



Dictamen nº **24/2025**



El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 4 de febrero de 2025, 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 3 de octubre de 2024 (COMINTER número 187175), y documentación en formato CD recibido en la sede de este Consejo Jurídico el 9 de octubre de 2024, sobre responsabilidad patrimonial instada por D. X, en representación de D. Y, por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (exp. 2024_338), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 30 de noviembre de 2017, un Letrado que actúa en nombre y representación de D. Y, presenta reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración regional, por los daños que dice haber sufrido como consecuencia de la asistencia sanitaria que le fue dispensada por el Servicio Murciano de Salud.

Relata la reclamación que el Sr. Y, fue diagnosticado de “*hallux valgus + 2-3 dedo en garra*” en el pie izquierdo, por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital “Morales Meseguer” de Murcia, que le propuso tratamiento quirúrgico consistente en “*osteotomías: akin 1º dedo con grapa+ garras 2º y 3º dedo con artroplastias y resección abiertas*”.

La intervención se realizó en el Hospital “Mesa del Castillo” el 30 de noviembre de 2016. El paciente recibe el alta hospitalaria el día siguiente, 1 de diciembre de 2016.

Según el reclamante, el postoperatorio fue tórpido, con complicaciones en la herida quirúrgica y con un severo déficit de movimientos en los dedos intervenidos. Recibió el alta médica el 19 de mayo de 2017.

Un mes después, el 15 de junio de 2017, acudió a Urgencias del Hospital “Morales Meseguer” por dolor severo en el pie intervenido. Las pruebas radiológicas efectuadas no desvelan alteración ósea aguda. Sigue teniendo los dedos en garra. Se aprecia, asimismo, una pérdida de densidad ósea generalizada.

El 27 de septiembre de 2017, fue reconocido por el Servicio de Rehabilitación del indicado Hospital, que aprecia una importante rigidez en todos los dedos, tanto interfalángica como metatarsiana, con diagnóstico de “*Hallux Valgus y dedos en garra intervenidos en pie izquierdo. Posible distrofia simpático refleja en pie izquierdo*”.

Considera el reclamante que se ha producido una doble vulneración de la *lex artis*. De una parte, se hizo una incorrecta selección y ejecución de las técnicas quirúrgicas, que se ha traducido en un pobre resultado estético, funcional y anatómico. Por otra, un incorrecto consentimiento informado, pues el paciente no fue informado de que como consecuencia de la cirugía programada iba a presentar las graves lesiones y secuelas que le han quedado, de modo que, de haber tenido un cabal conocimiento, habría declinado la oferta quirúrgica. Del mismo modo, tampoco se le informó de que, como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada, podría aparecer una nueva rigidez articular y un limitante síndrome de Distrofia Simpático-Refleja.

Solicita una indemnización de 150.000 euros, calculada a tanto alzado, en concepto de secuelas y días de curación.

Adjunta a la reclamación documentación acreditativa de la representación que ostenta el Letrado actuante y diversa documentación clínica, solicitando, a su vez, que se recabe la historia clínica del paciente de los centros sanitarios en los que recibió la asistencia por la que se reclama.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, de 17 de enero de 2018, se ordena su instrucción al Servicio Jurídico del indicado ente público sanitario, que procede a comunicar al interesado la información prescrita por el artículo 21.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), y contesta a su requerimiento de información sobre la póliza de seguro de responsabilidad del indicado ente, con la indicación de que no existe dicho contrato de seguro en vigor.

La unidad instructora procede, asimismo, a recabar de la Gerencia del Área de Salud concernida por la reclamación y del Hospital concertado donde se intervino al paciente, una copia de su historia clínica y el informe de los profesionales que le prestaron la asistencia por la que reclama.

TERCERO.- En respuesta al requerimiento instructor, se incorporan al expediente los siguientes informes:

El del traumatólogo que intervino al paciente en el Hospital concertado, que se expresa en los siguientes términos:

“Después de leer detenidamente la demanda no podemos más que asombrarnos de que a pesar de la corta edad

del paciente tiene mala memoria ya que:

En las autorizaciones de la historia clínica del Hospital Morales Meseguer se dice que el paciente padece de: Hallux valgus, Metatarsalgia, Dedos en garra. Y que para ellos son necesarias varias osteo-artrotomias.

El Servicio Murciano de Salud lo recoge como tal y lo envía con su código habitual conforme al diagnóstico médico. Acude a este centro, se le reconoce días antes de la intervención, se le informa que hay que operar prácticamente todo el pie.

El enfermo consiente y firma el consentimiento informado (en el que se recogen todas las deformidades que presenta en el pie).

Ahora parece ser que dice que venía para una cosa simple; leyendo me parece como si fuera uña, se le opera, se corrige en la medida que se puede todas sus deformidades, se le cita posteriormente en consulta y en la última revisión se le da de alta y demanda.

Ahora viene nuestra extrañeza porque el diagnóstico del hospital Morales Meseguer era correcto, le hicimos las intervenciones y fueron correctas, e incluso como vive en Murcia le hemos visto (sin ser vistos) caminando y creemos que no tiene manifestaciones clínicas de su supuesta mala praxis realizada a todos los niveles por lo cual nos hace inexcusablemente pensar en el contexto socio-económico del enfermo el cual también conocemos".

- Informe emitido por un facultativo del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital "Morales Meseguer", que se expresa en los siguientes términos:

"Deseo hacer constar que: Con respecto al cambio de técnica quirúrgica inicialmente planteada y resultados obtenidos en centro quirúrgico concertado, es cierto que se aplicó técnica quirúrgica parcialmente distinta a la inicialmente planteada. Pero, este cambio de técnica intraoperatoria fue parcial, ya que sólo se aplicó a los radios menores 2°-3°-4°, añadiendo gestos quirúrgicos en los metatarsianos. En ocasiones está indicado añadir estos gestos si la corrección de las garras es insuficiente. En este caso se añadieron osteotomías de acortamiento de metatarsianos con objeto de relajar las articulaciones. Desafortunadamente, aun así no se corrigieron las garras de la forma deseada.

Respecto al juanete, se realizó la técnica planteada inicialmente, aunque con distinto material de síntesis. Pero no olvidemos que existen casi 100 técnicas distintas para resolver un hallux valgus, y que se utilizan unas u otras según la experiencia del cirujano. Aun así, intra operatoriamente también pueden modificarse o añadirse gestos quirúrgicos más agresivos hasta conseguir un resultado correcto, que a pesar de todos los esfuerzos puede llegar a fracasar a corto, medio o largo plazo.

En la bibliografía se recoge entre un 10-20% de resultados insatisfactorios independientemente de las técnicas empleadas.

La última vez que fue visto el enfermo por mí en consultas, propuse realizar artrodesis del primer radio y reintervenir garras de los dedos. Expliqué que con las reintervenciones se pretendía mejorar el estado del pie, pero sin garantizar mejoría absoluta. El enfermo por el momento no deseaba cirugía.

- Informe emitido por el Jefe de Servicio de Rehabilitación del Hospital “Morales Meseguer”, que es meramente descriptivo de la evolución del paciente. Informa que “se pauta tratamiento de fisioterapia en programa Habilitas, sin que el paciente haya solicitado revisión médica en este servicio y no consta informe de centro concertado La Flota, de finalización del mismo por lo que no puede emitirse informe de situación secuelar por este Servicio”.

CUARTO.- Con fecha 22 de agosto de 2018, la unidad instructora solicitó al Servicio de Inspección de Prestaciones Asistenciales el preceptivo informe de la Inspección Médica, que fue evacuado el 13 de mayo de 2024, con la siguiente conclusión:

“Del análisis del proceso asistencial relacionado con la intervención de hallux valgus que se practicó a Don Y, no se desprende la existencia de mala praxis por los profesionales actuantes”.

QUINTO.- Conferido el preceptivo trámite de audiencia al reclamante y al Hospital “Mesa del Castillo”, ambos presentaron sendos escritos de alegaciones.

- Con fecha 14 de junio de 2024, lo hace un representante del centro sanitario concertado, para oponerse a la alegación de insuficiencia del consentimiento informado, pues en él sí se informa al paciente de los riesgos que luego se materializaron, como la rigidez articular y la distrofia simpático refleja, dado que en los consentimientos firmados ante el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital “Morales Meseguer” como ante el traumatólogo del Hospital “Mesa del Castillo”, se recoge la posibilidad de fracaso de la intervención y expresamente la posibilidad de algodistrofia simpático refleja, sin perjuicio de que esta última no se ha confirmado que la padeciera el paciente. En relación con el cambio de técnica quirúrgica, señala que, además de estar prevista esta eventualidad en el consentimiento informado, dicha decisión fue considerada ajustada a la *lex artis* por la Inspección Médica. Discute, asimismo, la cantidad pretendida en el concepto de indemnización.

- Con fecha 12 de julio y 6 de septiembre de 2024, presenta alegaciones el reclamante para señalar que el paciente “fue sometido a una cirugía radicalmente distinta de la que, en su día se le ofreció, para la que prestó su consentimiento informado, y respecto de la que se le ofreció la información que le llevó a aceptar ser incluido en la lista de espera quirúrgica. Para la intervención quirúrgica acometida no existió el consentimiento del paciente, habiendo de asumir el SMS las consecuencias del fracaso quirúrgico”. Y reiterando su alegación de incorrecta ejecución de la técnica operatoria: “la cirugía fue mal realizada, se ha operado con un tornillo largo y se ha dejado la articulación subluxada”, conclusión a la que llega “de una simple consulta a las pruebas radiográficas postoperatorias”.

SEXTO.- Con fecha 1 de octubre de 2024, la unidad instructora formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no concurren todos los elementos a los que el ordenamiento jurídico anuda el nacimiento de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, en particular el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado, ni su antijuridicidad, al no haber acreditado el

reclamante la concurrencia de mala praxis, en su aspecto material y formal, durante la asistencia sanitaria que le fue dispensada.

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 3 de octubre de 2024, complementada con el envío de un CD con documentación en soporte digital, recibido en este Órgano consultivo el 9 de octubre 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 para reclamar y procedimiento.

I. Cuando de daños corporales se trata, la legitimación activa para reclamar corresponde, de forma primaria, a quien los sufre en su persona, lo que en el supuesto sometido a consulta determina que haya de reconocerse dicha legitimación al paciente, a quien ha de considerarse interesado a los efectos establecidos en el artículo 4.1 LPAC y 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).

La legitimación pasiva corresponde a la Administración titular del servicio público a cuyo funcionamiento se imputa el daño. En este supuesto, la Administración regional, a la que corresponde la prestación del servicio de asistencia sanitaria a la población, y ya lo haga de forma directa, a través de sus propios recursos materiales o humanos, ya por mediación de entidades privadas a través de los oportunos conciertos, como ocurre en el supuesto sometido a consulta. En cualquier caso, de la realidad de los hechos acreditados en el expediente no resulta dudoso que el paciente acudió al centro hospitalario privado por indicación del Servicio Murciano de Salud. Como señalamos en nuestros Dictámenes 136/2003, 13/2020 y 18/2023, entre otros, esta circunstancia no altera el hecho de que el servicio que se presta es público y que su titularidad la ostenta la Administración, con independencia de que se gestione por un tercero; por ello, sería injusto que el grado de responsabilidad derivado de la prestación de un servicio público dependa de la forma en que se realice el servicio por los poderes públicos, sin olvidar que los centros concertados están sujetos a la inspección y control de la autoridad sanitaria (artículo 67.5 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad). Así lo ha reconocido el Consejo de Estado, entre otros, en su Dictamen nº. 85/2002, de 31 de enero, en relación con una reclamación sobre la asistencia sanitaria prestada por un centro concertado: *“el hecho de que la asistencia sanitaria discutida se haya prestado en un Hospital concertado con el INSALUD no es obstáculo para el examen de fondo de la reclamación planteada, ni para su eventual estimación, pues, en otro caso, se estaría colocando a los pacientes que son remitidos a los centros, por*

decisión de la Administración sanitaria, en una peor situación que el resto de los ciudadanos que permanecen en los establecimientos hospitalarios públicos”.

II. La reclamación se ha presentado dentro del plazo anual que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 67.1 LPAC, toda vez que se ha ejercitado el 30 de noviembre de 2017, antes del transcurso de un año desde la estabilización de las lesiones por las que el interesado reclama y que, a su parecer, se derivan causalmente de la intervención quirúrgica a la que se sometió el 30 de noviembre de 2016. El alta médica por el proceso traumatológico se expide el 19 de mayo de 2017.

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 a los interesados. Además, se ha solicitado y evacuado el informe de la Inspección Médica que, junto con la solicitud de este Dictamen, constituyen los trámites preceptivos de este tipo de procedimientos.

Ha de destacarse el excesivo tiempo invertido en la tramitación del procedimiento, que supera ya los siete años de duración, en lo que ha tenido una influencia decisiva la tardanza en la evacuación del informe preceptivo de la Inspección Médica, que se demoró durante casi seis años. Esta circunstancia ha derivado en que el retraso en la resolución del procedimiento, cuyo plazo máximo de resolución es de seis meses, haya excedido en mucho lo razonable.

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 han sido desarrollados por abundante jurisprudencia, que los configura como sigue:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con 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 concorra 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 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 predecible 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).

Para la Administración, además de los informes de los facultativos intervenientes, de preceptiva incorporación al procedimiento ex artículo 81.1 LPAC, 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*”.

En esta misma línea, la STSJ Madrid, núm. 681/2021, de 10 de septiembre, sintetiza la doctrina jurisprudencial relativa a la exigencia y valoración de la prueba pericial médica en el proceso judicial en materia de responsabilidad patrimonial por defectuosa asistencia sanitaria y que, *mutatis mutandi*, puede hacerse extensiva al procedimiento administrativo:

“*...es sabido que las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica y este Tribunal carece de los conocimientos técnicos-médicos necesarios, por lo que debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos, bien porque las partes hayan aportado informes del perito de su elección al que hayan acudido o bien porque se hubiera solicitado la designación judicial de un perito a fin de que informe al Tribunal sobre los extremos solicitados. En estos casos, los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado.*

(...)

No obstante debemos de realizar también una consideración respecto a los informes elaborados por la Inspección Sanitaria; informes que contienen también una opinión de carácter técnico, obtenida extraprocesalmente, por lo que sus consideraciones deben ser ponderadas como un elemento de juicio más en la valoración conjunta de la prueba, debiéndose significar que los informes de los Inspectores Médicos son realizados por personal al servicio de las Administraciones Públicas, que en el ejercicio de su función actúan de acuerdo a los principios de imparcialidad y especialización reconocidos a los órganos de las Administraciones, y responden a una realidad apreciada y valorada con arreglo a criterios jurídico-legales, por cuanto han de ser independientes del caso y de las partes y actuar con criterios de profesionalidad, objetividad e imparcialidad”.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan a la Administración sanitaria.

Dos son las infracciones de la *lex artis* que el reclamante imputa a los facultativos que le prestaron la asistencia. De un lado, una mala praxis de carácter material, que concreta en una mala elección de la técnica quirúrgica empleada y en su defectuosa ejecución, dando lugar a un pobre resultado de la intervención. De otra parte, una mala praxis en su aspecto formal o relacional entre el médico y el paciente, que afecta al consentimiento informado previo a la operación, que era insuficiente, pues alega el actor que no se le informó de que, como consecuencia de la cirugía programada, iba a presentar las graves lesiones y secuelas que le han quedado (“una nueva rigidez articular y un limitante síndrome de Distrofia Simpático-Refleja”). Además, sostiene que el consentimiento que él prestó lo fue para una determinada técnica quirúrgica que no fue la que finalmente se aplicó.

I. De la infracción de la *lex artis* en sentido material.

Afirma el reclamante que la técnica quirúrgica empleada no era las más indicada para el tipo de patología que presentaba y que su ejecución fue defectuosa, concretando esta imputación en el escrito presentado con ocasión el trámite de audiencia, en el que alega que “*la cirugía fue mal realizada, se ha operado con un tornillo largo y se ha dejado la articulación subluxada*”, conclusión a la que llega “*de una simple consulta a las pruebas radiográficas postoperatorias*”.

Esta alegación está íntimamente ligada al criterio de la *lex artis*, pues se pretende vincular la producción del daño con la actuación de los facultativos intervenientes 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 correcta.

La valoración de la actuación facultativa, para establecer en qué medida la intervención, tanto en su indicación como en su desarrollo resultó adecuada 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, el reclamante 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 alegaciones. Adviértase que, de la sola consideración de la documentación clínica obrante en el expediente, no puede deducirse de forma cierta por un órgano lego en Medicina como es este Consejo Jurídico, que la técnica quirúrgica elegida o su ejecución, no fueran adecuadas a normopraxis. Esta carencia de prueba, por sí sola, podría resultar suficiente para desestimar la reclamación en los términos en los que fue planteada, dado que es al actor a quien incumbe la carga de probar la quebra 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 al

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. Señala el informe inspector, en relación con la incorrecta selección y ejecución de las técnicas quirúrgicas, que *“cuando a un paciente se le incluye en lista de espera para la realización de una intervención, con una técnica concreta, y esa intervención la realiza un facultativo distinto al que sentó inicialmente la indicación quirúrgica, los aspectos concretos de la técnica a realizar pueden variar en función de las preferencias del facultativo que finalmente interviene, más aún cuando hablamos de patologías como el hallux valgus en el que, como ha quedado recogido, se han descrito más de 150 técnicas quirúrgicas sin que ninguna de ellas haya mostrado unos particularmente excelentes resultados”*.

La Inspección Médica reproduce en su informe el evacuado por el especialista en Traumatología del Hospital “Morales Meseguer”, que fue quien indicó la necesidad de la intervención, en el apartado relativo al cambio de técnica quirúrgica por parte del facultativo que operó al paciente en el centro concertado:

“...es cierto que se aplicó técnica quirúrgica parcialmente distinta a la inicialmente planteada. Pero, este cambio de técnica intraoperatoria fue parcial, ya que sólo se aplicó a los radios menores 2º-3º-4º, añadiendo gestos quirúrgicos en los metatarsianos. En ocasiones está indicado añadir estos gestos si la corrección de las garras es insuficiente. En este caso se añadieron osteotomías de acortamiento de metatarsianos con objeto de relajar las articulaciones. Desafortunadamente, aun así, no se corrigieron las garras de la forma deseada.

Respecto al juanete, se realizó la técnica planteada inicialmente, aunque con distinto material de síntesis. Pero no olvidemos que existen casi 100 técnicas distintas para resolver un hallux valgus, y que se utilizan unas u otras según la experiencia del cirujano. Aun así, intraoperatoriamente también pueden modificarse o añadirse gestos quirúrgicos más agresivos hasta conseguir un resultado correcto, que a pesar de todos los esfuerzos puede llegar a fracasar a corto, medio o largo plazo.

En la bibliografía se recoge entre un 10-20% de resultados insatisfactorios independientemente de las técnicas empleadas”.

La conclusión que alcanza la Inspección Médica es que *“no cabe considerar mala praxis el cambio parcial en la técnica quirúrgica entre la inicialmente propuesta y la finalmente realizada”*.

En relación con la alegada ejecución incorrecta de la técnica, ha de repararse en que, si bien los informes facultativos obrantes en el expediente y el de la Inspección Médica no entran a considerar esta alegación, lo cierto es que el reclamante no ha llegado a acreditar su imputación de mala praxis, y que, en cualquier caso, la Inspección Médica la descarta al informar que *“del análisis del proceso asistencial relacionado con la intervención de hallux valgus que se practicó a Don Y, no se desprende la existencia de mala praxis por los profesionales actuantes”*. Esta conclusión, en la medida en que la Inspección la extiende a todo el proceso asistencial, ha de considerarse previsible, también, de la concreta ejecución de la técnica quirúrgica finalmente elegida para la intervención.

II. De la insuficiencia del consentimiento informado, que fue recabado para la realización de una determinada técnica quirúrgica, a pesar de que, finalmente, se le intervino con una técnica totalmente diferente, y en el que no se le informaba de los riesgos que afrontaba y que finalmente se materializaron.

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 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^a 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.

B) En el supuesto sometido a consulta ha quedado acreditado que constan en la historia clínica dos documentos de consentimiento informado de contenido prácticamente idéntico, que prestó el paciente con anterioridad a la intervención. Uno de ellos lo recabó el especialista del Hospital "Morales Meseguer" al momento de indicar la intervención quirúrgica e incluir al paciente en lista de espera quirúrgica. El segundo fue firmado por el paciente ante el facultativo del Hospital "Mesa del Castillo" que finalmente le operó.

De la lectura de ambos documentos, se deduce que el consentimiento se prestó para la intervención de hallux valgus, sin especificación en el documento de la concreta técnica quirúrgica que habría de emplearse, lo cual es coherente con el contenido mínimo de la información que ha de darse al paciente en orden a recabar su consentimiento informado para la intervención, conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, en cuya virtud, la información habrá de comprender, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias. De ahí que no pueda aceptarse la alegación actora relativa a que el consentimiento se dio para una determinada técnica quirúrgica de afrontar el hallux valgus y no para otra igualmente indicada para resolver dicha patología. En rigor, el consentimiento fue otorgado por el paciente para ser intervenido quirúrgicamente de las deformidades anatómicas que presentaba en el pie, con independencia de cuál fuera la técnica quirúrgica que fuera a realizársele. Es evidente que, si el cambio de técnica hubiera conllevado unos mayores riesgos, diferentes de aquellos que sí se comunicaron al paciente, habría sido necesario recabar de nuevo su consentimiento, pero no por el mero cambio de técnica quirúrgica, sino precisamente porque los riesgos o las consecuencias esperables de la intervención habrían variado.

Sin embargo, el reclamante no ha llegado a alegar, y mucho menos a probar, que la técnica quirúrgica finalmente aplicada difiriera de la inicialmente programada en riesgos o en las consecuencias esperables.

Por otra parte, frente a la alegación actora que afirma que no se le informó de las graves secuelas que finalmente se produjeron y que concreta en una nueva rigidez articular y un limitante síndrome de Distrofia Simpático-Refleja con luxación metatarsofalángica en los dedos, cabe señalar que lo que ocurrió fue que la intervención no resultó exitosa y no consiguió resolver de forma definitiva las deformidades que presentaba el paciente en su pie izquierdo. Como se indica de forma expresa en los documentos de consentimiento informado firmados por el paciente, son riesgos típicos de la intervención el fracaso de la intervención ("recidiva de la deformidad") y la limitación del movimiento de la articulación metatarsofalángica. En cuanto al síndrome de distrofia simpático-refleja, no ha quedado acreditado que finalmente lo sufra el paciente, sino que quedó en una inicial sospecha que no fue luego confirmada mediante las pruebas diagnósticas realizadas al efecto.

De ahí que la Inspección Médica concluya que “*no se aprecia mala praxis en lo relacionado con la información y el consentimiento informado. El resultado de la intervención, aún insatisfactorio, entra dentro de las posibles complicaciones de una intervención de este tipo*”.

En consecuencia, no ha llegado a acreditarse la alegada mala praxis, en su doble aspecto material y formal, en el proceso asistencial del hoy reclamante, lo que impide apreciar la concurrencia de todos los elementos a los que el ordenamiento 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 alegado, ni su antijuridicidad.

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 se aprecia la concurrencia de todos los elementos a los que el ordenamiento anuda la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente la relación causal entre el funcionamiento del servicio público y el daño reclamado, ni su antijuridicidad.

No obstante, V.E. resolverá.