



Dictamen nº **78/2021**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 26 de abril de 2021, 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 18 de febrero de 2021 (COMINTER_51921_2021_02_18-02_36) y CD recibidos en la sede de este Consejo Jurídico el 19 de febrero de 2021, sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (exp. 2021_035), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO. - Con fecha 28 de enero de 2019, D. X, presenta escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio Murciano de Salud (SMS) por los daños causados tras operación, el 5 de diciembre de 2016, en el Hospital General Universitario Reina Sofía (HRS) de lipoma cervical izquierdo.

Acompaña a su escrito de reclamación informe de alta de hospitalización del HRS, así como Resolución del INSS por la que se le reconoce la incapacidad permanente total para su profesión habitual.

En dicho escrito no cuantifica el importe de la indemnización.

SEGUNDO. ? Solicitada la subsanación de su solicitud, con fecha 28 de febrero de 2019 presenta escrito en el que, en síntesis, indica:

Que la lesión del nervio espinal cumple con todos los criterios médicos de causalidad para ser definida como lesión iatrogénica.

En segundo lugar, dicho riesgo especial y conocido en este tipo de intervenciones quirúrgicas no es informado en ningún momento por parte de Cirugía General, por lo que no se contemplaba como lesión posible ante lo cual no se planificó la intervención con los medios necesarios y el planteamiento quirúrgico preciso.

Con posterioridad y pese a las asistencias a urgencias con dolor referido y sintomatología típica y las diversas visitas a especialistas en ningún momento es sospechada la lesión del nervio espinal, lo que es fundamental para la reparación temprana que genera unos buenos resultados, por lo que existe una dilación injustificada de diagnóstico que influye de manera directa y negativa en el pronóstico y evolución del paciente, no es hasta octubre de 2017 cuando se valora la verdadera entidad de las lesiones. Finalmente, existiendo posibilidad de reparación quirúrgica tras la detección tampoco en ningún informe se plantea la opción al paciente o la desestimación por razones de ciencia para paliar la sintomatología lo que hubiera permitido, a todas luces, la mejoría clínica. Por todo ello, es evidente que la praxis médica no se ha adecuado a la realidad de la ciencia médica.

En cuanto a la valoración económica del daño, la cuantifica en 250.000 euros, aunque en el SOLICITO de su escrito la cuantifica en 275.000 euros, sin indicar el fundamento de dicha cuantía.

TERCERO. - Por Resolución del Director Gerente del SMS, de 7 de marzo de 2019, se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, nombrando instructor del procedimiento.

Al mismo tiempo la reclamación se notificó a la Gerencia de Área de Salud VII ?HRS- de Murcia y a la Correduría Aón Gil y Carvajal, S.A. a efectos de su traslado a la Compañía Aseguradora del SMS.

CUARTO. - Fueron recabados y remitidos la historia clínica del paciente y el informe de los profesionales implicados.

De estos profesionales ha emitido informe el Dr. D. Y, del Servicio de Cirugía General y Digestiva, en el que indica:

"ANTECEDENTES PERSONALES Y FAMILIARES:

Sin alergias conocidas.

Intervenciones: lipoma supraclavicular izquierdo 5/12/2016. Fractura radio derecho 13/12/2015.

Tratamiento crónico: pregabalina, diliban, metamizol, escitalopram, lorazepam.

RESUMEN CLÍNICO:

Paciente remitido, por primera vez, a consultas externas de cirugía el 18/02/2012, para valorar un bultoma latero-cervical izquierdo. Es visto posteriormente el 21/05/2014 donde se solicita TAC y PAFF (punción de la lesión para su examen anatomopatológico). Es citado y no acude a la consulta de 11/08/2015. En la consulta de 21/09/2015, se solicita un nuevo TAC por el tiempo transcurrido. No acude a consultas los días 29/10/2015 y 02/12/2015. Es el 24/05/2016, valorada la lesión y TAC, cuando se propone la cirugía, se informa y firma el documento de consentimiento informado.

Es intervenido el 05/12/2016, bajo anestesia general, donde participo como ayudante. La disección resulta laboriosa por la localización y tamaño. No obstante, se consigue la escisión completa, junto a la piel redundante. Se deja un drenaje subcutáneo y se cierra la piel con agrafes. Continúa con un postoperatorio inmediato sin incidencias relevantes, y es dado de alta hospitalaria el 06/12/2016, para controles ambulatorios.

El seguimiento se realiza en las consultas externas. No acude el día 05/01/2017. En la consulta de 16/02/2017, el paciente refiere hipoestesia latero-cervical izquierdo y parte del tórax superior izquierdo. El 15/05/2017 se queja de dolor en el hombro izquierdo. No acude el 22/06/2017.

En el periodo de revisiones, ha sido valorado y tratado, especialmente, por Rehabilitación y la Unidad del dolor.

Acude a mi consulta, por última vez, el 28/06/2018, e indica que persiste sintomatología de modo crónico y está tramitando la incapacidad laboral.

EXPLORACIONES COMPLEMENTARIAS:

TAC (25/10/2015) resumen: lipoma cervical izquierdo de 7.4 x 6.0 x 3.7 cm, sin cambios significativos con respecto al TAC previo.

Anatomía patológica definitiva: lipoma encapsulado de 9.5 x 8 x 3.5 cm. Piel sin alteraciones relevantes.

EMG (24/01/2017): axonotmesis parcial severa del nervio espinal izquierdo, en estado crónico y aparentemente estabilizado.

IMPRESIÓN DIAGNÓSTICA: AXONOTMESIS NERVIO ESPINAL POSQUIRÚRGICO

JUICIO: se realiza este resumen clínico a petición de la asesoría jurídica del Área VII, por reclamación interpuesta por D. X".

QUINTO. ? Abierto el plazo para la práctica de prueba, con fecha 18 de junio de 2019, el reclamante presenta escrito con el que aporta informe médico-pericial de la mercantil "Evalúo", firmado por el Dr. D. Z, licenciado en Medicina y Cirugía y Máster en Valoración de Incapacidades y del Daño Corporal para la Protección Social por la UNED en el que se concluye:

"a. La lesión del nervio espinal cumple con todos los criterios médicos de causalidad para ser definida como lesión iatrogénica.

b. Dicho riesgo especial y conocido en este tipo de intervenciones quirúrgicas no es informado en ningún momento por parte de Cirugía General, por lo que no se contemplaba como lesión posible ante lo cual no se planificó la intervención con los medios necesarios y el planteamiento quirúrgico preciso.

c. Es conocido por la comunidad médica y científica que toda lesión tumoral benigna que incida en el triángulo posterior del cuello debe ser diseccionada con cuidado y valorada la integridad del nervio espinal realizando una exploración postquirúrgica o con monitorización electromiográfica intraquirúrgica lo que permite una detección temprana de la lesión en el caso de producirse. No consta en hoja operatoria que se haya practicado nada de lo anteriormente expuesto.

d. Con posterioridad y pese a las asistencias a urgencias con dolor referido y sintomatología típica y las diversas visitas a especialistas en ningún momento es sospechada la lesión del nervio espinal, lo que es fundamental para la reparación temprana que genera unos buenos resultados, por lo que existe una dilación injustificada de diagnóstico que influye de manera directa y negativa en el pronóstico y evolución del paciente, no es hasta octubre del 2017 cuando se valora la verdadera entidad de las lesiones.

e. Existiendo posibilidad de reparación quirúrgica tras la detección tampoco en ningún informe se plantea la opción al paciente o la desestimación por razones de ciencia para paliar la sintomatología lo que hubiera permitido a todas luces la mejoría clínica. Por todo lo anteriormente indicado este perito debe concluir, que la praxis médica no se ha adecuado a la realidad de la ciencia médica ni se han utilizado las prevenciones mínimas para evitar el resultado o repararlo de manera temprana. No existe así mismo un correcto consentimiento informado".

SEXTO. ? La instrucción del procedimiento solicita del HRS:

"- Consentimiento informado de la intervención que se le practicó a D. X el 5 de diciembre de 2016.

-Historia clínica de Atención Primaria de D. X."

Esta documentación es remitida con fecha 5 de agosto de 2019.

SÉPTIMO. ? Con fecha 5 de noviembre de 2019 se solicitó de la Inspección Médica informe valorativo de la reclamación presentada, acompañando a dicha solicitud copia del expediente.

Dicho informe es emitido con fecha 30 de octubre de 2020 con las siguientes conclusiones:

"1- La lesión del nervio espinal se presenta hasta en un 8% de las cirugías que se realizan en el triángulo cervical posterior.

2- En el CI firmado por el paciente, al ser genérico no recoge el riesgo de lesión nerviosa.

3- La monitorización del nervio espinal no está estandarizada para la cirugía del triángulo cervical posterior.

4- El diagnóstico de la lesión nerviosa se realizó al presentarse los síntomas de impotencia funcional del hombro, y se inició inmediatamente la rehabilitación, no hubo por lo tanto demora en ninguno de ellos.

5- Tanto el tratamiento rehabilitador como la cirugía se realizaron en el momento que la situación clínica lo requería.

6- La asistencia sanitaria recibida por el paciente fue conforme a la práctica, a tenor de la evidencia médica en ese momento y de acuerdo a los requerimientos y situación del paciente, siguiendo criterios, normas y protocolos establecidos.

7- Por tanto concluimos que la asistencia sanitaria prestada a D. X ha sido en todo momento correcta para la patología que presentaba, adecuándose a la Lex Artis".

OCTAVO. ? Con fecha 12 de diciembre de 2019, la compañía aseguradora del SMS aporta informe médico-pericial de los Drs. P y Q, especialistas en Cirugía General y del Aparato Digestivo, y en el que se concluye:

"1. El dolor del hombro, la escápula alada y la impotencia funcional del hombro son debidas a la axonotmesis del nervio espinal. Es una lesión descrita hasta casi en un 10% de la cirugía del triángulo cervical posterior y por ello nunca debe ser considerada como un daño desproporcionado.

2. La axonotmesis es una entidad reversible y suele recuperarse con rehabilitación. Pasado un tiempo superior a los seis meses es preciso recurrir a la cirugía como así fue.

3. En el CI no queda recogida la lesión del nervio espinal

4. La monitorización nerviosa está estandarizada en la del nervio recurrente en la cirugía de la glándula tiroidea y en la del nervio facial en la cirugía de la glándula parótida. En la cirugía del triángulo cervical posterior es recomendable pero no estándar; todavía no existe suficiente soporte científico como para considerarla obligada de rutina.

5. En ningún caso ha habido demora en el diagnóstico y en el tratamiento. Es por ello, que el pronóstico de este enfermo no tiene relación directa con los retrasos supuestos y recogidos en la reclamación.

VI.- CONCLUSIÓN FINAL

No hay datos en el historial clínico para considerar mala actuación médica durante y después de la cirugía. Habría sido deseable incorporar esta complicación en el CI firmado por el paciente".

NOVENO. - Otorgado con fecha 22 de diciembre de 2020 trámite de audiencia a los interesados, con fecha 25 de enero de 2021 el reclamante presenta escrito de alegaciones, en el que indica que se remite a su demanda formulada ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia frente al silencio negativo de su solicitud de reclamación patrimonial, añadiendo que existe una vulneración del consentimiento informado pues así lo señala el informe médico pericial de --, ya que se tendría que haber informado al paciente y no se hizo y que se debió haber monitorizado el nervio espinal para minimizar los riesgos y no se hizo, por lo que la praxis médica no se ha adecuado a la realidad de la ciencia médica ni se han utilizado las prevenciones mínimas para evitar el resultado o repararlo de manera temprana. No existe así mismo un correcto consentimiento informado.

Termina solicitando una indemnización de 117.049,93 euros.

DÉCIMO. - La propuesta de resolución, de 9 de febrero de 2021, estima parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial, ya que, si bien se concluye que la actuación médica fue la adecuada y que el padecimiento del reclamante no es consecuencia de defectuosa atención ni la misma aparece revestida de la antijuridicidad exigible, procede declarar la responsabilidad patrimonial reclamada por incumplimiento de la *lex artis* en su aspecto 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, al no recogerse en el consentimiento informado de la intervención quirúrgica que se le practicó, la posibilidad de lesión del nervio espinal, que valora en 3.000 euros.

DECIMOPRIMERO. - Con fecha 18 de febrero de 2021 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

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 81.2 de Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

Administraciones Públicas (LPACAP).

SEGUNDA.-Régimen jurídico, legitimación, plazo y procedimiento.

I. La LPACAP, junto a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), configuran una nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Dichas Leyes entraron en vigor el día 2 de octubre de 2016 (Disposición final séptima LPACAP y Disposición final decimoctava de la LRJSP), por lo que habiéndose iniciado el procedimiento mediante escrito registrado con fecha 28 de enero de 2019 le son plenamente aplicables.

II. El reclamante ostenta legitimación activa para reclamar, de conformidad con lo previsto en el artículo 32.1 de la LRJSP.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional en tanto que es titular del servicio público sanitario, a cuyo defectuoso funcionamiento se pretende imputar el daño.

III. En cuanto a la temporaneidad de la acción resarcitoria, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 67.1 LPACAP, tenemos que concluir que ésta se ejerció en el plazo legalmente previsto, puesto que consta en la historia clínica que con fecha 30 de mayo de 2018 se le da de alta con secuelas, por la que la reclamación presentada con fecha 28 de enero de 2019 es temporánea.

IV. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver que excede el previsto en el artículo 91 LPACAP.

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 32 y siguientes de la LRJSP 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 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 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*" como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. La "*lex artis*", por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Como señala la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 9 de octubre de 2012, "*debemos insistir en que, frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todas las dolencias, la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, pero, en ningún caso, garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; conforme con este entendimiento del régimen legal de la responsabilidad patrimonial, en modo alguno puede deducirse la existencia de responsabilidad por toda actuación médica que tenga relación causal con una lesión y no concurra ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta deriva de la, en su caso, inadecuada prestación de los medios razonablemente exigibles (así Sentencia de esta Sala de 25 de febrero de 2.009, recurso 9.484/2.004, con cita de las de 20 de junio de 2.007 y 11 de julio del mismo año).*"

*Con esto queremos decir que la nota de objetividad de la responsabilidad de las Administraciones Públicas no significa que esté basada en la simple producción del daño, pues además éste debe ser antijurídico, en el sentido que no deban tener obligación de soportarlo los perjudicados por no haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento, por lo que únicamente cabe considerar antijurídica la lesión que traiga causa en una auténtica infracción de la *lex artis*".*

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 (LEC)-, 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).

CUARTA.? Infracción de la *lex artis*: inexistencia. Ausencia de consentimiento informado: existencia.

I. Considera el reclamante que, en primer lugar, la lesión del nervio espinal cumple con todos los criterios médicos de causalidad para ser definida como lesión iatrogénica.

En segundo lugar, dicho riesgo especial y conocido en este tipo de intervenciones quirúrgicas no es informado en ningún momento por parte de Cirugía General, por lo que no se contemplaba como lesión posible ante lo cual no se planificó la intervención con los medios necesarios y el planteamiento quirúrgico preciso.

En tercer lugar, se debió realizar una exploración postquirúrgica o con monitorización electromiográfica intraquirúrgica lo que permite una detección temprana de la lesión en el caso de producirse.

En cuanto lugar, que existe una dilación injustificada de diagnóstico que influye de manera directa y negativa en el pronóstico y evolución del paciente, ya que no es hasta octubre de 2017 cuando se valora la verdadera entidad de las lesiones.

Finalmente, existiendo posibilidad de reparación quirúrgica tras la detección tampoco en ningún informe se plantea la opción al paciente o la desestimación por razones de ciencia para paliar la sintomatología lo que hubiera permitido, a todas luces, la mejoría clínica.

Por todo ello, concluye, es evidente que la praxis médica no se ha adecuado a la realidad de la ciencia médica ni se han utilizado las prevenciones mínimas para evitar el resultado o repararlo de manera temprana. Así mismo, no existe un correcto consentimiento informado.

Apoya el reclamante estas afirmaciones en un informe médico pericial que aporta, al que antes nos hemos referido, firmado por el Dr. D. Z, licenciado en Medicina y Cirugía, Máster en Valoración de Incapacidades y del Daño Corporal para la Protección Social.

Por el contrario, la propuesta de resolución considera que no ha existido infracción de la *lex artis*, con apoyo en el informe médico-pericial aportado por la compañía aseguradora, firmado por dos doctores especialistas en Cirugía General y del Aparato Digestivo, y en el informe de la Inspección Médica. Conclusión que comparte este Consejo Jurídico.

En efecto:

1º. En cuanto a la lesión del nervio espinal, el informe de la compañía aseguradora indica que el daño no puede ser considerado como desproporcionado cuando la literatura recoge una incidencia próxima al 10% de los casos, por lo que no es por tanto algo insólito.

El informe de la Inspección Médica, igualmente, considera que la lesión del nervio se presenta hasta en un 8% de las cirugías que se realizan en el triángulo cervical posterior.

2º. En cuanto a que debió realizarse una exploración postquirúrgica o con monitorización, el informe de la compañía aseguradora indica que: *"La monitorización del nervio espinal, si bien descrita para este tipo de cirugías, no está tan estandarizada. Dicho esto, lo que tratamos de significar es que no se puede tachar de negligente la no monitorización del nervio espinal. Todavía no existen trabajos en la literatura que signifiquen de forma notoria la menor prevalencia de la lesión del nervio espinal cuando se emplee la monitorización nerviosa. La literatura encontrada se refiere a serie de casos de escasa evidencia clínica científica"*.

Por su parte, el informe de la Inspección Médica indica que la monitorización del nervio espinal no está estandarizada para la cirugía del triángulo cervical posterior.

3º.- En cuanto al retraso diagnóstico, el informe de la compañía aseguradora indica que:

*"Estamos totalmente en desacuerdo por no haber habido un retraso injustificado en el diagnóstico, y menos un retraso inconveniente en el tratamiento. Dicho tratamiento se ha hecho conforme a la *lex artis*: al no haber sección completa del nervio lo razonable es comenzar con rehabilitación y pasado un tiempo sin éxito, procurar una mejora con la cirugía. Evidentemente, el pronóstico del paciente tras la lesión nerviosa ocurrida en la cirugía no se ha visto modificado por el supuesto retraso en el diagnóstico, y menos por el supuesto retraso en el tratamiento aplicado"*.

En cuanto al informe de la Inspección Médica, en el se indica que:

"El diagnóstico de la lesión nerviosa se realizó al presentarse los síntomas de impotencia funcional del hombro, y se inició inmediatamente la rehabilitación, no hubo por lo tanto demora en ninguno de ellos"; concluyendo que: "la asistencia sanitaria recibida por el paciente fue conforme a la práctica, a tenor de la evidencia médica en ese momento y de acuerdo a los requerimientos y situación del paciente, siguiendo criterios, normas y protocolos establecidos, y ha sido en todo momento correcta para la patología que presentaba, adecuándose a 1a Lex Artis".

Conclusión que compartimos con apoyo en estos dos citados informes, en primer lugar, por la especialización de los firmantes del informe pericial de la compañía aseguradora y, en segundo lugar, por la objetividad e imparcialidad que debe presumirse respecto de la Inspección Médica.

II. Cuestión distinta es la relativa al consentimiento informado, pues en este punto los tres informes coinciden en que el mismo no recoge la lesión del nervio espinal, y así lo considera también la propuesta de resolución para reconocer la responsabilidad patrimonial en este punto.

La doctrina de este Consejo Jurídico acerca del derecho a la autodeterminación del paciente en el ámbito de la salud a la luz de lo establecido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, es bien conocida por la Consejería consultante lo que nos exime de realizar una exposición detallada sobre la misma.

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 referida Ley 41/2002, de 14 de noviembre, 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 intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente, y para obtenerlo habrá de ofrecérsele información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sus riesgos.

a) En cualquier caso, el deber de información al paciente ha de sujetarse a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, de modo que habrán de ponderarse en cada caso concreto las circunstancias concurrentes del caso, algunas de las cuales tienen un reflejo legal, mientras que otras han sido objeto de consideración jurisprudencial. Entre las primeras (art. 9.2, letra b, Ley 41/2002), la urgencia del caso, de forma que a mayor urgencia menos información es exigible, la necesidad del tratamiento, o el carácter novedoso o la duda razonable acerca de los efectos del tratamiento o de la intervención.

Como se ha dicho, también la jurisprudencia ha relativizado el deber de información en atención a otras circunstancias, de modo que a mayor indicación del tratamiento o intervención, menor información es obligatorio trasladar, teniendo este criterio sus manifestaciones extremas y opuestas en los supuestos de medicina satisfactoria, por una parte, en la cual la mínima o inexistente necesidad del tratamiento convierte la exigencia de información en mucho más estricta; y, de otra, los tratamientos o intervenciones que constituyen la única alternativa terapéutica para la dolencia del paciente, en los cuales, si bien no cabe afirmar de forma categórica que el médico queda exento de informar al paciente, pues ello supondría incurrir en la falacia de admitir que las enfermedades o intervenciones que tengan un único tratamiento, según el estado de la ciencia, no demandan consentimiento informado (sentencia de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, de 8 de septiembre de 2003), sí que cabe afirmar que la exigencia de información se reduce al mínimo.

b) La infracción de este deber ha sido caracterizada por la jurisprudencia mayoritaria como vulneración de la *"lex artis ad hoc"* en sentido formal, que es susceptible de producir un daño *"que lesiona el derecho de autodeterminación del paciente al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudicial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria"* (SSTS de 3 de octubre y 13 de noviembre de 2012).

Para que surja este daño moral que lesiona el derecho de autodeterminación del paciente y para que resulte indemnizable será necesario, en consecuencia, que se incumpla de forma total o parcial el deber de obtener su consentimiento informado para someterse a una determinada actuación, intervención o prueba para la que se considere preceptiva su obtención, y que de dicha actuación o intervención derive, en términos de estricta causalidad física, un determinado perjuicio para la salud del paciente.

En la medida en que el consentimiento haya de constar por escrito (art. 8 Ley 41/2002), resulta evidente que el medio de prueba ordinario de haber sido informado el paciente será la presentación del correspondiente documento, de tal forma que la regularidad en el funcionamiento del servicio exigirá la constancia formal de la voluntad informada del paciente de someterse al procedimiento médico de que se trate. Ahora bien, la ausencia del documento no determina automáticamente la antijuridicidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se dio la necesaria información al paciente. La forma cede, por tanto, a favor de la satisfacción material del deber de consentimiento informado. En tales casos, el medio probatorio por excelencia será la historia clínica, de forma que, si de ella se deduce un contacto constante, fluido, desprendiéndose que se ha transmitido información, podrá concluirse que se han cumplido los deberes de información que incumben al responsable médico del proceso.

Si ni tan siquiera en la historia clínica se contienen datos suficientes de los que se desprenda de forma inequívoca que se ha informado al paciente a lo largo de todo el proceso, cabrá incluso admitir otros medios de prueba, tales como la testifical o, incluso, las presunciones. Ahora bien, aunque no se excluya de forma tajante y absoluta la validez de cualquier información que no se presente por escrito, en tal caso, es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000). Resulta esclarecedora otra resolución de la misma Sala, ésta de 3 de octubre de 2000, que declara: *"la obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad"*.

En el supuesto sometido a consulta ha quedado acreditado que en el consentimiento informado firmado por el reclamante para someterse a la intervención quirúrgica, no se recogía como riesgo de ésta la posibilidad de lesión del nervio espinal, por lo que debe reconocerse la responsabilidad patrimonial en este único punto.

Como ya se ha expuesto, la mera omisión de la información sobre riesgos en el documento formalizado de consentimiento informado no comporta en sí misma una vulneración del derecho a la información del paciente y a decidir sobre su propia salud, si la Administración prueba por otros medios que dio aquella información al paciente, la extensión y alcance de dicha información y que éste consintió de forma libre y consciente la operación.

Y, a tal efecto, no existe evidencia de que se trasladara al paciente la eventualidad de sufrir una lesión del nervio espinal con ocasión de la intervención quirúrgica. Ni siquiera el cirujano que lo intervino afirma en su informe que así lo hiciera.

Cabe considerar, por tanto, que no se le trasladó información alguna al paciente acerca del riesgo que luego se materializó. En consecuencia y en la medida que la información que se facilitó al enfermo no se ajustaba a las exigencias de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre 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.

QUINTA.- Quantum indemnizatorio.

Ya hemos anticipado, respecto de 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, que lo que se produce es 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, 3ª, 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, 1ª, 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, 3ª, 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, 3ª, 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, 3ª, 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, 3ª, de 4 de abril de 2000); la frecuencia con que pueden aparecer complicaciones o secuelas derivadas de la intervención (STS, 3ª, 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 intervención se llevó a cabo de conformidad con la *lex artis* material, que estaba plenamente indicada como tratamiento de elección para la situación clínica que presentaba el paciente y de otra que el enfermo era relativamente joven (47 años) a la fecha de la intervención, cabe considerar que una indemnización de 3.000 euros, tal y como considera también la propuesta de resolución, 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 favorablemente la propuesta de resolución en la medida en que desestima la imputación de mala *praxis* en sentido material efectuada por la reclamación, toda vez que no se ha acreditado que la intervención practicada se apartara de las exigencias de la *normopraxis*.

SEGUNDA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución cuando aprecia vulneración de la *lex artis* en

sentido formal, declarando que existe una infracción del derecho a la información del paciente, conforme se razona en la Consideración Cuarta de este Dictamen, por lo que procede reconocer una indemnización que resarza el daño moral consistente en la privación al enfermo de su derecho de autodeterminación sobre la propia salud.

TERCERA.- También es favorable el parecer del Consejo Jurídico a la cuantía de la indemnización (3.000 euros) señalada por la propuesta de resolución, que se ajusta a los criterios de valoración económica indicados en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

