



Dictamen nº **143/2024**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 3 de junio de 2024, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Ilma. Sra. Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 24 de enero de 2024 (COMINTER número 15243/2024), sobre responsabilidad patrimonial instada por D.<sup>a</sup> X, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (exp. 2024\_031), aprobando el siguiente Dictamen.

## **ANTECEDENTES**

**PRIMERO.-** Con fecha 2 de febrero de 2021, por el Servicio de Atención al Paciente del Área de Salud VI, se remite a la Dirección General de Asistencia Sanitaria una reclamación presentada, en fecha desconocida, por D.<sup>a</sup> X, quien solicita el abono de los gastos originados por la reparación de una pieza dental, que le fue dañada durante una intervención quirúrgica de estapedectomía, es decir, una sustitución del estribo del oído interno por una prótesis para recuperar la audición perdida tras una otoesclerosis. La operación se realizó en el Hospital "Morales Meseguer" de Murcia, el 3 de diciembre de 2020.

Relata la interesada que es vecina de Yecla y que fue derivada por su Área de Salud al Hospital "Morales Meseguer", para la intervención, que se realizó con anestesia general. Dadas las limitaciones derivadas de la pandemia de Covid-19, la consulta de preanestesia se realizó de forma telefónica, y se le informó de que el documento de consentimiento informado para la anestesia lo firmaría en el Hospital "Morales Meseguer" el día de la intervención. Y así se hizo, manifestando la paciente que *"minutos antes de ser intervenida, ya en quirófano, con la vía puesta y medio sedada, comprueban que no tienen mi consentimiento firmado, por lo que rápido y de cualquier manera me hacen firmar"*.

Durante la intubación, sufrió un golpe en una pieza dental, haciendo que se desprendiera. Por el propio equipo que realizaba la intervención se intentó reparar el desperfecto contactando con la "Clínica Odontológica Universitaria", sita en el mismo Hospital, que no pudo atender ese mismo día a la paciente, por lo que fue citada al día siguiente, si bien aquélla no pudo acudir. Finalmente, la interesada acude a una clínica odontológica privada, donde le reparan la pieza dañada, ascendiendo el coste de dicha reparación a 300 euros, que es la cantidad que reclama a la Administración sanitaria.

Aporta junto a su reclamación diversa documentación clínica, reportaje fotográfico, copia de una factura por la realización de una TAC dental (50 euros), e informe del odontólogo privado al que acudió para la reparación de la pieza dañada. Este informe es del siguiente tenor literal:

*"D.<sup>a</sup> X acudió a nuestra consulta el jueves 10 de diciembre debido a la caída de un diente de composite que llevaba adherido a una estructura de fibra de vidrio a nivel del incisivo central superior derecho. Dicho tratamiento*

*se le realizó el 4 de Octubre de 2002 y no había tenido problemas desde entonces. La paciente nos comenta que el despegamiento del diente se ha producido durante una operación médica en el momento de la intubación. A la paciente se le derivó al Centro Radiológico -- para realizarse un Tac para asegurarnos que los dientes adyacentes no habían sufrido ningún trauma y, una vez visto que los dientes adyacentes estaban bien se le dio el presupuesto para la realización de un nuevo puente de fibra de vidrio con un diente de composite adherido. El presupuesto fue el siguiente: Tac (--): 50 euros. Puente fibra de vidrio con diente composite: 250 euros".*

Consta en el expediente que la paciente reiteró su reclamación hasta en dos ocasiones más, en julio de 2021 y en septiembre de 2022.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de 21 de noviembre de 2022, 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 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC). Asimismo, da traslado de la reclamación a la correduría de seguros del Servicio Murciano de Salud.

**TERCERO.-** Constan en el expediente los siguientes informes de los Servicios que prestaron a la paciente la asistencia por la que reclama:

- El del Servicio de Anestesia del Hospital "Morales Meseguer", de 18 de octubre de 2023, que se limita a señalar que *"excepcionalmente la intubación de la tráquea puede entrañar alguna dificultad y, a pesar de hacerlo con cuidado, dañar algún diente, en este caso se levanta una funda que llevaba pegada en el incisivo superior izquierdo. Estos riesgos figuran en el consentimiento informado que firma la paciente"*.

- El del Servicio de Otorrinolaringología a cuyo cargo se practicó la intervención en el oído izquierdo de la paciente, según el cual, *"durante la intubación orotraqueal previa para proceder a la intervención de estapedectomía de oído derecho (sic) practicada el 03/12/2020 se despegó la funda de la pieza dentaria 21. Dicha incidencia es una posible complicación de la intubación, particularmente en casos de patología dental como es el caso, recogida en el consentimiento informado para la anestesia general. En su momento se facilitó el acceso al tratamiento a través de la Facultad de Odontología, pero la paciente prefirió otras vías"*.

**CUARTO.-** Con fecha 14 de diciembre de 2022, se solicita a la Subdirección General de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria el preceptivo informe de la Inspección Médica. No consta que haya llegado a evacuarse.

**QUINTO.-** Conferidos, el 18 de julio y el 10 de noviembre de 2023, sendos trámites de audiencia a la interesada, no consta que haya formulado alegaciones o aportado justificaciones o pruebas adicionales.

**SEXTO.-** Con fecha 22 de enero de 2024, la unidad instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación al no advertir la concurrencia de todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, en particular, el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño reclamado, ni su antijuridicidad.

En tal estado de tramitación, y una vez incorporado el preceptivo extracto de secretaría y un índice de documentos, se remite el expediente al Consejo Jurídico en solicitud de dictamen, mediante comunicación interior del pasado 24 de enero de 2024.

A la vista de los referidos antecedentes, procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

**PRIMERA.- Carácter del Dictamen.**

El Consejo Jurídico ha de ser consultado preceptivamente en las reclamaciones que, en concepto de responsabilidad patrimonial, se formulen ante la Administración regional, de acuerdo 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, y 81.2 LPAC, y con dicho carácter preceptivo se ha recabado y se emite este Dictamen.

## **SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.**

I. 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, a quien resulta obligado reconocer la condición de interesada, conforme a lo establecido en el artículo 4.1 LPAC.

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.

II. La reclamación se ha ejercitado dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 67.1 LPAC, toda vez que, aunque no consta la fecha exacta de su presentación, lo cierto es que el 2 de febrero de 2021 se da traslado de la reclamación a la Dirección General de Asistencia Sanitaria. En cualquier caso, la reclamación hubo de presentarse antes de esa fecha y, en consecuencia, antes del transcurso de un año desde la intervención de 3 de diciembre de 2020, en cuyo desarrollo se produjo el daño a la pieza dental por el que se reclama. Y ello sin necesidad de entrar a considerar la fecha posterior de reparación del diente dañado, a la que el indicado precepto legal vincula el *dies a quo* del plazo prescriptivo.

III. Se ha seguido el procedimiento previsto en la LPAC para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, sin que se observen carencias esenciales, obrando en el expediente el informe del Servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño y el trámite de audiencia al interesado, que junto con la solicitud de este Dictamen constituyen los trámites preceptivos de este tipo de procedimientos.

Por otra parte, en cuanto a continuar el procedimiento sin haber llegado a evacuarse el informe de la Inspección Médica, cabe recordar que el artículo 22.1, letra d) LPAC, prevé que, transcurridos tres meses desde la solicitud, sin que haya llegado a recibirse el informe, proseguirá el procedimiento. Y esto es lo que ha ocurrido en el supuesto sometido a consulta. Ha de precisarse, además, que dados los términos en los que se plantea el debate, existen suficientes elementos de juicio en el expediente para poder resolver, aun sin el valioso informe de la Inspección, toda vez que la interesada no ha llegado a hacer cuestión de la existencia de una eventual mala praxis durante la intervención, sino que parece basar su reclamación en la mera circunstancia objetiva de que el daño dental se produjo con ocasión de la cirugía.

Por otra parte, ha de recordarse a la unidad instructora que, de conformidad con el artículo 88 LPAC, la resolución que ponga fin al procedimiento decidirá todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del mismo, exigencia ésta que, lógicamente, resulta extensible a la propuesta de resolución como antecedente inmediato de aquélla. Se hace esta observación al constatar que la propuesta que constituye el objeto de este Dictamen ignora las alegaciones actoras acerca de las circunstancias en las que se prestó el consentimiento a la intervención, que no tienen reflejo en la síntesis de hechos y fundamentos que realiza la propuesta y que, posteriormente, en el análisis jurídico de la reclamación, tampoco merecen su atención, aun cuando podrían ser determinantes de la decisión.

Es de destacar, asimismo, el desorden que se aprecia en la sucesión de algunos trámites de este procedimiento, que no responden a la secuencia correcta de tramitación. Es el caso de la audiencia concedida a la reclamante antes de recabar los preceptivos informes de los servicios intervenientes en la asistencia dispensada, lo que ha obligado a volver a realizar el trámite, una vez aquéllos se incorporaron al expediente. Tampoco puede ser objeto de valoración positiva por este Órgano Consultivo el tiempo invertido en la instrucción, muy próximo a los tres años de duración, excediendo en mucho el plazo de seis meses que, como duración máxima de este tipo de procedimientos, prevé el artículo 91.3 LPAC.

## **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 son recogidos por los artículos 32 y siguientes LRJSP y desarrollados por abundante jurisprudencia, pudiendo sintetizarse en los siguientes extremos:

- 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 concurre ningún supuesto de fuerza mayor, sino que ésta derive 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 337/22, 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, act? ?a como elemento 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-Administrativo de 1 de marzo de 1999).

#### **CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al servicio público sanitario.**

I. La interesada simplemente refiere que una prótesis dental que portaba (diente de composite unido a un puente de fibra de vidrio) resultó dañada al desprenderse el referido diente, pero no llega a imputar a la Administración sanitaria una mala praxis durante la intervención como causa del daño sufrido.

Los daños dentales, como consecuencia de las maniobras necesarias para proceder a la intubación de los pacientes que han de ser intervenidos con anestesia general, constituyen unos daños típicos, que pueden producirse con una relativa frecuencia y que no se asocian a una mala praxis del anestesista que procede a la intubación, sino que resultan inherentes a la técnica. De ahí que consten de forma generalizada en los documentos de consentimiento informado anestésico.

En el supuesto sometido a consulta, el Servicio de Anestesia informa en el sentido expuesto, cuando señala que “*excepcionalmente la intubación de la tráquea puede entrañar alguna dificultad y, a pesar de hacerlo con cuidado, dañar algún diente, en este caso se levanta una funda que llevaba pegada en el incisivo superior izquierdo. Estos riesgos figuran en el consentimiento informado que firma la paciente*”.

El Consejo Jurídico ha considerado de forma constante que, cuando el daño producido por la intubación orotraqueal no aparece conectado causalmente a una mala praxis, de modo que su materialización aparece como consecuencia de una complicación asociada al procedimiento quirúrgico, y, además, el paciente otorgó su consentimiento informado a la operación, no puede estimarse que concurren los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial. Así, entre otros, en el Dictamen 445/2019, dijimos que:

“*La actuación médica se llevó a cabo previa información y consentimiento de la paciente y, tal como señala la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 3 de octubre de 2000, siempre que no resulte probado que existió negligencia (lo que en ningún caso se ha acreditado en el supuesto que nos ocupa), la conjunción de un riesgo inherente a la intervención y el consentimiento informado determinan que el daño no sea antijurídico, es decir, que debe ser soportado por el perjudicado.*

*Lo anterior evidencia que, como ya señalamos en otros dictámenes similares (por todos, el 56/2016), el daño sufrido por la reclamante es consecuencia de una complicación asociada al procedimiento quirúrgico al que se sometió y, por lo tanto, al no existir indicios de que la actuación sanitaria se realizara con infracción de la lex artis y haber sido la paciente debidamente informada de aquel posible riesgo y de sus consecuencias, no puede considerarse que concurren los elementos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria regional*”.

En el supuesto ahora sometido a consulta, ya hemos afirmado que la interesada no ha llegado a poner en cuestión que la praxis seguida durante la intubación orotraqueal fuera correcta. Por el contrario, sí apunta circunstancias atinentes a la forma en que se recabó su consentimiento escrito para la intervención, que eventualmente podrían llegar a afectar a la validez y eficacia del otorgado, aun cuando la actora no llega a formular con precisión esta alegación, sino que meramente apunta las indicadas circunstancias.

Afirma la interesada que “*minutos antes de ser intervenida, ya en quirófano, con la vía puesta y medio sedada, comprueban que no tienen mi consentimiento firmado, por lo que rápido y de cualquier manera me hacen firmar*”.

II. 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:

- a) De conformidad con el régimen jurídico de la autonomía del paciente y el elenco de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, recogido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el paciente tiene derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, comprendiendo, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4). Este derecho de información se particulariza en el artículo 8 de la Ley, como consentimiento informado, libre y voluntario del afectado, que habrá de recabarse para toda actuación en el ámbito de su salud. El consentimiento habrá de serlo por escrito cuando se refiere a 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 1<sup>a</sup> 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.

d) 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 han cumplido los deberes de información que incumben al responsable médico del proceso.

e) En cuanto al momento en que ha de trasladarse la información previa al consentimiento, la Ley 41/2002 no establece un plazo mínimo de antelación, si bien de forma generalizada se considera razonable que se dejen transcurrir, al menos, 24 horas entre la información y la actuación sanitaria. Existen sentencias que han considerado nulo el consentimiento obtenido en el antequirófano o en los instantes anteriores a la intervención, pues se entiende que el paciente ha de tener el tiempo suficiente para valorar la información que se le ha facilitado y tomar una decisión libre y consciente sobre su salud. Así, en la STSJ Canarias, Las Palmas, Sala de lo Contencioso-Administrativo, núm.157/2012, de 8 de mayo, en relación con un consentimiento recabado en los instantes inmediatamente anteriores a una intervención, se indica que “*en todo caso por las repetidas circunstancias de tiempo y lugar en que se prestó, ciertamente la paciente no estaba en debidas condiciones anímicas ni intelectuales de tomar las decisiones que le correspondían a fin de adoptar las medidas de prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud*”, lo que lleva a la estimación de responsabilidad patrimonial de la Administración por vulneración del derecho del paciente a decidir sobre su propia salud. Del mismo modo, en la STSJ Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, número 1063/2007, de 19 de julio de 2007, el demandante afirma que “*ninguna información previa le fue facilitada, si bien justo en el antequirófano se le dio a firmar un documento cuyo contenido desconoce, indicándole que era la autorización para la cirugía*”. La Sala se limita a declarar que “*en el presente caso no se ha acreditado un consentimiento informado eficaz en orden a que el paciente tomase plena conciencia del riesgo concreto, pues no puede ser suficiente una firma con la explicación de autorizar la intervención quirúrgica*”.

Ahora bien, en el supuesto ahora sometido a consulta, la interesada expone diversas circunstancias relativas a la forma en que se recabó su firma para el documento de consentimiento informado, pero no alega que no se le informara con antelación del riesgo de sufrir daños dentales ni que, de haberlo conocido, se hubiera negado a ser operada. De hecho, el informe preanestésico recoge que el documento de consentimiento se firmará en el propio quirófano y así se le comunica a la paciente, quien, ni en ese momento ni con posterioridad, se opuso a dicha indicación.

Ha de recordarse aquí el contexto en el que se produce la consulta preanestésica y la decisión de recoger la firma de la interesada en el lugar de la operación y con ocasión de la misma, como eran las recomendaciones sanitarias que abogaban por la limitación al contacto personal y de los desplazamientos que no fueran estrictamente necesarios, que venían impuestas por las medidas preventivas generales asociadas a la pandemia de COVID-19. En efecto, la consulta preanestésica tiene lugar por vía telefónica (la paciente reside en Yecla y el anestesista del Hospital Morales Meseguer está en Murcia) el 16 de septiembre de 2020, momento en que las tasas de incidencia de la enfermedad están al alza, tras la finalización del primer estado de alarma y la vuelta a la actividad tras el verano. En diciembre de 2020, a la fecha de la intervención, ya se había decretado un nuevo estado de alarma (Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2) y, por parte de la Comunidad Autónoma, se habían establecido como medidas generales para toda la población, entre otras, las de limitar al máximo los contactos sociales fuera de los grupos estables de convivencia, y “*permanecer el máximo tiempo en sus casas, limitando las salidas para la realización de actividades esenciales y evitando, en la medida de lo posible, los espacios cerrados...*” (artículo 12.2 y 3 de la Orden de 27 de noviembre de 2020, de la Consejería de Salud, por la que se establecen los niveles de alerta sanitaria por COVID-19 en la Región de Murcia, así como las medidas generales y sectoriales aplicables a los diferentes sectores de actividad y municipios en atención al nivel de alerta existente en cada momento). En este contexto, y aunque las circunstancias expuestas por la actora no son las ideales para recabar su firma en el documento de consentimiento informado y habrían de evitarse en la medida de lo posible, lo cierto es que aquélla no llega a afirmar que no se le trasladara información previa a la intervención, ni consta que

se opusiera a la indicación de firmar el documento de consentimiento en el quirófano, lo que se le comunicó casi tres meses antes de la intervención. Ello, unido a la escasa entidad del riesgo que se materializó (desprendimiento de una prótesis), en relación con el beneficio esperado y conseguido con la intervención ótica, que resolvió satisfactoriamente el problema de otoesclerosis que afectaba a la interesada, mejorando su audición, llevan a este Consejo Jurídico a considerar que, aun cuando el documento de consentimiento se hubiera puesto a la firma de la interesada con mayor antelación a la intervención, su decisión de someterse a la misma no habría variado, máxime porque unos años antes (en 2011) ya se había sometido a la misma intervención, también con resultados satisfactorios, en el otro oído.

En consecuencia, procede desestimar la reclamación en la medida en que no se advierte la concurrencia de todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, en particular el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado, ni su antijuridicidad, toda vez que no se ha acreditado por parte de la reclamante la existencia de mala praxis en la actuación facultativa.

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

## **CONCLUSIÓN**

**ÚNICA.-** Se dictamina en sentido favorable la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, toda vez que no concurren todos los elementos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, en particular, el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, ni su antijuridicidad.

No obstante, V.E. resolverá.