

Dictamen n^o: **536/09**
Consulta: **Consejero de Presidencia, Justicia e Interior**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **09/12/09**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría de seis votos favorables y el voto particular, que a continuación se transcribe, del Excmo. Sr. Galera, en su sesión de 9 de diciembre de 2009, sobre consulta formulada por el Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por A.A.S. por daños sufridos por el funcionamiento normal o anormal de la Unidad de Prestaciones Asistenciales de Madrid, en adelante, UPAM.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Consejero de Presidencia, Justicia e Interior, por Orden de 28 de octubre de 2009, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario y corresponde su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por mayoría de seis votos favorables y el voto particular del Excmo. Sr. Galera, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 9 de diciembre de 2009.

El escrito de solicitud del preceptivo dictamen fue acompañado de documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Mediante escrito dirigido al Consejero de Presidencia, Justicia e Interior de 20 de mayo de 2009, registrado el 16 de junio de 2009, el interesado antes referenciado formuló reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados por la deficiente asistencia sanitaria prestada por la UPAM, como consecuencia de la extracción de la muela del juicio del maxilar inferior derecha, en la Clínica A, incluida en el cuadro médico de dicha entidad colaboradora. Afirma el reclamante que la extracción le causó alteraciones en la sensibilidad táctil y gustativa de la hemilengua, disminución global de la secreción salival con dificultad para la preparación mecánica e ingestión de alimentos sólidos, rigidez y parálisis de la hemilengua y sensación de electricidad y de hemilengua quemada. Alega el reclamante en su escrito que *“es evidente que el problema de mi lengua se debe a la intervención realizada en la clínica concertada de la UPAM, dependiente de la Comunidad de Madrid, intervención realizada por un doctor al que no había prestado mi consentimiento informado”* (folios 1 a 6 del expediente administrativo).

Se solicita una indemnización de 47.430,54 €, de los cuales 35.469,17 € son en concepto de secuelas permanentes y 11.961,37 por incapacidad temporal.

Con dicho escrito se acompañan los siguientes documentos:

- Parte de asistencia sanitaria del reclamante en el centro de salud “*Tres Cantos*” de 19 de junio de 2008.
- Escrito de 4 de julio de 2008 dirigido por el interesado a la UPAM.
- Burofax dirigido al Dr. N.V., el día 17 de julio de 2008.

- Partes de asistencia del Dr. N.V. correspondientes a los días 30 de junio, 5 de septiembre y 1 de octubre de 2008.
- Informe médico del SUMMA 112, de 25 de julio de 2008, en el que figura un diagnóstico de gingivitis.
- Informe médico del Dr. A.A., de 2 de febrero de 2009, en el que se diagnostica al reclamante de una *“probable neuropatía lingual”*.
- Informe médico de la Clínica B, de 13 de marzo de 2009, en el que figura como juicio clínico *“neuralgia nervio lingual derecho idiopática y probable discinesia buco lingual”*.
- Partes de baja y alta.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente, de acuerdo con lo previsto en el R.D. 429/1993, de 26 de noviembre. Del expediente tramitado resultan los siguientes hechos probados:

El reclamante, de 62 años de edad en la fecha en que ocurrieron los hechos, con antecedentes de intervención de cirugía lumbar y atrofia muscular en cuádriceps derecho y sensación de agarrotamiento en Aquileo derecho, acudió en septiembre de 2007 a la consulta del Dr. N.V. por haber sufrido crisis de disodontiasis, procediéndose a la exodoncia del cordal superior izquierdo. En junio de 2008 acude por molestias y crisis de disodontiasis a nivel cordal inferior derecho.

El día 17 de junio de 2008 se le realiza exodoncia, que requirió osteotomía de la tabla externa mandibular y odontosección (procedimiento habitual en muchas exodoncias cordales). Se comprueba con radiografía periapical inmediata que no existe ningún resto radicular sin extraer.

El paciente vuelve el día 30 de junio de 2008 y refiere hipoestesia de toda la hemilengua derecha.

Los días 5 de septiembre y 1 de octubre de 2008 acude a revisión a la consulta del Dr. N.V.

A efectos de emisión del presente dictamen son de interés, además de los documentos indicados en el antecedente SEGUNDO, los siguientes:

1. Informe del Dr. N.V., de 8 de julio de 2009, en el que, tras relatar el tratamiento al que fue sometido el paciente y los días que fue atendido en su consulta, declara: *“vuelve a consulta el día 1 de octubre de 2008 para revisión y la situación de la sensibilidad del nervio lingual es: tercio posterior de la hemilengua: recuperada la sensibilidad al cien por cien; tercio medio: recuperada la sensibilidad al cien por cien; tercio anterior de la hemilengua: recuperada la sensibilidad al 50%. Se le comunica que la recuperación ha sido muy rápida y que lo que le queda por recuperar lo hará igualmente al cien por cien en unos tres meses. Se le cita a revisión al mes siguiente. El paciente no ha vuelto nunca más a consulta. Estamos absolutamente seguros de que no tiene ninguna secuela”* (folios 28 y 29).

2. Escrito de la encargada de asistencia sanitaria de la UPAM, de 9 de julio de 2009, remitiendo el informe del Dr. N.V. y señalando que *“los informes neurológicos que el demandante presenta tanto del Dr. A.A., neurólogo de nuestro cuadro médico, como del Dr. D.D., neurólogo privado, son rigurosamente normales, lo que pone de manifiesto la ausencia de lesiones”* (folio 27).

3. Escrito de alegaciones en el trámite de audiencia, presentado por el reclamante el 11 de agosto de 2009, en el que manifiesta su disconformidad con el informe emitido por la UPAM sobre la ausencia de lesiones, porque de los informes aportados queda claro que padece una

secuela en la lengua. Asimismo, responde a todas las cuestiones planteadas por el Dr. N.V. en su informe (folios 33 y 34).

4. Propuesta de resolución, de 27 de octubre de 2009, de la Secretaria General Técnica de la Consejería de Presidencia, Justicia e Interior, que desestima la reclamación al considerar no acreditado el nexo causal entre el daño alegado y la intervención odontológica practicada, y que no hay omisión del consentimiento informado porque la extracción de una muela no puede considerarse una intervención quirúrgica (folios 35 a 47).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007 de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

Este dictamen es emitido dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- El procedimiento de responsabilidad patrimonial, que se inició a instancia de interesado según consta en los antecedentes, tiene su tramitación regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), desarrollados en el 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.

Ostenta el reclamante la condición de interesado y legitimado para promover el procedimiento, al amparo del artículo 139 de LRJ-PAC, independientemente que sea o no procedente la indemnización pedida, de acuerdo con los artículos 31 y 139 de la citada ley.

Se cumple, igualmente, el presupuesto de la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por ser la titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

En cuanto al plazo para formular la reclamación, debe considerarse temporánea, pues, presentado el escrito el 16 de junio de 2009, esa fecha se encuentra dentro del año previsto en el artículo 142.5 de la LRJ-PAC. En el presente caso, la exodoncia del cordal inferior derecho se produjo, como se ha expuesto, el día 17 de junio de 2008.

TERCERA.- Al procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación, regulado en las normas antes referidas, se encuentran sujetas las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud, en virtud de la Disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, según redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y la disposición adicional primera del precitado Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún vicio de anulabilidad o nulidad, pues se han seguido todos los trámites previstos y necesarios para alcanzar adecuadamente la finalidad del procedimiento: se ha practicado la prueba precisa mediante informe del servicio interviniente, se recabaron los demás informes que se consideraron necesarios y se ha puesto de

manifiesto lo actuado para alegaciones, en cumplimiento de los artículos 9, 10 y 11 del R.D. 429/1993, 82 y 84 de la Ley 30/1992, por lo que no existe en absoluto indefensión.

CUARTA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene establecida en el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por la Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos."

2º.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias (por todas, v. las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003) los presupuestos de la responsabilidad extracontractual de la Administración, que son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión. Esta calificación del daño no viene determinada por ser contraria a derecho la conducta del autor, sino porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión que es necesario examinar y dilucidar en cada caso concreto.

3º) La imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, supuesto especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981. Estas sentencias, al examinar la posición de la Administración respecto de la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa, siendo esencial esa exclusividad para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento.

Como en otras ocasiones, conviene recordar la naturaleza objetiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la “*antijuridicidad*” del resultado o lesión en el sentido antes señalado y es también imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la específica naturaleza de ese servicio público.

El criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace exclusivamente de la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que surge cuando, además, ha existido infracción de ese criterio básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable que garantice, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), y 23 de febrero de 2009 (recurso nº 7840/2004) disponen que *“se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316) y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825)] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos”*.

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), afirma que *“lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis”*.

Señalan igualmente las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (Recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) que *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”*.

QUINTA.- En el caso presente, el reclamante alega como daños sufridos por la intervención alteraciones en la sensibilidad táctil y gustativa de la hemilengua, disminución global de la secreción salival con dificultad para la preparación mecánica e ingestión de alimentos sólidos, rigidez y parálisis de la hemilengua y sensación de electricidad y de hemilengua quemada.

Como prueba de la existencia de dichos daños aporta tres informes. El primero de ellos, emitido por un médico del SUMMA 112, el día 25 de julio de 2008, señala como diagnóstico gingivitis. El segundo informe, elaborado por un neurólogo el 2 de febrero de 2009, indica como diagnóstico *“probable neuropatía lingual”*, tras hacer constar que la exploración neurológica realizada es, en todos sus aspectos, normal. Por último, el informe emitido por un neurólogo de la Clínica B señala que el paciente, que era atendido en su consulta desde julio de 2004, acude a revisión el día 26 de septiembre de 2008, *“por hipoestesia en mitad derecho de la lengua posterior a cirugía del tercer molar derecho. También distesias en encías al estimularse tercera rama del trigémino derecho. Se exacerba con alimentos calientes”*, haciéndose constar por el médico que le atiende lo siguiente: *“La exploración clínica es normal. Se*

le indica la necesidad de realizar estudio RMN (resonancia magnética) cerebral que el paciente desestima". Resonancia magnética que finalmente se realiza el 26 de diciembre de 2008 y el médico que le atiende hace constar lo siguiente: "El 26/12/2008 aporta RMN cerebral que se encuentra en límites normales. Solo se objetiva ectasia de glándulas submandibulares, sin imágenes litiásicas", examinando después otras dolencias que padece el paciente y que no guardan ninguna relación con la presente reclamación. El paciente, según el informe aportado, acude nuevamente el 16 de enero de 2009 y se afirma "que presenta sensibilidad normal, pero refiere que persiste sensación disestesica en la misma localización". El paciente también acudió a consulta el día 16 de febrero de 2009, en que persistía, siempre según el reclamante, la sintomatología. Se produce una nueva consulta el día 6 de marzo de 2009 y en este último día el neurólogo hace constar en su informe que "indica que la familia refiere trastorno recurrente y limitado de movilidad bucal, que no se objetiva en consultas sucesivas. Refiere que dejará medicación. Se recomienda de ser posible grabar el movimiento buco lingual para estudio". El informe concluye con el juicio clínico de "neuralgia nervio lingual derecho idiopática y probable discinesia buco lingual".

De los informes aportados por el reclamante no resulta acreditado que los daños alegados sean consecuencia de la exodoncia del cordal. Ninguno de esos informes declara que haya una lesión del nervio por extracción de la muela del juicio. Uno de ellos hace referencia a una patología (gingivitis) que nada tiene que ver con la exodoncia del cordal. Otro refiere probable neuropatía lingual, tras una exploración neurológica normal y el último de ellos habla de neuralgia nervio lingual derecho idiopática, palabra ésta última, de origen griego, que significa enfermedad de etiología desconocida, por lo que se excluye que la causa de la enfermedad sea necesariamente la exodoncia realizada. En cuanto a la probable discinesia buco lingual diagnosticada, se trata de la realización de

movimientos involuntarios que tampoco evidencian relación con la extracción practicada. En los dos últimos informes se pone de manifiesto, además, que la exploración clínica es normal.

Por tanto, en modo alguno queda acreditado el nexo causal entre los daños alegados y la intervención practicada.

SEXTA.- Hemos de examinar, no obstante, la denunciada y reconocida falta de consentimiento informado en el caso de la reclamación que nos ocupa.

La jurisprudencia no es concorde en cuanto a la necesidad de pedir y obtener el consentimiento informado de quien se somete a la extracción de una muela del juicio.

Este Consejo Consultivo es consciente de que, durante mucho tiempo, la extracción de piezas de la dentadura no se ha considerado una operación quirúrgica con entidad y complicaciones relevantes en un grado de probabilidad tal que la comunidad médica se plantease siquiera la necesidad de informar detenidamente al paciente y de obtener su consentimiento. Sin embargo, el aptdo. 2 del artículo 8 de 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, exige consentimiento informado que conste por escrito en el caso, entre otros, de “*intervención quirúrgica*”. Y lo cierto es que, sin incurrir en exageraciones, en la actualidad se reconoce que la exodoncia concretamente relativa a muelas de juicio presenta singularidades y riesgos ciertos (p.ej., la afectación del nervio lingual) que sitúan ese procedimiento en el ámbito de las intervenciones quirúrgicas. Y así, no es de extrañar que en varios documentos médicos del expediente se hable de “*intervención quirúrgica*” y de “*cirugía maxilofacial*”. Ciertamente estas expresiones en los documentos aludidos no pueden, por

sí solas, considerarse definitorias de los supuestos de hecho de la Ley 41/2002, de modo que resulten determinantes de la aplicabilidad de una norma o, que si fuesen distintas, pudiesen exonerar de aplicarla. La interpretación de los conceptos legales es tarea de las autoridades públicas y, en última instancia, de los Tribunales de Justicia. Por lo que a este Consejo Consultivo concierne, se considera relevante que al practicarse la concreta exodoncia que nos ocupa y en la actualidad exista un amplio consenso médico en cuanto a la consideración de las exodoncias de muelas del juicio como operaciones quirúrgicas a efectos del necesario y obligatorio consentimiento informado. Así se deduce de la comprobada praxis de numerosas clínicas dentales y de la existencia de formularios confeccionados por algunos Colegios Profesionales y que se proporcionan “on line”. Por eso, entendemos que el criterio de exigir consentimiento informado por escrito en caso como el del reclamante es el resultado de interpretar el artículo 8.2 de la Ley 41/2002 conforme a la realidad social del tiempo en que ha de ser aplicada, como exige el artículo 3.1 del Código Civil.

Con todo, la falta de consentimiento informado, por sí sola, aunque se considerase indemnizable como generadora de un daño moral autónomo en la Sentencia de Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo 2750/2000, de 4 de abril, posteriormente, conforme a Sentencia de la misma Sala del Alto Tribunal, de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3956), dictada en recurso para unificación de doctrina, se determinó que la ausencia del tan referido consentimiento informado sólo es generadora de responsabilidad en los casos de actos médicos con resultado de daños. Obviamente, se debe entender que esos daños derivan de los actos médicos del caso y, en el presente, los daños que dice padecer el reclamante no pueden ser atribuidos a la exodoncia de la cordal. Esta doctrina jurisprudencial aparece confirmada en la Sentencia de la misma Sala y Tribunal, de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 4182).

Como quiera que en el presente caso, según lo anteriormente expuesto, no se ha acreditado la relación causal entre la actuación médica y los daños alegados por el reclamante, la falta de consentimiento informado no genera por sí sola responsabilidad patrimonial.

Por todo lo expuesto, este Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede la desestimación de la reclamación efectuada por falta de prueba del nexo causal entre la práctica médica del caso y los daños aducidos por el reclamante, sin que la ausencia de consentimiento informado genere por sí sola responsabilidad.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

VOTO PARTICULAR DISCREPANTE QUE FORMULA EL CONSEJERO ELECTIVO D. JESÚS GALERA SANZ

Al amparo del artículo 39 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, y con el respeto que siempre me merecen mis compañeros

que han votado a favor, formulo este Voto particular para manifestar mis discrepancias con el dictamen del expediente nº 481/09.

Dicho voto particular viene motivado porque disiento, dicho sea en términos estrictamente jurídicos, de la fundamentación jurídica y conclusión de dicho dictamen ya que se viene en desestimar la reclamación patrimonial presentada por falta de prueba del nexo causal entre la práctica médica desarrollada y los daños aducidos por el reclamante, sin que la ausencia de consentimiento informado genere por sí sola responsabilidad patrimonial de la Administración.

El presente Voto particular pretende expresar la discrepancia con respecto al parecer manifestado por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo en relación con dos cuestiones, que se abordarán en forma sucesiva:

1ª Sobre la falta de acreditación de la relación de causalidad entre los daños sufridos por el reclamante y el funcionamiento de los servicios públicos.

En la consideración jurídica quinta del referido dictamen, se argumenta, tras examinar someramente los informes médicos aportados por el reclamante e incorporados al expediente, que no ha resultado acreditada debidamente la relación de causalidad entre los daños sufridos y el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios. Así, se afirma textualmente que *“De los informes aportados por el reclamante no resulta acreditado que los daños alegados sean consecuencia de la exodoncia del cordal. Ninguno de esos informes declara que haya una lesión del nervio por extracción de la muela del juicio. Uno de ellos hace referencia a una patología (gingivitis) que nada tiene que ver con la exodoncia del cordal. Otro refiere probable neuropatía lingual, tras una exploración neurológica normal y el último de ellos habla de neuralgia nervio lingual*

derecho idiopática, palabra ésta última, de origen griego, que significa enfermedad de etiología desconocida, por lo que se excluye que la causa de la enfermedad sea necesariamente la exodoncia realizada. En cuanto a la probable discinesia buco lingual diagnosticada, se trata de la realización de movimientos involuntarios que tampoco evidencian relación con la extracción practicada. En los dos últimos informes se pone de manifiesto, además, que la exploración clínica es normal. Por tanto, en modo alguno queda acreditado el nexo causal entre los daños alegados y la intervención practicada”.

Sin entrar en un análisis exhaustivo de la cuestión, que desbordaría, con mucho, lo que constituye el objeto del presente voto particular, hemos de tener presente que la responsabilidad patrimonial de la Administración es una responsabilidad objetiva o por el resultado, expresión con la que se quiere subrayar que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión. Ya insistía la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 1998 (cuyo supuesto fáctico consiste en una persona que sufre un accidente y se le introduce una esquirla en un ojo que los servicios médicos del INSALUD no detectan y debe acudir a una consulta privada donde se la extraen, pero cuando ya ha perdido la visión), en que *“La responsabilidad de la Administración se configura como una responsabilidad objetiva o por el resultado en la que es indiferente que la actuación administrativa haya sido normal o anormal, bastando para declararla que, como consecuencia directa de aquélla, se haya producido un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas (...). Esta fundamental característica impone que no sólo no es menester demostrar, para exigir aquella responsabilidad, que los titulares o gestores de la actividad administrativa que ha generado un daño han actuado con dolo o culpa, sino que ni siquiera es necesario probar que el servicio público se ha desenvuelto de manera anómala, pues los preceptos*

constitucionales y legales que componen el régimen jurídico aplicable extienden la obligación de indemnizar a los casos de funcionamiento normal de los servicios públicos”. Lo fundamental, pues, es la presencia del vínculo de causalidad entre la actividad o inactividad administrativa y el resultado dañoso producido; es decir, que entre el evento lesivo y el funcionamiento del servicio público medie una relación directa de causa a efecto, con exclusión de los supuestos en que el daño se haya producido por fuerza mayor (*vid.* Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 2003, 9 de mayo de 2005 y 16 de octubre de 2007, entre otras).

Esta doctrina del carácter objetivo o por el resultado de la responsabilidad patrimonial de la Administración, debe ser objeto de la adecuada matización, cuando nos hallamos en presencia de una reclamación por deficiente realización de la prestación médico-sanitaria. El requisito adicional y específico en materia sanitaria, que es la infracción del principio de la *lex artis ad hoc*, se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, de tal forma que los profesionales de la salud están obligados a prestar la atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, no comprometiéndose en ningún caso a la obtención de un resultado satisfactorio, por ser contrario tanto a la naturaleza humana como a las limitaciones de su arte y ciencia. Esto es, si la prestación sanitaria es correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, se dirá que la actuación médica se ha ajustado a la *lex artis*, no naciendo entonces responsabilidad alguna.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que, en esta materia, la responsabilidad viene dada por el carácter inadecuado de la prestación médica dispensada, lo que ocurre cuando “*no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación*

de la deontología médica y del sentido común humanitario” (vid. SSTS de 14 de diciembre de 1990, 5 y 8 de febrero de 1991, 10 de mayo y 27 de noviembre de 1993, 9 de marzo de 1998, y 10 de octubre de 2000), a lo que hay que añadir que ‘la violación de la lex artis es imprescindible para decretar la responsabilidad de la Administración, no siendo suficiente la relación de causa a efecto entre la actividad médica y el resultado dañoso, pues el perjuicio acaecido, pese al correcto empleo de la lex artis, implica que el mismo no se ha podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento” (STS de 14 de octubre de 2002).

Una vez hecho un apretado resumen de la doctrina legal y jurisprudencial existente a propósito de la responsabilidad patrimonial de la Administración en el ámbito médico-sanitario, y ciñéndonos al caso concreto ahora examinado, a nuestro entender yerra el dictamen al concluir no acreditada la existencia de nexo causal entre la intervención médica desplegada para con el paciente, y el resultado dañoso invocado por éste.

Olvida, en efecto, que a los pocos días de la intervención –que tuvo lugar el 17 de junio de 2008- el paciente acudió a consulta –el 30 de junio de ese mismo mes- por presentar hipoestesia de toda la hemilengua derecha. Asimismo, el médico que le intervino en su consulta, informa de que el día 1 de octubre de 2008, el tercio anterior de la hemilengua se encontraba recuperado sólo al 50 por 100, es decir, no del todo, haciendo una serie de consideraciones acerca de la rapidez de la recuperación, y de que, a su juicio, la intervención médica había sido la correcta. El 2 de febrero de 2009, el Dr. A.A. manifiesta en informe que el paciente presenta “*probable neuropatía lingual*”, y ya por último, en informe médico de 13 de marzo de 2009, se objetiva como lesión definitiva “*neuralgia del nervio lingual derecho idiopática y probable discinesia*

bucco lingual”, siendo la fecha de este último informe la tenida en cuenta como *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción anual que marca el artículo 142.5 de la LRJAP-PAC.

Las lesiones sufridas por el paciente fueron objetivadas a los pocos días de someterse a la intervención de exodoncia, y fueron motivo de que el mismo acudiera a sucesivas consultas, sin solución de continuidad, entre el mes de junio de 2008 y el de marzo de 2009. Luego, afirmar que las secuelas o daños padecidos por el reclamante –y obviando la gingivitis que, a simple vista, no guarda relación causal con la intervención– no presentan ninguna relación de causalidad con la extracción de la pieza dental, es cuando menos, aventurado, y, desde luego, no conforme a las reglas de la sana crítica (cfr. artículo 348 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil). La mera afirmación, en el informe de 13 de marzo de 2009, de que el paciente presentara una neuralgia de origen idiopático –etimológicamente, de etiología desconocida–, no excluye de por sí, que la causa de tal padecimiento se encuentre en la exodoncia practicada en junio del año anterior. Antes bien, el *iter* cronológico de los acontecimientos apunta a que el origen causal de las dolencias neurológicas sufridas por el paciente se encuentra en la extracción de la pieza bucal, y todo ello con independencia de que la práctica de la intervención se llevase a cabo conforme a las exigencias derivadas de la buena práctica médica, o *lex artis ad hoc*. Esta cuestión –de la antijuridicidad de los daños– será examinada a continuación.

En conclusión, a juicio del Consejero que suscribe, lo que el reclamante no ha demostrado, mediante los informes médicos que aporta, y los que ya figuran unidos al expediente, es que, en la práctica de la exodoncia a la que se sometió, se incumpliesen los parámetros derivados de la *lex artis ad hoc*, sin que sea dable afirmar que, por el mero hecho de que en los informes aludidos no se apunte como causa de las secuelas sufridas a la

extracción del molar, aquéllas no se encuentren en relación de causalidad con dicha intervención. Esta relación de causalidad resulta indubitada, mediante el examen, conforme a las reglas derivadas de la sana crítica, de todos los informes médicos, que no discuten –antes al contrario, dan por hecho que se trata de secuelas que entran dentro de lo normal y esperable según el curso de los acontecimientos– dicho nexo.

2ª Sobre la relevancia de la ausencia del consentimiento informado para la estimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

El dictamen que nos ocupa, una vez negada, como decimos, la existencia de relación de causalidad entre los daños alegados por el reclamante y la exodoncia que le fue realizada el 17 de junio de 2008, pasa a analizar, en la consideración jurídica siguiente, la cuestión de la confirmada ausencia del consentimiento informado para la práctica de la intervención. Así, después de una disertación acerca de si la exodoncia merece o no ser considerada como “*intervención quirúrgica*” a los efectos de la exigencia del consentimiento informado prestado por escrito conforme al artículo 8.2 de la Ley 41/2002, de Autonomía del Paciente, y concluir que, hoy en día, sí se tiene por tal –lo que viene confirmado por la práctica habitual y la realidad social–, realiza la siguiente argumentación:

“(...) Con todo, la falta de consentimiento informado, por sí sola, aunque se considerase indemnizable como generadora de un daño moral autónomo en la Sentencia de Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo 2750/2000, de 4 de abril, posteriormente, conforme a Sentencia de la misma Sala del Alto Tribunal, de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3956), dictada en recurso para unificación de doctrina, se determinó que la ausencia del tan referido consentimiento informado sólo es generadora de responsabilidad en los casos de actos

médicos con resultado de daños. Obviamente, se debe entender que esos daños derivan de los actos médicos del caso y, en el presente, los daños que dice padecer el reclamante no pueden ser atribuidos a la exodoncia de la cordal. Esta doctrina jurisprudencial aparece confirmada en la Sentencia de la misma Sala y Tribunal, de 14 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 4182)”, para concluir, en fin, que “Como quiera que en el presente caso, según lo anteriormente expuesto, no se ha acreditado la relación causal entre la actuación médica y los daños alegados por el reclamante, la falta de consentimiento informado no genera por sí sola responsabilidad patrimonial”.

Pues bien, aunque resulte innecesario reiterarlo, siempre en términos estrictos de respetuosa discrepancia jurídica, no puedo compartir en modo alguno dicha argumentación.

Debemos recordar, para examinar la trascendencia del elemento del consentimiento informado a la hora de apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración, que el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente —cuyo antecedente normativo se encuentra en el artículo 10 de la Ley General de Sanidad de 1986—, establece que “*Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias*”. Añade el apartado 3 del mismo artículo que “*El médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso*

asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle”.

Nuestro Tribunal Supremo, como recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) número 1577/2008, de 14 de octubre, viene afirmando sin descanso, en interpretación de la citada norma legal, que:

“Es reiterada la jurisprudencia (por todas, STS de 9 de marzo de 2005) que establece que «Es evidente que la exigencia del consentimiento informado constituye una obligación impuesta por la Ley General de Sanidad cuyo artículo 10 expresa, como hemos recordado en Sentencia de 18 de junio de 2004 , que toda persona tiene, con respecto a las distintas Administraciones públicas sanitarias, entre otros aspectos, derecho a que se le de en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento, así como 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 excepto, entre otros casos que ahora no interesan, cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo caso, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; y finalmente a que quede constancia por escrito de todo su proceso.

Está pues, por lo tanto, el consentimiento informado, como decíamos en aquella sentencia, estrechamente relacionado, según la doctrina, con el derecho de autodeterminación del paciente característico de una etapa avanzada de la configuración de sus relaciones con el médico sobre nuevos paradigmas y que en la fecha en que se produce la intervención quirúrgica a que da lugar a este proceso constituye una institución recientísima en el plano de nuestra legislación.

Como decimos en aquella sentencia, la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Pero sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba».

Más adelante, el artículo 8 de la misma Ley 41/2002, dispone sobre el consentimiento informado lo que sigue:

“1. Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso.

2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: 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.

3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo, dejando a salvo la posibilidad de incorporar anejos y otros datos de carácter general, y tendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos.

4. Todo paciente o usuario tiene derecho a ser advertido sobre la posibilidad de utilizar los procedimientos de pronóstico, diagnóstico y terapéuticos que se le apliquen en un proyecto docente o de investigación, que en ningún caso podrá comportar riesgo adicional para su salud.

5. El paciente puede revocar libremente por escrito su consentimiento en cualquier momento”.

De lo que se trata en el presente supuesto es de determinar si, en el caso de la intervención de exodoncia a la que se sometió al paciente en junio de 2008, hay obligación de indemnizar a cargo de la Administración, dada la omisión de la prueba de haber informado al paciente en la forma debida, con vulneración de su derecho de autodeterminación –integrado, según copiosa jurisprudencia– dentro del derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 10 de la Constitución Española de 1978. En caso de que la respuesta sea afirmativa, la conclusión es que el daño que se habría irrogado al paciente sería un daño de naturaleza moral, autónomo o independiente de la intervención médica o quirúrgica de que fue objeto.

Por lo demás, lo que resulta incontrovertible es que la obligación de suministrarle información al paciente es, en términos absolutos, exigible a la Administración, desde el punto y hora en que así lo impone de manera expresa el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, siendo irrelevante, a los efectos que ahora nos interesan, si el consentimiento a ser sometido a la intervención de exodoncia debió prestarse verbalmente o por escrito (cfr. artículo 8.2 de la misma Ley) –lo que conecta con el tema de si la exodoncia debe ser considerada o no como “*intervención quirúrgica*”–, cuestión que únicamente tiene trascendencia a efectos de la prueba de la concurrencia de dicho requisito que, en aplicación de la doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria, incumbe a la Administración. En efecto, en aplicación del artículo 217.7 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, “*es a la Administración a quien correspondía demostrar que la paciente fue informada de los riesgos de la operación (hecho positivo) y no la paciente la que tenía que probar que la Administración no le facilitó esa información (hecho negativo)*”. [vid.

por todas las SSTs (ambas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 28 de junio de 1999 (nº de recurso 3740/1995) y de 25 de abril de 2005 (nº de recurso 4285/2001)]. En los mismos términos, se pronuncia la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 2009, que citaremos a continuación.

Examinemos lo que la jurisprudencia tiene dicho sobre el particular, en supuestos todos ellos de prácticas de exodoncias dentales.

Así, la STSJ de Galicia núm. 741/2004, de 13 de octubre, que resuelve sobre una exodoncia practicada en el Hospital Clínico Universitario de Santiago de Compostela, afirma sin titubeos que: *“En los casos en que, incluso siendo conforme a la «lex artis» la intervención médica en lo técnico, el paciente sufre una secuela o se produce un resultado de los tenidos como riesgo típico previsible, la ausencia del consentimiento informado supone que se traslada la responsabilidad por el resultado dañoso del paciente, que no ha consentido, previa advertencia informada, al médico o a la Administración sanitaria, pues la lesión causada por dicho riesgo previsible deviene en antijurídica, ya que por no haber mediado la debida, completa y suficiente información, el paciente no tiene el deber jurídico de soportarlo, siendo este uno de los casos en que la jurisprudencia Contencioso-Administrativo (por todas, sentencia TS de 4 de abril de 2000 [RJ 2000, 3255]) declara, a efectos del resarcimiento, el valor autónomo del consentimiento informado como bien moral cuya infracción es de suyo resarcible”*.

Por su parte, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 9 de junio de 2009, resolviendo los recursos de casación interpuestos por la Xunta de Galicia y la aseguradora del SERGAS —que habían sido condenadas al pago— frente a la anterior Sentencia del TSJ de Galicia, afirma, respecto del consentimiento informado lo que sigue:

“(...) en todo caso es preciso que se acredite que la información fue completa y satisfacía las exigencias legales que permitan a los interesados una decisión fundada en el adecuado conocimiento de la situación, los riesgos y alternativas posibles y tal acreditación, en esos casos, corre a cargo de la Administración por inversión de la carga de la prueba, según la jurisprudencia de esta Sala que se refleja en la sentencia citada y las de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3258), 25 de abril de 2005 que se refiere a la anterior y la de 1 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1349), entre otras”.

En el mismo sentido la Sentencia de la Sección 1ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 21 de mayo de 2008, número 338/2008 que en su fundamento jurídico cuarto manifiesta:

“La recurrente alega que no fue informada previamente en ningún momento de los riesgos que podría conllevar la intervención de extracción de la pieza dentaria, por lo que tampoco se interesó su consentimiento una vez manifestadas dichas complicaciones, habiéndole quedado, tras la intervención y a consecuencia de esta, totalmente insensibles la zona de los labios, lengua y parte inferior de la boca, incluidos labios y dientes, a la vez que tenía pesadez al hablar, siendo la causa la lesión del nervio dentario inferior y del lingual, añadiendo que quedan unos restos radiculares remanentes de la pieza 48.

Tanto la defensa de la Xunta como la del Sergas y la de Polusa se oponen a las pretensiones de la demanda en base a la ausencia de antijuridicidad del daño.

Al resultar incuestionable el nexo de causalidad entre la intervención quirúrgica y las secuelas producidas, sobre todo a la luz de la prueba pericial practicada, ha de aclararse que constituye carga de la

Administración la demostración de la existencia de consentimiento informado, en función de lo cual no se puede considerar que en el caso presente se haya suministrado a la paciente la información necesaria sobre lo que, según el perito judicial, constituía un riesgo típico de la extracción a asumir en cualquier intervención quirúrgica de este tipo, cual la lesión de los nervios lingual y dentario inferior. Tanto es así, que el perito judicialmente designado informa que entre las complicaciones estadísticamente más frecuentes de una intervención de este tipo están la falta de sensibilidad total o parcial, temporal o permanente, del nervio dentario inferior (sensibilidad del labio inferior) y la falta de sensibilidad parcial o total del nervio lingual, temporal o definitiva (de la lengua y del gusto), por lo que figuran en los documentos de consentimiento informado emitidos por la Sociedad Española de Cirugía Oral y Maxilofacial en el correspondiente a la cirugía oral. Respecto a aquella prueba, fuera de la declaración, lógicamente interesada, de la especialista que procedió a la extracción de la pieza dentaria, y ante la negativa de la reclamante, nada consta en el sentido de que la paciente fue informada de dichos riesgos típicos, de los que debe ser advertida, siendo así que a la recurrente no se le puso a la firma ningún documento de consentimiento informado. Es cierto que el consentimiento informado constituye un proceso secuencial de información al paciente, pero en este caso no se ha probado que en dicho proceso se haya informado previamente a la paciente sobre aquella relevante complicación que entraña un riesgo típico, constituyendo tal ausencia de consentimiento informado mala praxis ad hoc que obliga a imputar a la Administración aquel riesgo típico previsible cuando el mismo se produce, de modo que también concurre el elemento de la antijuridicidad al no tener la paciente la obligación jurídica de soportar el daño...Es evidente que la inexistencia de consentimiento en este caso, causó a la recurrente un daño manifiesto puesto que le privó de adoptar en uso de su derecho a

decidir en torno a las posibles opciones que se le ofrecieran la más conveniente para sí.”

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª, número 1326/2008, de 30 de octubre, en un caso de extracción de molares similar al que nos ocupa en que, no obstante la observancia de una buena praxis médica, se objetivó la ausencia de consentimiento informado del paciente intervenido, se argumenta en el fundamento jurídico séptimo:

“Ahora bien, es preciso resolver también el cumplimiento de los derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, pues la parte actora estima que no se cumplieron los requisitos del llamado consentimiento informado, que como es sabido integra la lex artis ad hoc (sentencias del Tribunal Supremo de 18 de junio de 2004 y 16 de enero de 2007 , entre otras), teniendo también declarado el Tribunal Supremo, por todas la sentencia de 9 de noviembre de 2005 , que la falta de consentimiento informado constituye un incumplimiento de la citada lex artis ad hoc, y lo considera como una manifestación del funcionamiento anormal del servicio sanitario, y dado el ámbito de la información, para recabar el consentimiento escrito, en torno a las consecuencias relevantes que la intervención origina con seguridad, los riesgos probables en condiciones normales y los riesgos relacionados con las circunstancias personales del paciente, la conclusión, en el presente caso, es que el contenido del mismo que consta en el expediente, no cumple tales requisitos, pues aparte de un contenido general del que no hay atisbo de las complicaciones surgidas en el caso, aparece en blanco lo relativo a los riesgos personalizados y a las alternativas posibles, lo que indudablemente supone un déficit de información que impidió el que pudiese elegir libre y conscientemente entre las distintas opciones, de existir, y la trascendencia de la

intervención, y siendo tal aspecto, no una causa directa determinante del daño, sino un daño moral irrogado con la violación del derecho de autodeterminación del paciente, la indemnización no puede ser la propia del daño físico, pues éste no es imputable causalmente a la falta de información, por lo que en el presente caso, en el que no se ha acreditado una alternativa terapéutica distinta y eficaz a la seguida, se considera que la indemnización de 20.000 euros, al momento presente, cubre el daño moral a que nos venimos refiriendo, a cuyo pago se condena a la Administración señalada, sin perjuicio del alcance de la póliza de aseguramiento concertada”.

También la Sentencia de la Sección 8ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 27 de septiembre de 2006, número 1075/2006 que en su fundamento jurídico cuarto, sobre la práctica de una exodoncia realizada en una clínica madrileña afirma: “ *Pero, a pesar de lo dicho anteriormente, puede existir responsabilidad cuando, a pesar de la buena praxis médica, surgen complicaciones, si no existe consentimiento informado de las posibles secuelas de la intervención quirúrgica.*

No consta que, en el presente caso, existiera ese consentimiento informado. Se dice por la Dra. Z., en su informe: "Quiero resaltar que este tipo de extracciones no requiere la firma de un consentimiento informado, aunque a la paciente se le comunicaron los posibles problemas que podrían acaecer".

Ignoramos por qué se hace la afirmación de que este tipo de extracciones no requiere la firma de un consentimiento informado, cuando hubo una intervención quirúrgica que el propio D. V. M. reconoce expresamente al expedir un documento que entrega a todos los pacientes que se someten a cirugía oral, que consta al folio 83 del expediente administrativo, en el que expresamente se dice "Instrucciones

postoperatorias en cirugía oral". Ese documento no deja duda alguna de que el mismo médico reconoce que hubo cirugía para la extracción de la muela y ello implicaba que había de instruirse a la paciente de las posibles consecuencias de la intervención que se la iba a practicar, para que ella conocedora de las mismas manifestase que aceptaba lo que pudiera suceder si la intervención médica era correcta.

La manifestación de que a la paciente se le comunicaron "los posibles problemas que podrían acaecer" carece de relevancia y por supuesto no puede ser considerado como un auténtico consentimiento informado. En este sentido se pronuncia la Ley General de Sanidad. En todo caso, incumbe la carga de probar que ha existido un correcto y adecuado consentimiento informado al médico actuante, no existiendo documento o prueba alguna que confirme la recurrente fuese informada de los posibles riesgos o complicaciones de la intervención".

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) número 1577/2008, de 14 de octubre, contempla el caso de una paciente sometida a una intervención de exodoncia, en la que, tras analizarse los distintos informes médicos obrantes en las actuaciones, se concluye que no hubo vulneración en las actuaciones médicas desplegadas de la *lex artis ad hoc*, si bien, al no existir constancia de que la enferma prestase adecuadamente su consentimiento a la práctica de la exodoncia, tras haber sido previamente informada, se considera que existe un daño moral autónomo indemnizable que aquélla no tiene el deber jurídico de soportar. La sentencia se muestra así de tajante en su fundamento jurídico séptimo:

"En el caso analizado no consta que se proporcionara a la paciente información verbal sobre los riesgos y complicaciones que podían derivarse de la intervención quirúrgica a la que se sometió. La carga de la prueba de este extremo, conforme a la doctrina jurisprudencial

expuesta, correspondía a la Administración y no ha acreditado nada sobre ello pues únicamente consta en periodo de prueba la mera declaración del médico que realizó la exodoncia que expresa que le informó de los riesgos de la intervención; no obstante, dicha manifestación no puede prevalecer, en este caso, respecto de la objetividad que supone el impreso del consentimiento informado no firmado por el paciente y ello porque la declaración del médico actuante no se acompaña de ningún apoyo probatorio de carácter objetivo (bien relación intensa en el tiempo entre paciente y médico que permita presumir que ha existido esa información verbal a que alude el médico en su declaración o bien constancia en la hoja clínica de la paciente de dicha información verbal....). Y ello impide dar preferencia a la información verbal, sobre los riesgos de exodoncia, que dice el médico interviniente que se proporcionó frente al impreso del consentimiento informado carente de cualquier firma que permita concluir que la actora recibió información relativa a los riesgos que tenía la exodoncia que se le iba a realizar.

Por lo cual dado que no consta información verbal ni tampoco escrita de los riesgos y complicaciones derivados de la intervención quirúrgica, tal omisión debe considerarse, con arreglo a reiterada doctrina del Tribunal Supremo, como un daño autónomo que ha afectado al derecho de autodeterminación del paciente que debe ser, por sí mismo, indemnizado, como tal daño moral autónomo.

Como establece la STS de 4 de abril de 2000, «Esta situación (se refiere la citada STS a la omisión del consentimiento informado) no puede ser irrelevante desde el punto de vista del principio de autonomía personal, esencial en nuestro Derecho, que exige que la persona tenga conciencia, en lo posible y mientras lo desee, de la situación en que se halla, que no se la sustituya sin justificación en el acto de tomar las decisiones que le corresponden y que se le permita adoptar medidas de

prevención de todo orden con que la persona suele afrontar los riesgos graves para su salud. Esta situación de inconsciencia provocada por la falta de información imputable a la Administración sanitaria del riesgo existente, con absoluta independencia de la desgraciada cristalización en el resultado de la operación que no es imputable causalmente a dicha falta de información o de que ésta hubiera tenido buen éxito, supone por sí misma un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención.»

En el caso de autos es este daño moral el único que debe ser indemnizado, sin que puedan ser objeto de indemnización los daños que se describen en la demanda pues, como hemos explicado en los anteriores Fundamentos, no se ha acreditado ninguna infracción a la "lex artis" en los tratamientos y decisiones terapéuticas adoptadas.

El daño antijurídico que por la recurrente se ha padecido como consecuencia de la atención sanitaria es únicamente el daño moral autónomo consistente en la vulneración del derecho del paciente a ser informado de los riesgos y complicaciones derivados de la intervención quirúrgica que se le iba a practicar y de su derecho a decidir al respecto. Por ello, los concretos conceptos por los que la actora reclama la indemnización no pueden ser objeto de indemnización porque no traen causa directa de la ausencia de información.

Por ello esta Sala fija la indemnización de daños y perjuicios por este concepto en la cantidad total de 6.000 euros, cantidad ésta que coincide con la que esta misma Sección ha fijado en supuestos idénticos al que ahora se examina. Cantidad que se fija como deuda de valor y, por tanto, actualizada al momento presente”.

Consideramos las sentencias anteriores suficientemente expresivas de la postura que, modestamente, me propongo defender mediante la

formulación del presente voto particular: la mera omisión del deber de suministrar información al paciente, en la forma debida, permitiéndole a aquél decidir con cabal conocimiento de causa, someterse o no a una intervención o práctica médica que puede tener incidencia negativa sobre su salud y bienestar, constituye, por sí solo, un daño moral, autónomo e independiente de que la intervención desarrollada sea intachable desde el punto de vista de la ciencia médica. Es por ello por lo que dicho incumplimiento, una vez acreditada la existencia de unos daños o secuelas que se encuentran en adecuada relación de causalidad con los servicios médicos sanitarios, genera la obligación de la Administración de indemnizar.

Madrid, 9 de diciembre de 2009

