Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº **257/2022**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 25 de octubre de 2022, 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 30 de mayo de 2022 (COMINTER 157171 2022 05 30-11 01) y CD recibido en la sede de este Consejo Jurídico el día 2 de junio de 2022, sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, en representación de D.ª Y, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (exp. 2022_172), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 1 de julio de 2015, un Letrado que actúa en nombre de D.ª Y, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración regional por los daños que dice haber sufrido ésta como consecuencia de la asistencia sanitaria dispensada por el Servicio Murciano de Salud.

Relata la reclamación que la Sra. Y, de 34 años de edad, con antecedente de fractura de extremidad distal del radio y cúbito derecha 20 años atrás, solicita una indemnización de 95.000 euros por una mala praxis quirúrgica en el tratamiento de un dolor incapacitante en el borde cubital de la muñeca que comenzó tras sufrir tres meses antes una caída con apoyo de la mano derecha en extensión.

Manifiesta que tras acudir a consulta externa de Traumatología el 16 de abril de 2012 por el dolor, quedó en lista de espera y se sometió a una artroscopia diagnóstica en el Hospital “Morales Meseguer” de Murcia, el 12 de junio de 2013 (14 meses después de la caída), cuya impresión diagnóstica fue de secuelas de la fractura antigua con “*pseudoartrosis de estiloides cubital con lesión desinserción foveal FCT* [fibrocartílago triangular]”. Hasta la fecha de la intervención la interesada permaneció prácticamente asintomática, pero tras la artroscopia presentó dolor incapacitante en muñeca y extensores de los dedos.

Fue reintervenida el 20 de noviembre de 2014. El 10 de diciembre de 2014 es alta en el Servicio de Traumatología con secuelas. En el informe de alta se indica que la paciente “*tenía una rotura de FCT muy compleja y que se suturó la parte cubital no siendo posible la porción más radial, esto implica que va a persistir parte del dolor en la muñeca y limitación de la fuerza y que no hay otra intervención que le vaya a mejorar*”.

Se pautó rehabilitación que no mejoró la sintomatología de dolor ni consiguió recuperar la total funcionalidad de la mano, tras lo que la paciente fue remitida a la unidad del dolor.

Se alega en la reclamación que “*fruto de un incorrecto manejo operatorio, la paciente ha quedado con una mano dolorosa y funcionalmente inútil, sin capacidad laboral alguna*”. Añade que no fue informada de estas posibles secuelas y que, de haberlas conocido, no se habría operado.

Solicita una indemnización de 95.000 euros -cuantificada según el sistema de valoración de daños a las personas físicas derivados de los accidentes de circulación-, en concepto de secuelas, días de incapacidad temporal e incapacidad permanente.

Se aporta junto a la solicitud copia de diversa documentación clínica y de escritura de poder para pleitos en favor del Letrado actuante.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud de 27 de julio de 2015, se ordena la instrucción del procedimiento al Servicio Jurídico del indicado ente público sanitario, que procede a comunicar a la interesada la información prescrita por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), al tiempo que recaba una copia de la historia clínica de la paciente a la Dirección Gerencia del Área de Salud en la que fue atendida, así como el informe de los profesionales que prestaron dicha asistencia.

Consta, asimismo, que se comunica la presentación de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la correduría de seguros.

TERCERO.- Cumplimentado por la Administración sanitaria el requerimiento instructor, se evacua informe por parte de la traumatóloga que trató a la paciente y que se expresa en los siguientes términos:

"… *ha sido atendida en este servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica desde Mayo de 2012 cuando consultó por dolor en borde Cubital de la muñeca derecha, crónico con agudización, que lo hacía incapacitante, en los últimos meses previos a la consulta, debido a una caída accidental, según consta en el informe de 28 Mayo 2012. El dolor y los antecedentes sugerían la presencia de una lesión en borde Cubital de la muñeca, de origen en múltiples etiologías. Tras valorar las pruebas complementarias junto con los antecedentes médicos y la exploración clínica, se propone artroscopia de muñeca.*

Dicha intervención consiste en la exploración bajo una cámara, de la articulación de la muñeca y todas las estructuras asociadas. En múltiples ocasiones, es la única técnica que permite hacer un diagnóstico preciso de las lesiones del carpo, debido a la falta de especificidad del resto de pruebas complementarias. Esta técnica puede utilizarse como diagnóstica y/o terapéutica, no siendo posible muchas veces mejorar los síntomas tras la misma e incluso empeorarlos si la respuesta a la cicatrización es hipertrófica o inflamatoria, situación de la que se les informa en la consulta a los pacientes. Según el informe de dicha intervención, se encontró una lesión en el origen cubital foveal del FCT secundaria claramente a la fractura de radio que había presentado en la infancia, así como una lesión amplia radial del mismo. La lesión foveal se repara con arpón a su sitio anatómico apoyada la sutura en la cápsula articular, siendo una de las técnicas habituale s descritas para estas lesiones, y por el contrario son normalmente irreparables las lesiones radiales.

Durante el postoperatorio y tras la inmovilización adecuada, comienza la rehabilitación para ganar el BA y la fuerza perdida por la intervención y las 6 semanas necesarias de férula para favorecer la cicatrización del fibrocartílago triangular. Durante los meses posteriores, persiste dolor dorsal posiblemente relacionada con irritación de los extensores con el material de sutura e implante que se confirma con una RNM con contraste que además informa de lesiones condrales radiocarpianas, irreversibles, por lo que, tras terminar la rehabilitación, para no abortar la recuperación del balance articular y la disminución del proceso inflamatorio, se programa para realizar extracción del material irritante y sinovectomía si lo precisara.

En la intervención se extraen dichos materiales, no encontrando sinovitis que precise asociarlo a la intervención. La paciente persiste con dolor que le impide hacer una vida activa en lo personal y laboral.

Las secuelas son debidas a un proceso degenerativo de la muñeca con lesiones irreparables, condrales en su

evolución por aumento de trasmisión de la carga al borde radial de la muñeca, lo que ocurre por una incompetencia del fibrocartílago triangular para soportar la carga en el lado cubital.

Las complicaciones asimismo de la artroscopia de muñeca, descritas en la literatura médica comprenden: infección, rigidez, fracaso de la reparación, dolor continuo, disminución de la fuerza, fallo del material implantado. En la literatura existen múltiples valoraciones de estas lesiones, siendo una de ellas la revisión por parte de Araujo et al de 17 pacientes después de la reparación artroscópica de las roturas tipo IB de Palmer con una edad promedio de los pacientes de 33 años, mostró que a los 8 meses de seguimiento, a los 16 a 24 meses de seguimiento (sic)*, el 70% de los pacientes se mostraron satisfechos no así el resto de ellos, que no se volverían a intervenir por ausencia de mejoría. En Mayo de 2015, fue alta en la consulta con las secuelas indicadas en los informes, sin solución con tratamiento quirúrgico, y de lo cual se informa a la paciente*".

Consta, asimismo, en el expediente, informe del Servicio de Rehabilitación que, tras enumerar y describir las actuaciones realizadas sobre la paciente, concluye como sigue:

"*Situación estable, sin cambios con el tratamiento en este servicio. Adaptación con secuela funcional, dolor y limitación de movilidad*".

CUARTO.- Solicitado el 7 de octubre de 2015 el preceptivo informe de la Inspección Médica a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria, se evacua el 17 de mayo de 2021, con las siguientes conclusiones:

"*1. La paciente fue diagnosticada correctamente desde el inicio de su asistencia por el Servicio de Traumatología del Hospital J.M. Morales Meseguer así como la secuencia de intervenciones quirúrgicas realizadas en primera y segunda intervención obedecen a criterios reconocidos en la literatura médica al respecto de este tipo de lesiones.*

2. La sintomatología de molestias y dolor están presentes ya al inicio del episodio global previo a la primera intervención que desencadena una caída con la mano extendida sobre la zona anteriormente lesionada durante la infancia a los 12 años con resultado de afectación del complejo fibroarticular triangular (CFCT) .

3. No puede establecerse de forma determinante si la evolución de una sintomatología dolorosa inicial hacia dolor incapacitante y limitante funcional es vinculable a las propias intervenciones quirúrgicas o actuaciones médicas o al propio proceso degenerativo evolutivo de las áreas afectadas y las estructuras allí presentes tanto óseas, cartilaginosas o ligamentosas y en especial el CFCT. En la propia literatura y bibliografía médica se contempla la opción de la imposibilidad de resolución de los síntomas asociados aun realizándose una correcta actuación.

4. Las artroscopias, en este caso de muñeca, son procedimientos que contienen en sí mismas la posibilidad de la doble condición y cualidad de ser, diagnostico-terapéuticas y estas características implícitas evitan una duplicidad repetitiva sobre los pacientes de una técnica invasiva que puede conseguir un doble fin en un solo paso. Se realizó un año después de su indicación.

5. No se encuentra en la documentación examinada el consentimiento informado relativo a la realización de dicha técnica,-la facultativa indica no localización del mismo-, aunque sí figuren los correspondientes al Servicio de Anestesia en los procedimientos donde este servicio interactúa en los episodios relatados.

6. El conjunto de actuaciones médico quirúrgicas a lo largo del proceso son acordes con la buena práctica médica tanto en diagnóstico como en terapéutica, así como el seguimiento e indicaciones prescritas o realizadas".

QUINTO.- Conferido el preceptivo trámite de audiencia a los interesados, no consta que se haya hecho uso del mismo por aquéllos, que no presentan alegaciones o justificaciones adicionales.

SEXTO.- Con fecha 26 de mayo de 2022 se formula propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, toda vez que aun cuando no aprecia la instrucción la alegada infracción de la *lex artis* en su aspecto material (manejo quirúrgico de la paciente), sí considera que se incurrió en mala praxis en el aspecto formal, al no constar en la historia clínica que se informara adecuadamente a la paciente de los riesgos que afrontaba como consecuencia de la intervención a que se sometió. Propone una indemnización de 3.000 euros en concepto del daño moral asociado a la privación del derecho de autodeterminación de la paciente acerca de su propia salud.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de dictamen mediante comunicación interior del pasado 30 de mayo de 2022, complementada con documentación adicional en formato CD recibida el 2 de junio siguiente.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, ya que versa sobre una reclamación que en concepto de responsabilidad patrimonial se ha formulado ante 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 los artículos 142.3 LPAC y 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP), todavía vigentes al momento de presentarse la reclamación.

SEGUNDA.- Régimen jurídico aplicable, legitimación y plazo para reclamar y procedimiento.

I. En cuanto al régimen jurídico que resulta de aplicación a este procedimiento, conviene recordar que la LPAC ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), que 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.

Sin embargo, la Disposición transitoria tercera, apartado a), de la LPACAP dispone que no resulta de aplicación a los procedimientos que, como el que es objeto del presente Dictamen, se hubieran iniciado antes de su entrada en vigor el 2 de octubre de 2016, que se regirán por la normativa anterior. En consecuencia, el régimen legal aplicable en el supuesto sometido a consulta es el que establecía la LPAC.

II. Cuando de daños físicos o psíquicos a las personas se trata, la legitimación para reclamar por ellos corresponde, de forma primaria, a quien los sufre en su persona, lo que determina que la legitimada en el supuesto sometido a consulta sea la propia paciente.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, en su condición de titular del servicio público de asistencia sanitaria a la población con ocasión de cuya prestación se produjo el daño reclamado.

III. La reclamación se ha presentado dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 LPAC, pues aun cuando la intervención a la que se imputa el daño data del 12 de junio de 2013, la evolución de las lesiones en la muñeca de la paciente determinó que no recibiera el alta con secuelas hasta el 10 de diciembre de 2014, fecha a partir de la cual pueden considerarse estabilizados y determinados dichos daños, circunstancia ésta a la que el referido precepto legal liga el comienzo del plazo de prescripción del derecho a reclamar.

En consecuencia, la acción resarcitoria ejercitada el 1 de julio de 2015 ha de considerarse temporánea.

IV. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que se han cumplido los trámites legales que integran esta clase de procedimientos, sin que se aprecien carencias esenciales, toda vez que constan realizados todos los preceptivos.

Conviene destacar la ausencia de prueba por parte de la reclamante de algunos de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial, cuya carga le corresponde en exclusiva. En el supuesto sometido a consulta, el informe médico de la facultativa actuante y el informe de la Inspección Médica no han sido cuestionados o rebatidos por la parte actora a través de las correspondientes alegaciones y pruebas en el trámite de audiencia que se le ha otorgado. Las consecuencias de la omisión de dicha actividad probatoria por parte de la interesada serán analizadas en ulteriores consideraciones. Baste ahora con recordar el carácter de prueba esencial que en los procedimientos de responsabilidad patrimonial por pretendidos errores médicos o defectuosa asistencia sanitaria, reviste la prueba pericial, como de forma contundente expresa la sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 27 de junio de 2001, según la cual "*quien reclama debe p robar la relación de causalidad antes expuesta (artículo 6.1.2º in fine Reglamento de Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial* (...)*, y a tal efecto lo propio habría sido interesar una prueba pericial sobre la bondad de los tratamientos dispensados, prueba vital pues se está en un pleito en el que son convenientes o necesarios conocimientos científicos"*.

Llama la atención el excesivo plazo de 5 años y 7 meses que ha empleado la Inspección Médica en emitir su informe, pudiendo haber optado el instructor por continuar el procedimiento.

TERCERA.- Elementos de la responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario.

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 fueron recogidos por los artículos 139 y ss LPAC (hoy 32 y siguientes 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 de 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.

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción del deber de aplicación de medios, considerando a tal efecto el estándar de los disponibles aplicado a las circunstancias del caso concreto, responderá la Administración de los daños causados, pues, en caso contrario, dichos perjuicios no habrán de imputarse, en términos jurídicos, a la atención sanitaria pública y, por tanto, no tendrían la consideración de

antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que en tal caso podría declararse en todos los supuestos en los que, con ocasión de cualquier intervención de los servicios sanitarios públicos, no se pudieran evitar los daños a la salud de las personas que se producen por la misma naturaleza de la condición humana; tal resultado, obviamente, no respondería a la configuración constitucional y legal del instituto de la responsabilidad patrimonial de que se trata.

De ahí que, como recuerda el Consejo de Estado en Dictamen 52/2020, sea doctrina jurisprudencial reiterada (por todas, Sentencia de la Sección Quinta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 15 de marzo de 2018, rec. n.º 1016/2016) 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 constituya 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 de l 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*".

La actuación del médico 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 eleme nto modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

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-Adm inistrativo de 1 de marzo de 1999).

Para la Administración, además de los informes de los facultativos intervinientes, de preceptiva incorporación al procedimiento ex artículo 81.1 LPACAP (10.1 RRP), su principal apoyo probatorio habrá de ser el informe de la Inspección Médica, dadas las peculiares características que reúne y que pone de manifiesto la STSJ Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm. 430/2014, de 9 de junio, al señalar en relación con el indicado informe que "*en la valoración conjunta de la prueba se han de ponderar sus consideraciones médicas y sus conclusiones como elementos de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para la decisión de la litis, considerando que su fuerza de convicción reside, además de en su motivación y coherencia, en la circunstancia de que la Inspección Sanitaria informa con criterios de profesionalidad, objetividad e imparcialidad respecto del caso y de las partes*".

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento del servicio público sanitario.

La reclamación efectúa dos imputaciones de mala praxis. De un lado alega la existencia de una inadecuado manejo quirúrgico de la paciente que le habría originado las secuelas por las que reclama; de otra parte, se alega un déficit de información a la paciente acerca de los riesgos que afrontaba al someterse a la intervención que se le practicó en la muñeca.

Ambas imputaciones lo son de mala praxis, si bien inciden sobre dos dimensiones o aspectos diferenciados de la misma, el material y el formal, lo que aconseja su tratamiento y consideración por separado.

I. El pretendido inadecuado manejo quirúrgico de la paciente.

La reclamación no se detiene en precisar qué concreta actuación o técnica llevada a cabo durante la intervención de artroscopia fue inadecuada o incorrecta, ni señala incidencia alguna durante su práctica que pudiera ser demostrativa de mala praxis, sino que se limita a describir el proceso médico seguido por la paciente para finalmente concluir que el resultado es insatisfactorio, de donde deduce que se ha producido una infracción de la normopraxis, como si el servicio de asistencia sanitaria hubiera de garantizar un resultado a los pacientes, olvidando que el parámetro para la determinación de si se ha seguido una praxis adecuada es el de la aplicación de los medios necesarios y razonablemente posibles tendentes a la curación o mejoría del paciente, como se ha argumentado extensamente en la Consideración tercera de este Dictamen.

En cualquier caso, una alegación de incorrecto manejo quirúrgico de una paciente está íntimamente ligada al criterio de la *lex artis*, pues se pretende vincular la producción del daño con la actuación de los facultativos intervinientes en la asistencia sanitaria, la cual ha de ser valorada y analizada desde la ciencia médica, determinando en qué medida aquélla se ajustó o no a los parámetros de una praxis adecuada y correcta.

La valoración de la actuación facultativa, para establecer en qué medida la intervención, tanto en su indicación como en su desarrollo se ajustó a las exigencias médicas de esta práctica, exige un juicio técnico que únicamente puede ser realizado por los profesionales de la medicina. 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)-, resultan trascendentales los informes médicos que puedan obrar en el expediente.

Ahora bien, la interesada no ha traído al procedimiento una prueba adecuada y suficiente para generar la convicción acerca de la concurrencia de la mala praxis alegada, en particular, un informe pericial que sostenga sus imputaciones. Adviértase que de la sola consideración de la documentación clínica obrante en el expediente, única prueba propuesta por la interesada y practicada en el procedimiento, no puede deducirse de forma cierta por un órgano lego en Medicina como es este Consejo Jurídico, que la decisión de someter a la Sra. Y a una artroscopia de muñeca fuera errónea o que el desarrollo de la intervención no se ajustara al parámetro de la *lex artis*, ya fuera por utilizar una técnica quirúrgica inadecuada, por impericia del facultativo, por la no resolución de incidencias o complicaciones intraoperatorias, etc.

Esta carencia de prueba, por sí sola, podría resultar suficiente para rechazar la imputación de mala praxis en su aspecto material en los términos en los que fue planteada, dado que es al actor a quien incumbe la carga de probar la quiebra de la *lex artis* que imputa a la Administración, ex artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, conforme al clásico aforismo "*necessitas probandi incumbit ei qui agit*".

En cualquier caso, los informes técnicos que sí obran en el expediente apuntan a que la atención dispensada a la paciente fue la adecuada y ajustada a normopraxis, como de forma singular se desprende de la valoración crítica que de ella efectúa la Inspección Médica, que concluye su informe con el siguiente aserto: "*El conjunto de actuaciones médico quirúrgicas a lo largo del proceso son acordes con la buena práctica médica tanto en diagnóstico como en terapéutica, así como el seguimiento e indicaciones prescritas o realizadas".*

Procede en consecuencia desestimar la reclamación en lo que se refiere al aspecto material de la *lex artis*, toda vez que, sin perjuicio de lo que más adelante se dirá respecto al aspecto relacional médico-paciente, no consta que en la indicación, en el desarrollo de la artroscopia o en el seguimiento posterior, incluida la reintervención a la que hubo de someterse la enferma, se incurriera en mala praxis.

2. De la no constancia en el expediente del consentimiento previo a la intervención.

La ausencia en la historia clínica de la paciente de un documento específico de consentimiento previo a la artroscopia, junto a la no constancia en dicho historial de anotaciones que permitan llegar a la convicción de que, aun en ausencia del formulario estandarizado de consentimiento, se facilitó a la paciente información suficiente acerca de las alternativas de tratamiento y, en especial, de los riesgos que asumía al decidir efectuarse la

artroscopia, llevan a la propuesta de resolución a considerar que se produjo una vulneración del derecho de la paciente a decidir informada y libremente si se sometía o no a la operación.

Entiende que la eventualidad de sufrir intensos y continuados dolores, a menudo incapacitantes, era un riesgo típico de la intervención del que la paciente debió ser advertida con anterioridad a la cirugía, sin que conste en la historia clínica que así se hiciera.

A) Derecho del paciente a ser informado para decidir de forma libre y consciente acerca de su propia salud. Doctrina general.

a) Para el correcto análisis de la situación expuesta, resulta preciso comenzar por destacar la facultad de autodeterminación que legitima al paciente, en uso de su autonomía de la voluntad, para decidir libremente sobre las medidas terapéuticas y tratamientos que puedan afectar a su integridad, escogiendo entre las distintas posibilidades, consintiendo su práctica o rechazándolas. Señala el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 37/2011, que para que esa facultad de decidir sobre los actos médicos que afectan al sujeto pueda ejercerse con plena libertad, es imprescindible que el paciente cuente con la información médica adecuada sobre las medidas terapéuticas, pues sólo si dispone de dicha información podrá prestar libremente su consentimiento, eligiendo entre las opciones que se le presenten, o decidir, también con plena libertad, no autorizar los tratamientos o las intervenciones que se le propongan por los facultativos.

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 *in extenso*. 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 particu lariza 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.

b) 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 satisfactiva, 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.

c) 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 o el carácter incompleto de la información en él contenida no determina automáticamente la antijuridicidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se instruyó de forma suficiente 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 ha n 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 c arga 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 idéntico sentido, la STSJ Castilla y León (Valladolid), Sala de lo CA, núm. 2/2016, de 7 de enero, según la cual *"la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito ya que, en definitiva, el consentimiento informado, por su propia naturaleza, integra un procedimiento gradual y básicamente verbal, por lo que la exigencia de forma escrita por parte de la normativa tiene la finalidad de garantizar la constancia del consentimiento y de las condiciones en que se ha prestado, pero no puede sustituir a la información verbal, que es la más relevante para el paciente, de ahí que la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor ad probationem (a los efectos de la prueba) pudiendo ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso, por lo que la falta de forma escrita no determina por sí solo, en consecuencia, la invalidez del consentimiento en la información no realizada por escrito, sin perjuicio de que a falta del documento relativo a su prestación, incumbe a la Administración por inversión en la carga de la prueba la acreditación sobre el cumplimiento de las formalidades que exige el consentimiento informado, que comprenden, entre otros aspectos, no sólo los riesgos inherentes a la intervención sino también los posibles tratamientos alternativos; y que respecto de las consecuencias jurídicas de tal carencia en el consentimiento informado lo que debe valorarse en cuanto proceder antijurídico es la privación real y efectiva del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora"*.

B) En el supuesto sometido a consulta ha quedado acreditado que no consta en la historia clínica el documento de consentimiento informado que hubo de prestar la paciente con anterioridad a la intervención, como tampoco hay constancia en la historia clínica de anotaciones que revelen la transmisión a la paciente de información acerca de los riesgos que asumía al someterse a la artroscopia. Sí se recabó su consentimiento para la anestesia, pero no el específico para la técnica diagnóstico/terapéutica que se le realizó.

Como ya se ha expuesto, la mera omisión del 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 a la paciente, la extensión y alcance de dicha información y que ésta consintió de forma libre y consciente la operación.

Es preciso, por tanto, analizar la relación dialogística que se dio entre los médicos y la enferma para determinar si hubo verdadera y sustantiva transmisión de información, aun cuando ésta no se plasmara en el documento institucionalizado y formalizado de consentimiento.

Y, a tal efecto, no existe evidencia de que se trasladara a la paciente la eventualidad de sufrir dolores permanentes tras la intervención quirúrgica. Ni siquiera la traumatóloga que la intervino afirma en su informe que así lo hiciera.

Cabe considerar, por tanto, que no se le trasladó información alguna a la paciente acerca del riesgo que luego se materializó. En consecuencia y en la medida que la información que se facilitó a la enferma 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 de la 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 la s 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 la 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 de la 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 de muñeca 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 la paciente y que la enferma era joven (34 años) a la fecha de la intervención y que el dolor crónico que padece le incapacita para llevar una vida plenamente normal (si bien no ha acreditado que le impida realizar su actividad laboral de técnica informática, pues no ha aportado resolución de invalidez o similar), cabe considerar junto a la propuesta de resolución 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 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 de la 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 a la enferma 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.