paciente como consecuencia de la omisión de la información necesaria para poder decidir libremente acerca de su salud, 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 aquélla, las posibilidades de éxito, la corrección de la *praxis* médica material seguida, las alternativas de tratamiento o de sustracción a la intervención, así como también la edad del paciente.

En aplicación de estos criterios, y dado que la extirpación de colaterales se llevó a cabo de conformidad con la *lex artis* material y que estaba plenamente indicada como tratamiento de elección para la situación clínica que presentaba el paciente; que en la funcionalidad del miembro afectado se ha producido cierta recuperación, cabe considerar que una indemnización de 3.000 euros resarciría adecuadamente el daño moral que se entiende producido.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina desfavorablemente la propuesta de resolución al no apreciar la existencia de relación de causalidad entre el daño producido y el funcionamiento del servicio público por cuanto, no existiendo vulneración de la *lex artis* en sentido material, sí la hay en sentido formal al haberse infringido el deber de facilitar una

adecuada información al paciente, conforme se razona en la Consideración Tercera de este Dictamen, por lo que procede reconocer una indemnización que resarza el daño moral consistente en la privación al paciente de su derecho de autodeterminación sobre la propia salud.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización habría de ajustarse a lo indicado en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.

