



Consejo Jurídico
de la Región de Murcia

Dictamen nº 249/2024

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 19 de septiembre de 2024, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por la Sra. Directora Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 7 de junio de 2024 (COMINTER 122963) y disco compacto (CD) recibido en la sede de este Consejo Jurídico el día 11 de junio de 2024, sobre responsabilidad patrimonial instada por D.ª X, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (exp. 2024_220), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 26 de enero de 2017 D.ª X, asistida por un abogado, formula una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración sanitaria regional.

Expone en ella que padecía un lipoma en el miembro superior izquierdo, por lo que fue derivada al Hospital *Quirón* (HQ) de Murcia para que se le interviniese el 26 de enero de 2016. Como preparación para esa operación, se le realizó una ecografía de partes blandas que permitió calificar dicho tumor de grasa como un fibrolipoma, esto es, un tipo de lipoma que contiene tejido fibroso.

Relata también que se la intervino en dicho hospital, el día referido, por un facultativo de la sanidad pública y que se le concedió el alta con esa misma fecha. Sin embargo, explica que en los días siguientes experimentó tal empeoramiento que tuvo que acudir al Servicio de Urgencia del Hospital Clínico Universitario *Virgen de la Arrixaca* (HUVA) de Murcia los días 3 y 11 del siguiente mes de febrero. En la consulta de este último día se le diagnosticó una probable parálisis de la mano izquierda, dado que en la exploración se pudo constatar un “*Déficit extensión muñeca-dedos. Dificultad para la flexión muñeca dedo*”. Por ello, se le prescribió que se colocara una férula.

Dada la falta de mejoría, el 16 de marzo de 2016 se sometió en el HQ a una electromiografía cuyo resultado

permitió entender que los hallazgos eran compatibles *“con una axonotmesis total/neurotmesis de nervio interóseo posterior izquierdo distal al origen de la rama destinada a Supinador Largo y proximal a la destinada a músculo Extensor común de los dedos”*.

Añade la interesada que se le realizó el día 23 de ese mes de marzo una resonancia magnética del codo izquierdo para determinar el alcance de la lesión. Los resultados que se obtuvieron le permitieron entender que la operación le había causado la rotura del nervio radial y que ello le provocaba la parálisis total de la mano.

Como consecuencia de lo anterior, se le practicó en el HUVA, el 27 de mayo de 2016, una segunda intervención quirúrgica que tuvo por objeto realizar una transposición tendinosa: De cubital anterior a extensor común de los dedos y de palmar menor a extensor largo del pulgar.

La interesada manifiesta que en el momento en que formula la reclamación no ha sido dada de alta definitivamente. Asimismo, destaca que resulta curioso que una operación prevista para un fin concreto haya podido provocar unas lesiones y secuelas de falta de movilidad de la mano izquierda. Y sostiene que la situación no tiene otra explicación que la negligente actuación del médico que la operó, en particular, y de la Administración sanitaria, en su conjunto.

Por lo que se refiere a los medios de prueba de los que pretende valerse, anuncia que aportará el informe de un médico valorador del daño personal una vez que reciba el alta definitiva.

Con la solicitud de indemnización presenta numerosos documentos de carácter clínico.

SEGUNDO.- El 22 de febrero de 2017 se solicita al abogado de la interesada que presente de nuevo la reclamación por vía telemática, en la sede electrónica de la Administración regional.

El letrado vuelve a formular la reclamación, de esa forma, el 6 de marzo de 2017.

TERCERO.- La solicitud se admite a trámite el 14 de marzo de 2017 y dos días más tarde se informa de este hecho a la correduría de seguros del Servicio Murciano de Salud (SMS) para que lo comunique a la compañía aseguradora correspondiente.

También se solicita, ese mismo día, a la Dirección Gerencia del Área de Salud I-HUVA que remita una copia de la historia clínica de la reclamante y los informes de los facultativos que la atendieron.

La misma información y documentación se le requiere con esa misma fecha a la Dirección del HQ, a la que también se le solicita que precise si la interesada fue asistida por remisión del SMS y si el facultativo que efectuó la intervención es miembro del citado Servicio público de salud o de su propio personal. Se le informa, asimismo, de que si se diese esa última circunstancia, que debe considerar parte interesada en el procedimiento y comunicarlo a su compañía aseguradora.

Por último, se demanda a los representantes de las mercantiles *QD Murcia* y *Resonancia Magnética del Sureste, S.A.* que envíen, asimismo, copias de las historias clínicas de las que dispongan, que incluyan las pruebas de imagen que se le pudieron realizar, e informe de los facultativos que las llevaron a cabo.

CUARTO.- El 23 de marzo de 2017 se recibe una comunicación de la Directora Médica del Hospital *Quirónsalud* (HQ) de Murcia en la que informa de que el cirujano que realizó la intervención es facultativo del SMS y que él le ha explicado que realizará un informe que remitirá a los Servicios Jurídicos del HUVA. También confirma que la reclamante fue asistida por remisión del SMS.

Junto con el escrito acompaña una copia de la documentación clínica de la interesada que se encuentra depositada en el archivo de ese centro hospitalario.

QUINTO.- Con fecha 30 de marzo se recibe la copia del historial clínico requerido a la mercantil *QD Murcia*, que incluye el resultado de la prueba de imagen realizada, y del informe que se elaboró.

SEXTO.- El 26 de mayo de 2017 se reiteran las solicitudes de información y documentación que se había cursado a la Dirección Gerencia del Área de Salud I-HUVA.

SÉPTIMO.- El 26 de junio de 2017 se recibe la documentación clínica requerida a la Dirección Gerencia del Área de Salud ya mencionada y un informe realizado el 8 de abril de ese año por el Dr. D. Y del Servicio de Traumatología.

En él se expone que la reclamante fue *“Intervenida hace 1 mes de Parálisis radial: cubital anterior a extensor común de los dedos y palmar menor a extensor largo pulgar.*

Remito a RHB. 04-10-2016.

Paciente con función activa de las trasferencias, pero descoordinación de extensión de muñeca y dedos precisando flexión de muñeca para extensión de dedos.

Seguir RHB y valorar toxina en flexores de muñeca para ver si se mejora ese desbalance flexor-extensor.

27-02-2017 Paciente con función activa de extensor pulgar y extensor de dedos (déficit de extensión 4º dedo). No coordina extensión de muñeca con extensión de dedos y valorar cirugía suplementaria. En la actualidad tiene dificultades de mano izqda. para actividades de tareas cotidianas y vida laboral”.

De otra parte, en la comunicación con la que se acompaña dichos documentos se explica que el facultativo que efectuó la operación se ha jubilado y que el Servicio de Cirugía General carece en ese momento de Jefe de Servicio, por lo que se ha dado traslado de la solicitud de informe de cirugía a la Dirección Médica del HUVA para su tramitación.

OCTAVO.- Se solicita por segunda vez a la Dirección Gerencia del Área de Salud I-HUVA, el 13 de julio de 2017, que se remita el informe del Jefe de Servicio de Cirugía, al que se imputa la posible comisión del daño por el que se reclama.

NOVENO.- El 18 de agosto siguiente se recibe el informe suscrito por el Director Médico del HUVA, D. Z, el día 4 de ese mes. En ese documento se expone que ha reclamado los datos correspondientes al HQ porque fue donde se realizó la intervención y ha obtenido la siguiente información:

“El día 22 de enero de 2016 se realiza intervención con anestesia local y sedación de un bultoma en miembro superior izquierdo. El cirujano describe en el parte quirúrgico la escisión de un bultoma de partes blandas compatible con un lipoma y el cierre de la misma sin incidencias, siendo dada de alta una vez terminado el procedimiento”.

Se adjunta una copia de la historia clínica de la reclamante facilitada por el HQ.

DÉCIMO.- Con fecha 23 de octubre de 2017 se informa al interesado de que la prueba consistente en la emisión de un informe médico pericial se estima adecuada, aunque se le exige que la aporte a su costa en el plazo de 30 días.

UNDÉCIMO.- El 11 de diciembre de 2017 se envía una copia del expediente administrativo a la Inspección Médica y a la correduría de seguros del SMA para que puedan elaborar, en su caso, los informes valorativo y pericial correspondientes.

DUODÉCIMO.- Después de recabar para ello la copia completa del expediente administrativo, la interesada presenta el 13 de junio de 2018 un informe médico pericial elaborado el día 8 de ese mes por el Dr. D. P, máster en valoración del daño corporal.

En la primera conclusión de ese informe expone las asistencias que se le prestaron a la interesada y que el 27 de febrero de 2017 se le concedió el alta médica.

Las siguientes conclusiones son del siguiente tenor:

“Segunda: La paciente ha precisado un periodo de sanidad de 399 días, Desglose:

-4 días con carácter grave por ingreso hospitalario desde el día 26/05/2016 hasta el día 30/05/2016.

-El resto 395 días ha sido con carácter de perjuicio moderado, periodo de tratamiento rehabilitador y reposo postoperatorio, en el que ha estado impedida para realizar sus actividades habituales.

Tercera:

Las lesiones han provocado una disfuncionalidad importante en la mano izquierda, presenta reducciones anatómico-funcionales que determinan un menoscabo que le incapacitan para el desarrollo de las actividades fundamentales. Siendo las secuelas estables definitivas e irreversibles.

Valoramos el cuadro secuelar:

- Lesión del nervio radial con afectación de los extensores y de los dedos (10-14 puntos), 14 puntos.

- Perjuicio estético moderado, 8 puntos.

Cuarta:

- Perjuicio moral por pérdida de calidad de vida por secuelas.

Consideramos una perdida en grado moderado tramo alto.

Perjuicio personal particular por intervención quirúrgica - Intervención quirúrgica se realiza una transposición nerviosa”.

El 22 de junio de 2018 se remiten sendas copias de este informe a la Inspección Médica y a la correduría de seguros del SMS.

DECIMOTERCERO.- El 30 de marzo de 2023 se recibe el informe elaborado por la Inspección Médica con esa

misma fecha, en el que se recuerda que la paciente tenía 49 años en el momento de la operación.

En el apartado del documento titulado Juicio crítico se analizan los antecedentes del caso y se admite que *“Dada la anatomía del nervio interóseo posterior y la secuencia temporal, es totalmente razonable atribuir a la intervención la lesión en dicho nervio, lesión que de otra parte se describe en la literatura como posible en los casos de resecciones de lesiones tumorales localizadas en el tercio proximal del radio, como es nuestro caso.*

Independientemente de lo anterior no podemos afirmar que la existencia de una lesión nerviosa como la descrita implique la existencia de mala praxis, ya que las lesiones de troncos nerviosos (evidentemente relacionados topográficamente con la intervención) es uno de los riesgos típicos descritos en la cirugía de exéresis de tumores benignos de partes blandas.

En resumen, en la intervención de exéresis del lipoma se produjo una lesión del nervio interóseo posterior izquierdo (rama del radial). Una lesión nerviosa de este tipo es uno de los riesgos conocidos de este tipo de intervenciones por lo que su aparición no implica necesariamente la existencia de mala praxis, aunque en el caso objeto de estudio este riesgo de lesión nerviosa no estaba recogido en el documento de consentimiento informado que firmó la paciente”.

También se insiste en que en el citado documento *“no está expresamente recogido como riesgo de la intervención la lesión o afectación de algún tronco nervioso, riesgo que sí que puede presentar este tipo de intervenciones dependiendo del tamaño y localización del tumor.*

De hecho, en el documento de consentimiento informado de la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología para el tratamiento quirúrgico de "Tumor de partes blandas supuestamente benigno", figura entre los riesgos: Lesión o afectación de algún tronco nervioso que pudiera causar, temporal o definitivamente, trastornos sensitivos y/o motores”.

Por último, en el informe de la Inspección Médica se recogen las siguientes conclusiones:

“• [La reclamante] fue intervenida de exéresis de un lipoma situado [en] la flexura del codo y cara lateral de tercio proximal del antebrazo izquierdo el día 26/01/2016.

• Dicha intervención la realizó en el Hospital Quironsalud Murcia un cirujano del Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo del HCU Virgen de la Arrixaca.

• En dicha intervención se produjo una lesión del nervio interóseo posterior izquierdo (rama del nervio radial).

• Una lesión nerviosa de este tipo es uno de los riesgos conocidos de este tipo de intervenciones por lo que su

aparición no implica necesariamente la existencia de mala praxis, aunque en el caso objeto de estudio este riesgo de lesión nerviosa no estaba recogido expresamente en el documento de consentimiento informado que firmó la paciente.

- *A consecuencia de esta lesión nerviosa la paciente presentó un déficit de movilidad de la mano izquierda.*

- *Con intención de paliar este déficit fue sometida a una intervención de trasposición tendinosa y rehabilitación posterior.*

- *Al finalizar el tratamiento la situación de la paciente (año 2018) era de: Déficit de fuerza, agilidad y destreza de mano moderado-severo”.*

DECIMOCUARTO.- El 4 de abril siguiente se solicita al abogado interviniente que acredite la representación con la que dice intervenir en nombre de su cliente.

DECIMOQUINTO.- El letrado aporta el siguiente día 28 un poder especial conferido a su favor por la interesada, tres días antes, para actuar ante la Dirección General de Energía y Actividad Industrial y Minera, de la Consejería de Empleo, Universidades, Empresa y Medio Ambiente, para realizar determinados trámites.

No obstante, el instructor del procedimiento informa al abogado, el 18 de mayo siguiente, de que el poder que ha aportado resulta insuficiente y le advierte de que debe presentar un poder notarial o un otorgado en comparecencia *apud acta*.

DECIMOSEXTO.- El letrado presenta el 25 de mayo de 2023 un Certificado de inscripción de apoderamiento *apud acta* a su favor en el archivo electrónico de apoderamientos judiciales del Ministerio de Justicia.

De nuevo, el instructor le informa, el 15 de junio de 2023, de que el poder no le facultad para realizar válidamente, en nombre de la reclamante, actuaciones en un procedimiento administrativo, y le solicita que subsane ese defecto.

DECIMOSÉPTIMO.- El abogado aporta el 20 de junio de 2023 la copia de la escritura del apoderamiento conferido por la reclamante, en su favor, el día anterior.

DECIMOCTAVO.- El 10 de julio se concede audiencia a la interesada para que pueda formular alegaciones y aportar los documentos y justificantes que estime pertinentes.

DECIMONOVENO.- La reclamante presenta el 31 de julio de 2023 un escrito -no debidamente firmado- en el que, además, de reproducir los hechos en los que fundamenta su solicitud de indemnización, destaca que en el informe de la Inspección Médica se resalta que es totalmente razonable atribuir a la intervención quirúrgica ya mencionada la lesión del nervio interóseo posterior, debido a una sección prácticamente completa.

En otro sentido, resalta que en el mencionado informe del Servicio de Inspección se advierte de que *“En el documento que firma el paciente no está expresamente recogido como riesgo de la intervención la lesión o afectación de algún tronco nervioso, riesgo que sí que puede presentar este tipo de intervenciones dependiendo del tamaño y localización del tumor”*.

Por último, solicita que se le reconozca el derecho a ser indemnizada al quedar constatado el daño reclamado, la existencia de nexo causal y la falta de consenciente informado.

VIGÉSIMO.- Con fecha 31 de mayo de 2024 se formula propuesta de resolutoria estimatoria de la reclamación formulada. En ella se reconoce que en el documento de consentimiento informado que figura en la historia clínica (folios 73 y 74), con la denominación de *“extirpación bajo anestesia local”*, fechado el 5 de enero de 2016, no se menciona como riesgo la posibilidad de sufrir una lesión nerviosa.

Así pues, se vulneró el derecho de la interesada a ser informada acerca de los riesgos a que se enfrentaba. Esta circunstancia le ocasionó un evidente daño moral al privarle de la posibilidad adoptar una decisión sobre su propia salud con pleno conocimiento y debidamente fundada.

En consecuencia, se propone indemnizarle con la cantidad de 4.000 €, que deberá actualizarse conforme a lo dispuesto en el artículo 34.3 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

Una vez incorporados el preceptivo índice de documentos y el extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el 7 de junio de 2024, completado con la presentación de un CD cuatro días más tarde.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, dado que versa sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en los artículos 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de

las Administraciones Públicas (LPAC), y 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia.

SEGUNDA.- Legitimación, plazo de ejercicio de la acción de resarcimiento y procedimiento seguido.

I. Se ha interpuesto la reclamación por una persona interesada que es quien sufre los daños físicos y morales por los que solicita que se le reconozca el derecho a percibir una indemnización.

La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse el daño a los servicios públicos sanitarios de su competencia.

De la lectura del expediente se deduce que la intervención de 26 de enero de 2016 se llevó a cabo en el HQ, que es un centro sanitario concertado, aunque por un facultativo del SMS, motivo por el que hay que concluir que se trató de una asistencia prestada en el ámbito del sistema público de salud.

II. En relación con el requisito del plazo, el artículo 67.1 LPAC establece que el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

En este caso, la acción de resarcimiento se interpuso el 26 de enero de 2017, esto es, justamente un año después (el 26 de enero de 2016) de que se le hubiese practicado la intervención en la que se le causó el daño que alega la interesada. Por su parte, el perito de la reclamante concreta en el 27 de febrero de 2017 el momento en el que se le concedió el alta médica y se produjo la estabilización de la lesión. Por ello, resulta evidente que la solicitud de indemnización se formuló dentro del plazo legalmente establecido para ello.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, si bien se advierte que se ha sobrepasado con exceso el plazo previsto en el artículo 91.3 LPAC. Ello ha obedecido a la necesidad de tener que esperar más de cinco años a que la Inspección Médica elaborara su informe, lo que supone una dilación absolutamente indeseable del procedimiento.

En otro sentido, se ha constatado que se informó de la presentación de la reclamación a la correduría de seguros del SMS, para que lo comunicase a la compañía aseguradora correspondiente, y que se le remitió una copia del expediente para que pudiese aportar a su instancia un informe pericial, (Antecedente décimo de este Dictamen), aunque no llegó a hacerlo. Se sabe que, pese a ello, no se le concedió la audiencia preceptiva a alguna compañía aseguradora porque, como se explica en el Antecedente tercero de la propuesta de resolución, el acto sanitario dañoso carecía de cobertura contractual.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los criterios que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 de la Constitución Española, según el cual *“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.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 32 y siguientes de la LRJSP, y desarrollados por abundante jurisprudencia:

1. La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente, e individualizado con relación a una persona o grupos de personas.
2. Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
3. Ausencia de fuerza mayor.
4. Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

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 del sanitario ha de llevarse a cabo con sujeción a 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 e intervención médica, y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del 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 una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para 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 (STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *lex artis*, por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario

dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública, y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la *lex artis*; responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos u otros análogos.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999).

CUARTA.- Sobre el fondo del asunto y, particular, sobre la alegación acerca de la lesión física por la que se reclama.

Como se ha expuesto, la interesada solicita que se le reconozca el derecho a percibir una indemnización -cuyo importe no ha cuantificado- debido a la falta de movilidad permanente (parálisis y falta de extensión adecuada) que experimenta en la mano izquierda después de que, como consecuencia de la extirpación de un lipoma en el miembro superior izquierdo, se le provocara la lesión en el nervio radial izquierdo, en enero de 2016.

En apoyo de su pretensión resarcitoria, la reclamante ha presentado un informe médico pericial de valoración del daño corporal (Antecedente duodécimo de este Dictamen).

Por su parte, la Administración sanitaria regional ha aportado la documentación clínica completa de la interesada, distintos informes médicos y el informe valorativo realizado por la Inspección Médica (Antecedente decimotercero).

En este informe se ha reconocido que es plenamente razonable (ante la situación anatómica del nervio seccionado y la secuencia temporal referida) atribuir la lesión del nervio interóseo posterior izquierdo a la intervención de exéresis del lipoma que padecía la reclamante, hasta el punto de que ese tipo de lesión nerviosa es uno de los riesgos conocidos de esas operaciones para la extirpación de dicho tumor, dependiendo de su tamaño y localización.

De hecho, se menciona ese riesgo (la afectación de algún tronco nervioso) en el documento de consentimiento informado que ofrece la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología para el tratamiento quirúrgico de un *Tumor de partes blandas supuestamente benigno*.

Pese a ello, destaca el Inspector Médico que no se puede afirmar que la existencia de una lesión nerviosa como la descrita implique la existencia de mala praxis, ya que las lesiones de troncos nerviosos (evidentemente relacionados topográficamente con el lugar de la intervención) es uno de los riesgos típicos descritos en la cirugía de exéresis de tumores benignos de partes blandas.

Así pues, se reconoce la realidad y efectividad del daño por el que se reclama y el hecho de que se produjo como consecuencia de la intervención a la que se sometió la reclamante para que se le extirpara el lipoma. Sin embargo, eso no lo convierte necesariamente en antijurídico ni, por tanto, en indemnizable, dado que no se ha demostrado que dicha actuación asistencial fuese contraria a la *lex artis ad hoc*.

La realidad es que la interesada ni siquiera alude a esta exigencia, y se limita a considerar la mera existencia de daños físicos ocasionados durante una asistencia sanitaria. En este sentido, hay que insistir en la circunstancia de que la alegación de mala praxis realizada por la reclamante no se ha acompañado de algún medio de prueba, preferentemente de carácter pericial, que la respalde, a pesar de que el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), aplicable asimismo en el ámbito de los procedimientos administrativos, establece que corresponde al actor la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda.

Por tanto, no basta con acreditar unos daños para considerar que se haya producido una vulneración de la *lex artis ad hoc*, toda vez que en algunos supuestos se ocasionan resultados dañosos en el curso de una intervención quirúrgica que no obedecen a un mal hacer o a la utilización de un técnica inadecuada o errónea por parte del cirujano.

Así pues, dado que no existen otros elementos de juicio que haya aportado la interesada -a quien corresponde la carga de la prueba *ex artículo* 217.2 de la LEC, como se ha adelantado- que muevan a la convicción de que el facultativo que le operó no actuó conforme al estándar de atención médica exigible de acuerdo con las circunstancias del caso, este Órgano consultivo emite un parecer favorable a la propuesta de resolución desestimatoria en lo que se refiere a la alegación de mala praxis en su aspecto sustantivo o material, relativo a la técnica empleada durante la intervención.

QUINTA.- Sobre la imputación de que se incurrió en este supuesto en una infracción de la *lex artis* por vulneración del derecho a la autodeterminación sobre la propia salud.

I. De otra parte, alega la interesada que consintió que se le extirpara el lipoma pero que no se le facilitó para ello una información completa y adecuada, porque el documento que firmó era incompleto y no aludía al riesgo de que pudiera sufrir una lesión en algún tronco nervioso, algo, que como se ha señalado, supone un peligro típico y previsible en ese tipo de intervenciones.

Así pues, la reclamación se fundamenta, asimismo, en la vulneración del derecho de la reclamante a decidir sobre su propia salud y en la consecuente lesión del derecho a su autonomía como paciente, aunque no afirma la perjudicada que de haber sido consciente de la existencia de esos riesgos no se hubiese sometido a la cirugía ya citada.

En virtud del 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, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el enfermo 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 citada, 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 formalizarse por escrito cuando se refiera a intervenciones quirúrgicas y procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, a la aplicación de procedimientos que supongan 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.

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”* [Sentencias del Tribunal Supremo (SSTS) de 3 de octubre y 13 de noviembre de 2012].

II. En este supuesto de hecho, la Inspección Médica ha confirmado el referido déficit de información escrita a la paciente, como se exige en el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, ya citada.

Pese a ello, conviene hacer una última precisión. Y es que, como ya ha explicado este Consejo Jurídico en numerosas ocasiones (por todos, en el reciente Dictamen núm. 331/2022), la simple omisión de información en el documento de consentimiento informado acerca de los riesgos que conlleve una operación no comporta en sí misma una vulneración del derecho a la información del paciente y a que pueda decidir sobre su propia salud, si la Administración prueba por otros medios que proporcionó aquella información al paciente, acredita la extensión y el alcance de dicha información y que el enfermo consintió de forma libre y consciente la intervención.

Resulta preciso, por tanto, analizar la relación dialogística que se pudo mantener entre el cirujano y la paciente para determinar si hubo verdadera y sustantiva transmisión de información, aun cuando ésta no se plasmara en el documento institucionalizado y formalizado de consentimiento. No obstante, ni se deduce esa circunstancia de la documentación clínica traída al procedimiento ni la Administración sanitaria ha podido demostrar que se hubiera producido en este supuesto concreto.

En consecuencia, 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.

SEXTA.- Acerca del *quantum* indemnizatorio.

I. Admitida la efectividad de la lesión citada y establecida su conexión causal con el funcionamiento anormal del servicio público sanitario, procede analizar la valoración del daño producido y la cuantía y el modo de la indemnización.

Respecto de las consecuencias indemnizatorias derivadas de la infracción de obligaciones legales en materia de información al paciente, ya se ha anticipado que cuando se materializa un riesgo previsible y se ocasiona un daño, pero no se incurre, a la vez, en una infracción de la *lex artis* en sentido material, 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, Sala 3ª, de 29 de junio de 2010 y 24 de julio de 2012).

Además, en la Sentencia de 26 de mayo de 2015 (Sala 3ª) reconoce ese Alto Tribunal que la cuantificación del daño moral se encuentra siempre impregnada del *“inevitable subjetivismo que conlleva la fijación del llamado pretium doloris”*.

De forma más reciente, la Sentencia de ese Alto Tribunal y Sala 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”*.

En consecuencia, entiende el Consejo Jurídico que la indemnización del daño moral causado a un paciente como consecuencia de la omisión de la información necesaria para que pueda decidir libremente acerca de su salud ha de llevarse a cabo mediante 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 evitación de la intervención, así como también la edad del paciente.

II. En este caso hay que tener en cuenta que la interesada tenía 49 años en el momento en que fue operada, que no existía en sus circunstancias una alternativa terapéutica que no fuese la extirpación quirúrgica, que se tuvo que someter a una segunda intervención (previsión que se mencionaba, no obstante, en el documento de consentimiento informado) y a tratamiento rehabilitador y que, no obstante, sigue padeciendo limitaciones funcionales en la mano izquierda (déficit de fuerza, agilidad y destreza) en grado moderado-severo, como reconoce la Inspección Médica.

De otra parte, que el riesgo de lesión nerviosa en operaciones de extirpación tumoral es relativamente alto, como también ha destacado ese Servicio de Inspección.

La apreciación conjunta de todas estas circunstancias conduce a que este Órgano consultivo entienda -frente a la propuesta de 4.000 €- que una indemnización de 6.000 € resarciría adecuadamente el daño moral que se entiende producido, cantidad que deberá actualizarse según lo previsto en el artículo 34.3 LRJSP.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria en tanto que en ella se desestima la imputación de mala praxis en sentido material que se alega, toda vez que no se ha acreditado que la intervención realizada se apartara de las exigencias de la normopraxis.

Por ello, hay que entender que el daño que se produjo no reviste carácter antijurídico y no se puede declarar que la Administración regional haya incurrido en un supuesto de responsabilidad patrimonial que se deba resarcir por ese supuesto motivo.

SEGUNDA.- Asimismo, se dictamina favorablemente la propuesta de resolución dado que se aprecia en ella la vulneración de la *lex artis* en sentido formal, que causó la vulneración del derecho a la información de la interesada, conforme se razona en la Consideración quinta de este Dictamen.

Así pues, procede reconocer el derecho de la reclamante a percibir una indemnización que le resarza del daño moral que se le causó y que consiste en la privación indebida de su derecho a la autodeterminación sobre su propia salud.

TERCERA.- Por lo que se refiere a la indemnización que debe reconocerse a la interesada, debe estarse a lo que se señala en la Consideración sexta, apartado II, de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.