



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 10 de noviembre de 2003 (de certificación en la Oficina de Correos), D. J. C. V. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración regional por una inadecuada asistencia sanitaria, que le supuso tener que ser sometido a una segunda intervención por sangrado y lesión esplénica con las secuelas que derivan de la misma. Según describe, desde hacía varios años sufría la sintomatología propia de una hernia de hiato, por lo que siguiendo las prescripciones del Dr. A., especialista en cirugía del Hospital Morales Meseguer, ingresó en el mismo para ser intervenido el 18 de agosto de 2000. Manifiesta que el cirujano le había indicado que si no eliminaba la hernia podía producirse un agravamiento de su salud, explicándole en ese momento, y a petición suya, que la técnica que iba a utilizar era la laparoscopia, mínimamente invasiva, que sólo requería dos o tres días de hospitalización, y que, tras el postoperatorio, haría una vida normal.

El 18 de agosto fue operado por la mañana, siendo visitado por el Dr. A. que le comunicó que la operación había sido un éxito. Según indica, ya en ese momento puso de manifiesto que no se encontraba bien, teniendo unos dolores muy agudos, extremo este que el doctor entendía derivado del propio postoperatorio y, por tanto, dentro de la normalidad; lo anterior fue reiterado a otros facultativos que requirió, prescribiéndole única y exclusivamente calmantes.

Esa misma noche, ante el aumento del dolor, se solicitó la presencia del médico de guardia, Dr. M., quien dictaminó la existencia de un punto sangrante en la zona de punción del neumoperitoneo, que provocaba un importante sangrado interno, motivado por la aparición de un daño en el bazo o en el hígado. El mismo doctor dijo que la única solución era la de operación y extirpación del bazo.

Esta intervención supuso dos días en la UCI, para ser después trasladado a planta, dándole el alta el día 31 de agosto de 2000.

Desde ese día, manifiesta el reclamante, sigue sin poder tragar alimentos con normalidad y con múltiples problemas gastrointestinales, lo que ha provocado tener que acudir al Dr. P., especialista en cirugía torácica del Hospital Virgen de la Arrixaca, quien ha dictaminado la necesidad de otra intervención al tener la válvula demasiado cerrada, intervención de la que está en lista de espera.

Señala que por los anteriores hechos presentó una denuncia tramitada por el Juzgado de Instrucción núm 3 de la capital (Diligencias Previas 3.863/01), que concluyeron en el sobreseimiento provisional, notificado a la parte reclamante el 27 de noviembre de 2003. Destaca de las actuaciones penales previas el informe del Médico Forense D. R. M. B. G., quien manifiesta: "*(...) En la documentación aportada no se desprende la existencia de una actuación incorrecta o no acorde a los principios generalmente aceptados de la práctica médica a pesar de que el transcurso de la intervención haya dado lugar a una complicación infrecuente y, en teoría, presuntamente evitable*".

Finalmente solicita, en concepto de perjuicio personal y moral, así como por quebranto de la economía familiar derivado de la inadecuada asistencia médica, que ha dejado como secuelas una disfagia y una eventración, la cantidad de 180.303,63 euros, Por último propone, como

prueba documental, la incorporada al escrito de reclamación, así como la obrante en su historia clínica, y como testifical, la declaración de los Dres. A., M. y M. J. P..

SEGUNDO.- Con fecha 27 de enero de 2004, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dictó resolución de admisión a trámite, la cual se notificó a las partes interesadas, a la vez que se solicitó a los Hospitales Morales Meseguer y Virgen de la Arrixaca las correspondientes historias clínicas, y los informes de los facultativos que le atendieron.

TERCERO.- Desde el Hospital Morales Meseguer se remitió la historia clínica e informe del Dr. A., Jefe de Sección de Cirugía General y Aparato Digestivo, según el cual:

"Paciente D. J. C. V.: visto en consulta externa de Cirugía General, remitido por S° de Aparato Digestivo con diagnóstico de hernia hiatal, esófago de Barret, aportando informe anatomo patológico de displasia moderada.

El paciente es intervenido el 18-8-00, realizándose funduplicatura de Nissen y cierre de pilares diafragmáticos por vía laparoscópica. A las 12 horas de la intervención se avisa por hipotensión evidenciándose en la analítica la caída de 10 puntos de hematocrito, por lo que, con sospecha de hemoperitoneo, el paciente se reinterviene de urgencias, encontrándose hemoperitoneo de +/- 1.5 l por desgarro esplénico. Se realizó esplenectomía con ligadura de pedículo y punto de sutura hemostático a nivel umbilical, y lavado abundante de cavidad abdominal con suero fisiológico. El paciente pasa a UCI para su control hemodinámico postcirugía, siendo dado de alta en la Unidad a las 24 horas, debida a su estabilización hemodinámica.

La evolución del postoperatorio en planta fue satisfactoria por lo que fue dado de alta el 31-8-00

El 3-10-00, se revisa al paciente en consulta externa, solicitándole gastroscopia, analítica programada y Rx de tórax para su control de postoperatorio tardío"

En la historia clínica figura el consentimiento informado para cirugía de urgencia por abdomen agudo, suscrito el 18 de agosto de 2000 (folios 69 y 70), y el consentimiento informado para anestesia general de 27 de marzo de 2000.

CUARTO.- Tras varios requerimientos el Hospital Virgen de la Arrixaca remite finalmente la historia clínica, que obra en los folios 167 a 189.

QUINTO. Por la instructora se requiere al reclamante para que aporte las preguntas que desea formular a los Dres. A., M. y P., sin que fuera cumplimentado el citado trámite, según la propuesta de resolución.

SEXTO.- Consta en el expediente el informe del Médico Forense (folios 197 a 200) emitido en el Procedimiento de Diligencias Previas 3863/01, a instancia de la instructora, que contiene las siguientes conclusiones:

"1. De la actuación médica investigada se desprende la existencia de complicaciones quirúrgicas mayores y menores que han conducido a un resultado desfavorable de una intervención, que estaba adecuadamente indicada.

2. No se ha identificado una actuación médica deficiente que sea origen de dichas complicaciones, que se consideran como inherentes a la propia técnica quirúrgica elegida."

SÉPTIMO.- El informe de la Inspección Médica, de 15 de febrero de 2006, señala:

"El sangrado de la zona de punción para el neumoperitoneo y el desgarro esplénico, aunque poco frecuentes son riesgos típicos. Si esta información se hubiera proporcionado desde el principio el paciente hubiera concedido su aprobación asumiendo dichos riesgos, no tendría objeto esta reclamación, pero la ausencia de información en este sentido (no existe constancia documental de la información proporcionada) crea unas expectativas de facilidad no acordes, en general, a cualquier procedimiento quirúrgico".

Además extrae las siguientes conclusiones:

"1. La indicación quirúrgica, la vía laparoscópica y la técnica quirúrgica empleada fueron las

adecuadas y conforme al diagnóstico que padecía (*Hernia de Hiato, Esófago de Barret*).

2. La esplenectomía con el hallazgo anatomo-patológico de múltiples desgarros de la cápsula esplénica y hemorragias subcapsulares son complicaciones infrecuentes y evitables de la cirugía laparoscópica.

3. No queda acreditada la disfagia como un daño efectivo, en ningún momento ha sido objetivada con diferentes técnicas exploratorias. En todo caso la sintomatología clínica del principio ha ido mejorando hasta desaparecer.

4. No podemos considerar la eventración previsible, ni como una secuela, de la intervención, si acaso complicación de la misma, que ya ha sido resuelta satisfactoriamente.

PROPIUESTA

Por todo lo anteriormente expuesto, y salvo mejor criterio, se propone la estimación, sólo en parte, de la presente reclamación indemnizatoria."

OCTAVO.- Otorgado trámite de audiencia a las partes, el reclamante presenta alegaciones en las que se ratifica en su reclamación, estimando que el informe de Inspección Médica no hace sino corroborar, justificar y avalar lo solicitado por él.

NOVENO.- La aseguradora del ente público sanitario, Z. E., aporta dictamen médico conjunto de cuatro especialistas en cirugía general y digestivo, que concluyen:

"1. El paciente presentaba una HdH con RGE y esófago de Barret por lo que la indicación de cirugía era correcta.

2. Los preoperatorios eran correctos y no descartaban la intervención.

3. La cirugía se llevó a cabo en tiempo y forma correctas.

4. En el postoperatorio presentó una complicación inherente al procedimiento, aunque con una frecuencia escasa como es el sangrado intraabdominal, por un desgarro de la cápsula del bazo.

5. La complicación fue diagnosticada y resuelta de manera correcta en cuanto surgieron los primeros síntomas de abdomen agudo.

6. La esplenectomía debida a una lesión esplénica se presentaba en el 2 a 5 % de los casos de reparación de la HdH en cirugía abierta. En cirugía laparoscópica la casuística es mucho menor siendo su frecuencia del 0.1%.

7. El paciente firmó previamente los documentos de CI para cirugía del abdomen agudo, en los mismos se exponen de manera clara las posibles complicaciones del procedimiento.

8. A pesar de que se reclama también por la existencia de una disfagia postcirugía, no se ha comprobado la misma en las sucesivas y exhaustivas revisiones durante casi 4 años.

9. Las hernias incisionales son complicaciones inherentes a las laparotomías, siendo su casuística alrededor del 15 % de todos los pacientes que están en LEQ.

10. La hernia incisional fue reparada de manera correcta mediante la colocación de una malla de polipropileno.

11. De acuerdo con la documentación examinada, se puede concluir en que todos los profesionales que trajeron al paciente lo hicieron de manera correcta, no identificándose mala praxis que fuera el origen de las complicaciones surgidas, las cuales podemos considerarlas como inherentes a la propia técnica quirúrgica".

DÉCIMO.- Remitido el anterior dictamen al reclamante formuló alegaciones en las que se ratifica en su adhesión al informe de Inspección Médica, considerando que el informe de los peritos de la aseguradora parte de una visión sesgada y parcial de la realidad médica.

UNDÉCIMO.- La propuesta de resolución, de 11 de septiembre de 2006, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial.

A la vista de los referidos Antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, al versar sobre una propuesta de resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por la Administración regional, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia (LCJ), en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

El reclamante, al sufrir los perjuicios imputados a la actuación administrativa consistente en la atención sanitaria recibida del sistema público de salud, ostenta la condición de interesado para ejercitar la acción de reclamación, a tenor de lo dispuesto por el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), en relación con el 4.1 RRP. En cuanto a la acreditación de la representación del letrado actuante, con el que se han seguido las actuaciones, y ha presentado, por ejemplo, el escrito de alegaciones, se puede entender acreditada en tanto figura como letrado designado en las diligencias penales previas, si bien ha de resaltarse que en el escrito de reclamación presentado ante la Administración regional se designa solamente a efectos de notificaciones, y no para ejercitar acciones, en los términos expresados por el artículo 32.3 LPAC.

Respecto a la legitimación pasiva, tras el traspaso de funciones y servicios en materia de asistencia sanitaria de la Administración del Estado a la Administración regional, cabe dar aquí por reproducidas las consideraciones efectuadas por este Consejo en nuestro Dictamen 65/02. En cuanto al plazo para interponer la acción de reclamación, aunque el daño se imputa a la intervención quirúrgica practicada el 18 de agosto de 2000, sin embargo, como señaló el Consejo Jurídico en su Dictamen núm. 46/98, entre otros, el criterio tradicional recogido por la jurisprudencia es que el proceso penal, por su carácter atrayente y prevalente, interrumpe el plazo de prescripción para ejercitar la acción de responsabilidad administrativa. Así, constando en el expediente que el auto que dispone el sobreseimiento provisional data de 18 de noviembre de 2002 (notificado al reclamante el 27 siguiente), y no teniendo constancia de que se realizaran ulteriores actuaciones en dicha vía jurisdiccional, la notificación del referido auto se convierte en el día inicial del cómputo del plazo para interponer la reclamación; por ello, habiéndose ejercitado la acción el 17 de noviembre de 2003, se considera que se ha interpuesto en el límite anual, pero dentro del año previsto en el artículo 142.5 LPAC. Por último 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, salvo el plazo máximo para resolver, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.3 RRP.

TERCERA.- Concurrencia de los requisitos que determinan la responsabilidad patrimonial.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada 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.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y ss. de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
- b) 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.
- c) Ausencia de fuerza mayor.
- d) 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 poner todos los medios posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de medios. La actuación del médico ha de llevarse a cabo 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 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 (SAN, Sección 4^a, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3^a, de 14 de octubre de 2002).

Por tanto, ha de analizarse la concurrencia de los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial, en relación con las imputaciones que se realizan.

El reclamante, en su escrito inicial, achaca a la Administración regional una inadecuada asistencia sanitaria, que le supuso una segunda intervención, y le produjo las secuelas que alega. Para fundamentar su petición se basa inicialmente en los hechos que describe, y en el siguiente párrafo del médico forense: "*a pesar de que el transcurso de la intervención haya dado lugar a una complicación infrecuente y, en teoría, presuntamente evitable*". Con posterioridad y, a través del escrito de alegaciones, se ha adherido el reclamante al informe de la Inspección Médica, que concluye en la estimación, sólo en parte, de la reclamación presentada.

El planteamiento genérico de la reclamación inicial presentada obliga al Consejo Jurídico, al igual que los informes médicos obrantes en el expediente, a considerar la praxis médica seguida con el paciente, en varias vertientes: indicación quirúrgica por hernia de hiato; técnica que se empleó; riesgos derivados de la técnica empleada, e información suministrada al paciente.

1º. Sobre la indicación de la intervención.

El paciente padecía una esofagitis de reflujo diagnosticada mediante endoscopia, en la que se apreció una hernia de hiato y un esófago de Barret.

Tanto el Médico Forense como la Inspección Médica consideran que la indicación quirúrgica era la adecuada por lo siguiente:

Según el Médico Forense (folio 198): "*en presencia de una hernia hiatal, la existencia de una*

esofagitis de reflujo es, a juicio de la mayoría de los autores, *indicación operatoria. El tratamiento quirúrgico de las consecuencias del reflujo gastroesofágico ha de indicarse antes de que estas sean irreversibles (estenosis fibrosis no dilatables), y tiene como objetivo la construcción de un dispositivo anatómico que impida el reflujo continuado*".

La Inspección Médica coincide en lo señalado con anterioridad (folio 211):

"Cuando el tratamiento médico es prolongado, no efectivo, o la hernia de hiato es muy grande, o las lesiones esofágicas muy importantes, dadas las consecuencias que puede acarrear la presencia de reflujo gastroesofágico, se indicará la cirugía sin esperar a que surjan más complicaciones (...). Añade también que en el paciente "la enfermedad por reflujo gastroesofágico había producido cambios estructurales en la mucosa esofágica (esófago de Barret), por lo que la indicación quirúrgica era clara".

En consecuencia, la indicación quirúrgica era la adecuada y conforme al diagnóstico, por lo que no cabe apreciar infracción de la *lex artis* en este extremo.

2º. Sobre la técnica empleada.

Ambos coinciden también en que la cirugía laparoscópica es el tratamiento de elección (folios 211), señalando, a este respecto, el Médico Forense (folio 198):

"Este procedimiento, que es probablemente el más utilizado, no está exento de complicaciones (...) La utilización de las técnicas laparoscópicas disminuyen los riesgos para el paciente, así como el periodo de hospitalización. Se trata de técnicas que presentan un menor porcentaje de complicaciones operatorias que las técnicas de cirugía abierta. En el caso de la intervención de Nissen-Rosetti (utilizada en la operación) se han publicado diversas series en las que la presencia de complicaciones, en ocasiones serias y letales, aparecen en un bajo porcentaje y disminuyen significativamente (...)."

Tampoco en este aspecto se acredita por el reclamante infracción de la *lex artis*.

3º. Sobre los riesgos derivados de la técnica empleada.

La existencia de sangrado y lesión esplénica que presentó el paciente en el postoperatorio no implica la demostración de una actuación imprudente o negligente, según el parecer del Médico Forense (folio 200) y que, en el presente caso, no sería imputable a una actuación negligente, sino que son complicaciones mayores inherentes a la propia técnica quirúrgica (folio 199).

También la Inspección Médica indica que *"el sangrado en la zona de punción para el neumoperitoneo y el desgarro esplénico, aunque poco frecuentes, son riesgos típicos"* (folio 212).

Además, el reclamante manifiesta que, desde la intervención, sufría disfagia y eventración, respecto a las que el Médico Forense considera complicaciones más frecuentes y afortunadamente más leves en cuanto al pronóstico, en estas intervenciones, dado que son una consecuencia directa de las propias características de las modificaciones anatómicas quirúrgicamente producidas (folio 199).

En todo caso, la Inspección Médica, a cuyo informe se adhiere el reclamante, manifiesta que: *"no queda acreditada la disfagia como un daño efectivo, en ningún momento ha sido objetivada con diferentes técnicas exploratorias. En todo caso, la sintomatología clínica del principio ha ido mejorando hasta desaparecer".*

"no podemos considerar la eventración previsible, ni como una secuela de la intervención, si acaso complicación de la misma, que ya ha sido resuelta satisfactoriamente".

En este sentido, los peritos de la aseguradora también aclaran que *"las eventraciones secundarias a laparotomías son una complicación que surge a los meses de haberlas realizado, estando en relación con la forma de cicatrización de los pacientes, no pudiendo ser achacadas a un defecto técnico si no se producen en las primeras 24 a 48 horas del cierre de la laparotomía".*

En todo caso, de la eventración fue intervenido quirúrgicamente el paciente y, tras un postoperatorio satisfactorio, fue dado de alta. A este respecto la Inspección Médica señala que la corrección del defecto de la pared abdominal, tras un periodo mínimo de hospitalización, le ha permitido recuperar la actividad habitual en poco tiempo con total posibilidad de movimientos y ausencia de complicaciones (folio 214).

De las consideraciones médicas anteriores se concluye que el sangrado y la lesión esplénica en el postoperatorio de una intervención laparoscópica son un riesgo típico de esta intervención, aunque no frecuente. También que la disfagia y la eventración son complicaciones más frecuentes, si bien en el caso de la primera no se ha acreditado como daño efectivo y, en el caso de la segunda, ya ha sido resuelta satisfactoriamente.

4º. Información suministrada al paciente: el consentimiento informado.

No obstante la conclusión alcanzada en las consideraciones precedentes, también cabe incluir dentro del concepto de *lex artis* el aspecto relacional médico-paciente, en alusión a la información que éste debe recibir de aquél respecto al proceso de su enfermedad o, como en el supuesto planteado, de su operación. Y en este marco es donde debe insertarse las manifestaciones formuladas por el reclamante sobre la información recibida: "*a dicha solución operatoria se llegó por consejo del Dr. A. quien me manifestó que si no se eliminaba esa hernia, podía producirse un agravamiento de mi salud y explicándome en ese momento y, a petición mía, que la técnica que se iba a utilizar en la misma era la laparoscopia, mínimamente invasiva, que solamente requería dos o tres días de hospitalización y que después del postoperatorio haría una vida normal y podría comer de todo*".

Como ya dijimos en nuestros Dictámenes 114/2003 y 94/2005, es un criterio jurisprudencial consolidado -por todas, sentencias del Tribunal Supremo, de 16 de octubre de 1998 (Sala de lo Civil) y 3 y 10 de octubre de 2000 (Sala de lo Contencioso-Administrativo)- que el derecho de información que ostenta el paciente deriva del principio de buena fe y es un elemento esencial de la *lex artis ad hoc*, en tanto que debe constituir un acto clínico más. Su plasmación normativa se encontraba, en la fecha en que se producen los hechos de los que deriva la reclamación, en los apartados 5 y 6 del artículo 10 LGS, que establecían el derecho del paciente a recibir información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento (artículo 10.5) y a la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, salvo diversas excepciones. Hoy su regulación ha sido sustituida por los Capítulos II y IV de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica, reguladora de la Autonomía del Paciente y de los Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica (en adelante, Ley 41/2002).

La información previa al consentimiento, entendida como aquella que persigue que el interesado acceda o decida someterse a una determinada operación, con advertencia de riesgos, porcentaje de fracasos, alternativas de tratamiento, etc., trasladando al médico la responsabilidad por los riesgos derivados de la intervención (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 3 de octubre de 2000), se constituye en un acto clínico más, por lo que el análisis de cómo se desarrolle este acto incidirá en el análisis de la normalidad o anormalidad del funcionamiento de los servicios públicos y en la determinación de su ajuste o no al estándar de funcionamiento del servicio asistencial, lo que determinará la antijuridicidad o no del daño que se anude a su falta de prestación.

En definitiva, ante una intervención médica que en lo técnico es conforme con la *lex artis*, pero en la que se ha producido un resultado de los tenidos como de riesgo inherente o previsible, la ausencia de consentimiento informado supondría trasladar al médico la responsabilidad por el

resultado dañoso sufrido por el paciente, determinando que la lesión derivada de un riesgo inherente a la intervención deviene en antijurídica, de forma que, por no haber mediado esa información, el enfermo no tiene el deber jurídico de soportar el daño.

Advertida la importancia de la información en la relación médico-paciente, resulta necesario a continuación abordar el problema de su prueba. Respecto del consentimiento informado y dado que a la fecha de la intervención estaba vigente el artículo 10.6 LGS, que exige la forma escrita para prestarlo, resulta evidente que el medio de prueba ordinario 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 a la operación. Ahora bien, la ausencia del documento no determina automáticamente la antijuridicidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se dio la necesaria información al paciente. En tales casos, el medio probatorio por excelencia será la historia clínica. Si ni tan siquiera en la historia clínica se contienen datos suficientes de los que se desprenda de forma inequívoca que se ha informado al paciente a lo largo de todo el proceso, cabrá incluso admitir otros medios de prueba, tales como la testifical o, incluso, las presunciones. Ahora bien, aunque no se excluya de forma tajante y absoluta la validez de cualquier información que no se presente por escrito, en tal caso es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3^a, de 4 de abril de 2000).

Resulta esclarecedora otra resolución de la misma Sala, ésta de 3 de octubre de 2000, que declara: *"la obligación de recabar el consentimiento informado de palabra y por escrito obliga a entender que, de haberse cumplido de manera adecuada la obligación, habría podido fácilmente la Administración demostrar la existencia de dicha información. Es bien sabido que el principio general de la carga de la prueba sufre una notable excepción en los casos en que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por la Administración. Por otra parte, no es exigible a la parte recurrente la justificación de no haberse producido la información, dado el carácter negativo de este hecho, cuya prueba supondría para ella una grave dificultad".*

Aplicada la anterior doctrina al supuesto sometido a consulta, es evidente que no obra en el expediente el preceptivo documento de consentimiento informado previo a la intervención quirúrgica (sólo el de anestesia general), pues el que sí consta (folio 69) corresponde a la segunda intervención que se le practicó de urgencia por el Dr. M., suscrito el mismo día 18 de agosto de 2000, y que autorizaba "para cirugía de urgencia por abdomen agudo" (sic).

Pese a la ausencia de constancia escrita para la primera intervención, ¿puede deducirse de la historia clínica que el paciente era conocedor de los riesgos inherentes a la citada técnica que, en realidad, luego acontecieron? De la historia clínica no se desprende ningún dato que pueda probar dicha información, salvo lo que dice el paciente, quien manifiesta que, a petición suya, el facultativo que le intervino le indicó la técnica que iba a aplicar (laparoscopia), y la facilidad para su recuperación. Pero, en ningún caso, consta en la historia clínica dato que pruebe que dicho facultativo le explicara los riesgos de la primera intervención, teniendo en cuenta, de acuerdo con lo indicado en el apartado anterior, que los que se dieron eran inherentes a la técnica empleada, según el Médico Forense y la Inspección Médica, aunque en el caso de los graves, infrecuentes. Por ello, negada la información sobre los riesgos de la intervención por parte del paciente, incumbe a la Administración acreditar dicho extremo dado que no existe consentimiento informado por escrito para la primera intervención, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, sin que sea aplicable al presente supuesto lo indicado en la propuesta de resolución sobre una nueva inversión de la carga de la prueba, en cuanto que incumbe al reclamante probar que la información suministrada fue insuficiente, citando a este respecto nuestro Dictamen 50/2006; sin embargo la cita de dicha doctrina no es aplicable al presente supuesto, por las siguientes razones:

1^a. No existe documento de consentimiento informado escrito, a diferencia del expediente objeto del Dictamen núm. 50/2006, que sí contenía el documento de consentimiento informado, donde se hacía constar que el paciente conoce los riesgos de la intervención, aunque se consideraba insuficiente por el reclamante por su carácter genérico.

2^a. La historia clínica ha de mostrar indicios de que se ha desarrollado de manera efectiva la relación dialogística entre médico y paciente, lo que ofrece un cierto sustento fáctico a la declaración formal de que se le había dado información acerca de la intervención a practicar (Dictamen núm. 191/2006). Sin embargo, en el supuesto ahora sometido a consulta, la historia clínica no arroja luz alguna acerca de si pudo llevarse a efecto tal información de forma verbal, pues ni tan siquiera el cirujano que practicó la primera intervención hace referencia a la información que le trasladó al paciente sobre los riesgos de la intervención, cuando se le pide informe tras el ejercicio de la acción de reclamación (folio 32).

Por ello, precisamente, la Inspección Médica concluye en la estimación, sólo en parte, de la reclamación por cuanto: "*El sangrado en la zona de punción para el neuromoperitoneo y el desgarro esplénico, aunque poco frecuentes, son riesgos típicos. Si esta información se hubiera proporcionado desde el principio y el paciente hubiera concedido su aprobación asumiendo dichos riesgos, no tendría objeto esta reclamación, pero la ausencia de información en este sentido crea unas expectativas de facilidad no acordes en general, a cualquier procedimiento quirúrgico*".

Ya podemos afirmar que la información acreditada en la historia clínica que se ha dado al paciente ha de calificarse de incompleta si tenemos en cuenta los derechos de información y los requisitos del llamado consentimiento informado, que ha sido objeto de estudio pormenorizado en nuestro Dictamen núm. 114/03. Sin embargo, no existe prueba, ni siquiera indiciaria, de que el paciente recibiera información precisa sobre los riesgos de la intervención quirúrgica, ventajas e inconvenientes, y pronóstico sobre las probabilidades del resultado. Y, aunque se permita su práctica en forma verbal, debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte, como exigen los artículos 10.11 LGS

Por tanto, la quiebra de la *lex artis* que permite imputar el daño a la actuación de los servicios públicos sanitarios queda limitada a la infracción del derecho a la información del paciente, como ha quedado razonado en las consideraciones precedentes. Desde esta perspectiva, lo indemnizable será, precisamente, la ausencia del consentimiento informado. La Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, en su Sentencia de 4 de abril de 2000, acoge que la ausencia de consentimiento informado trae como consecuencia la imposibilidad de ponderar los riesgos y de sustraerse a la terapia ofrecida, pues genera una situación de inconsciencia provocada por la falta de información del riesgo existente imputable a la Administración sanitaria, que supone por sí misma un daño moral, grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención, susceptible de ser indemnizado, en tanto que vulnera un derecho del paciente, muy directamente relacionado con su dignidad personal.

CUARTA.- Cuantía indemnizatoria.

La siempre difícil labor valorativa de los daños se complica aún más en los supuestos de daños morales, pues se carece de módulos o criterios objetivos que faciliten la tarea. La referida dificultad aumenta cuando, como en el supuesto sometido a consulta, el reclamante se limita a expresar un importe global que solicita como cuantía indemnizatoria, sin mayor justificación, cuando le correspondía su probanza.

En su ausencia, y dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, aboca a un juicio estrictamente prudencial que pondere las

circunstancias que concurren, y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia en supuestos similares, así como a la doctrina del Consejo Jurídico, sobre el resarcimiento por la inexistencia de consentimiento informado.

En primer lugar, ha de tenerse en cuenta, entre las circunstancias concurrentes en el presente supuesto, que la indicación quirúrgica, la vía laparoscópica, y la técnica aplicada fueron las adecuadas conforme al diagnóstico que padecía el paciente, según el informe del Médico Forense y de la Inspección Médica. También que las complicaciones de la misma han sido resueltas satisfactoriamente a tenor del informe de la citada Inspección Médica (folio 215), que no ha sido cuestionado por el reclamante. Incluso señala dicha Inspección que no se ha acreditado como daño efectivo la disfagia, y en cualquier caso la sintomatología ha ido mejorando hasta desaparecer. En cuanto a la eventración, también manifiesta que no puede considerarse como previsible, ni como una secuela de la intervención, si acaso como una complicación de la misma que ya ha sido resuelta.

Respecto a las circunstancias personales del paciente, pues se alude al quebranto de la economía familiar en relación con el daño, nada se motiva a este respecto por el reclamante, obrando únicamente en la historia clínica que, a fecha 18 de noviembre de 2003 (folio 147), era prejubilado de banca.

En segundo lugar, circunscrita la infracción de la *lex artis* al incumplimiento del consentimiento informado, el daño que se puede imputar a la Administración es el daño moral que ha derivado para el interesado por no habersele informado, que las SSTS, Sala 3^a, de 22 de junio de 2001, y de 25 de abril de 2005, valoran en 6.010 euros. También las sentencias de la Audiencia Nacional de 1 de junio de 2001 y 22 de noviembre de 2000, y del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 30 de junio de 2.004.

En tercer lugar el Consejo Jurídico considera que la cantidad valorada por el daño moral en otros dictámenes de 3.000 euros (por ejemplo, el núm. 63/2005) no parece admisible en términos de equidad en el presente supuesto, resultando insuficiente como cantidad global a resarcir (zozobra, preocupación, molestias, etc.), si se tiene en cuenta que el paciente se vio sometido a una segunda intervención de urgencia durante su estancia en el hospital y, con posterioridad (el 19-1-2003), se le practicó una eventración (deficiencias o fallas en el proceso de cicatrización) secundaria a la herida quirúrgica abdominal de la reintervención (folio 198 del Médico Forense), aunque no fuera esperable en el curso normal de los acontecimientos, ni se debiera, por sí solo, al antecedente quirúrgico laparotómico, según la Inspección Médica (folio 214).

En consecuencia, el Consejo Jurídico estima que la cantidad de 6.010 euros resulta adecuada como global resarcimiento por los daños derivados de la inexistencia de consentimiento informado.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se informa desfavorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, pues el Consejo Jurídico sí advierte la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración conforme a lo razonado en la Consideración Tercera, 4º.

SEGUNDA.- La cuantía de la indemnización debe ajustarse a lo indicado en la Consideración Cuarta.

No obstante, V.E. resolverá.