



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 2 8 / 2 0 2 2

(Sección 2.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 9 de junio de 2022.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), en representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 187/2022 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud (SCS), iniciado el 24 de noviembre de 2020, por la representación de (...), por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia recibida en un centro concertado del SCS.

2. El interesado reclama una indemnización de 120.000 euros, cantidad que determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del titular de la Consejería para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación con el art. 81.2, de carácter básico, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP).

También son de aplicación la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la Autonomía del paciente y de los derechos y

* Ponente: Sra. de León Marrero.

obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica, así como la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud.

3. Se cumple el requisito de legitimación activa del interesado, pues los daños presuntamente causados por el funcionamiento del servicio público sanitario se entienden irrogados en su persona [art. 4.1, letra a) LPACAP].

Asimismo, se ha de indicar que el reclamante actúa por medio de representante, cuyo poder de actuación consta debidamente acreditado en el expediente (art. 5 LPACAP).

En cuanto a la legitimación pasiva le corresponde a la Administración autonómica, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño, prestación que es realizada a través del centro concertado donde se realizó la operación que, según el reclamante, causó el daño, el Hospital (...).

Por ello, asimismo, se encuentra legitimado pasivamente el centro sanitario privado en donde fue dispensada la prestación médica al paciente -por cuenta del Servicio Canario de la Salud a través de la figura del concierto sanitario-. Como se ha manifestado en numerosos Dictámenes de este Consejo Consultivo (DCC 31/1997, de 20 de marzo; 554/2011, de 18 de octubre; 93/2013, de 21 de marzo; 154/2016, de 16 de mayo y 48/2017, de 13 de febrero, entre otros), los conciertos sanitarios, cuya regulación específica se encuentra en los arts. 90 y siguientes de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, pertenecen al género del contrato administrativo típico denominado concierto para la gestión indirecta de los servicios públicos. Conforme a la legislación de contratación administrativa, si los centros sanitarios privados, al prestar a los usuarios del servicio público de salud asistencia sanitaria en virtud de un concierto, les causan daños, ellos serán los obligados a resarcirlos, salvo que demuestren que la lesión tuvo su origen inmediato y directo en una orden de la Administración. Por ello, en los procedimientos de reclamación de responsabilidad patrimonial por tales daños están legitimados pasivamente tanto la Administración titular del servicio público de salud -el Servicio Canario de la Salud, en este caso-, como el centro sanitario privado concertado; porque si se acredita que el daño ha sido causado por la actuación de éste, entonces está obligado a resarcirlo.

En el presente caso, ha sido llamado al procedimiento el centro concertado en su calidad de presunto responsable del daño alegado, se le han solicitado informes sobre los hechos alegados como fundamento de la reclamación y se le ha dado vista del expediente y trámite de audiencia.

4. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del Servicio Canario de Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

A la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud le corresponde la incoación y tramitación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario conforme a la Resolución de 23 de diciembre de 2014 de la Directora, por la que se deja sin efecto la Resolución de 22 de abril de 2004, y se delegan competencias en materia de responsabilidad patrimonial en distintos órganos de este Servicio.

5. Se cumple el requisito de no extemporaneidad de la reclamación, al haberse presentado dentro del plazo de un año para reclamar establecido en el art. 67.1, párrafo primero LPACAP. Circunstancia esta que no es puesta en entredicho por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución.

6. Se ha sobrepasado el plazo máximo de seis meses para resolver (arts. 21.2 y 91.3 LPACAP); sin embargo, aún expirado este, y sin perjuicio de los efectos administrativos y en su caso económicos que ello pueda comportar, sobre la Administración pesa el deber de resolver expresamente (art. 21.1 y 6 LPACAP).

7. No se aprecia la existencia de deficiencias en la tramitación del expediente que impidan un pronunciamiento de este Consejo sobre el fondo de la cuestión planteada.

II

1. El interesado basa su pretensión resarcitoria en lo siguiente:

Que el 22 de agosto de 2019, ingresa en el Hospital (...) remitido por el Servicio Canario de la Salud para intervención quirúrgica consistente en hernia plastia inguinal izquierda.

Que, tras la intervención, en enero de 2020, nota fuerte dolor en el testículo izquierdo, el cual se encuentra alto y duro a la palpación.

El 23 de enero de 2020, se le realiza ecografía en región inguinal izquierda y escroto, anotándose como hallazgo isquemia testicular crónica con atrofia testicular.

El 6 de noviembre de 2020 se le realiza orquiectomía izquierda.

Que la isquemia fue consecuencia de la intervención quirúrgica practicada, pues durante la intervención se produjo algún evento que ocasionó que la circulación sanguínea dejase de llegar al testículo izquierdo no siendo hasta 5 meses después de la intervención cuando se diagnostica esta patología sufriendo la pérdida del testículo izquierdo.

Solicita ser indemnizado por los daños sufridos, pérdida de fertilidad, trastorno adaptativo por ansiedad y daño antiestético.

2. El Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP) emite informe que acredita la siguiente sucesión cronológica de hechos:

- Reclamante hombre con fecha de nacimiento 26.10.73 que cuenta entre sus antecedentes:

Cirugía hernia inguinal izquierda en mayo 2001 en el Hospital (...).

Recidiva de hernia inguinal izquierda que es intervenida quirúrgicamente en HSRM el 27 de abril de 2016 por médico cirujano del Servicio Canario de la Salud.

En la fecha 12 de abril de 2019, en consulta de cirugía en el CAE Vecindario, ante la manifestación de dolor inguinal y molestias se propone reintervención.

- Es citado en junio de 2019 en Hospital (...) y se somete a pruebas preoperatorias y valoración por cirujana.

Con carácter programado, alrededor de las 09:30 h del 22 de agosto de 2019 se practica reintervención de la hernia inguinal izquierda, con especialistas del HSRM.

En la Hoja quirúrgica consta entre los hallazgos: Hernia indirecta izquierda con saco de pequeño tamaño. Entre otros, se realizan gestos sobre el cordón espermático identificando sus estructuras nobles (conducto deferente, arteria y vena) con el fin de evitar lesionarlo y se coloca la malla sin comprimirlo.

Al alta y en las revisiones posteriores hasta el 20 de septiembre de 2019, no existe mención a sintomatología alguna. Es más, siendo citado a las dos semanas, no comparece.

Esto es, el proceso diagnóstico fue correcto, la indicación quirúrgica correcta, al igual que la técnica utilizada y cursó evolución favorable sin incidencias.

- En consulta de Cirugía General, en el CAE Vecindario el 25.11.19 consta: « (...) *Acude por tumoración en cicatriz que parece la propia cicatriz no datos de recidiva.*

En el lado derecho se explora y no hay datos de hernia. Plan Diagnóstico - Terapéutico: Cita en 6 meses de revisión (multioperado de la hernia en 3 ocasiones (...)) ».

El motivo de la consulta es la presencia de un bulto en la cicatriz de la cirugía, sin datos de nueva recidiva de la hernia que aconsejaran la adopción de otras medidas diagnósticas.

- No es hasta enero de 2020, como él mismo refiere cuando *« (...) nota que su testículo izquierdo se encuentra en una zona más alta de lo normal y duro a la palpación, siendo consciente de ello, ya que comenzaron, en aquellas fechas, fuertes dolores en dicha zona testicular (...) ».*

El 23 de enero de 2020 se realiza ecografía de región inguinal izquierda y escroto, sin evidenciar recidiva herniaria y observando imagen con isquemia testicular crónica con atrofia testicular.

- La cirugía de la hernia inguinal constituye el procedimiento más frecuente realizado por el cirujano general, pero no por ello se encuentra libre de complicaciones, que se sitúan entre el 5-10%. Estas pueden ir desde las más simples y de fácil resolución como seromas o hematomas postquirúrgicos, hasta aquellas crónicas como dolor neurálgico postquirúrgico y aunque infrecuente la orquitis isquémica con atrofia testicular, cuya incidencia es de 0.5% en reparaciones primarias y hasta el 5% en reparaciones de hernias recidivadas.

La orquitis isquémica aparece entre el primer y el tercer día de postoperatorio de una reparación de hernia inguinal y su cuadro clínico se caracteriza por aumento de volumen, pérdida de la elasticidad, aumento de la sensibilidad y fiebre, siendo resultado de la congestión venosa dentro del testículo que sigue a una trombosis de las venas del cordón espermático. Es un proceso que puede evolucionar hacia una necrosis testicular que requiere orquiectomía.

En nuestro caso transcurren cinco meses (agosto 2019 - enero 2020), hasta que aparecen los primeros síntomas con aumento de testículo, doloroso a la palpación y de consistencia dura, lo que no permite relacionarlo directamente con la técnica quirúrgica.

El tiempo transcurrido desde la fecha de la cirugía en agosto de 2019 hasta la presentación de síntomas en enero de 2020, permite afirmar que el tejido cicatricial que se genera, como reacción normal que resulta del proceso inflamatorio tisular en

respuesta a la malla (prótesis), provocó adhesión a las estructuras del cordón espermático ocasionando la disminución del flujo que produjo la atrofia testicular.

Las prótesis que se utilizan, como cuerpos extraños que son, provocan una intensa reacción inflamatoria con formación de adherencias densas que se adhieren a los tejidos circundantes.

- El 26 de febrero de 2020 por Urología se indica orquiectomía (extirpación del testículo). El 6 de noviembre de 2020 se realiza la Orquiectomía escrotal derecha en el CHUIMI, observando: teste derecho atrófico.

- El 22 de enero de 2021 acude nuevamente a consulta de Cirugía General en el CAE: *«Vuelve a esta consulta por dolor en región inguinal, similar al que presentaba antes de las dos últimas reintervenciones (...)»* A la exploración no parece que exista nueva recidiva y se solicita ecografía.

El 1 de marzo de 2021 se da el alta de seguimiento por Urología: *«No dolor en región escrotal»*.

En la ecografía realizada de partes blandas que se realiza el 29 de julio de 2021 no se objetiva afectación alguna: *«Cambios postquirúrgicos en la región inguinal izquierda, identificando malla y persistencia de áreas calcificadas adyacentes de carácter residual (granulomas calcificados) en un área de menor extensión que estudio previo (18 x 10 mm vs 26x 11 mm). No se observan colecciones, áreas que sugieran proceso inflamatorio, signos de recidiva herniaria inguinal ni crural, ni otros hallazgos significativos (...)»*.

CONCLUSIONES

1.- En relación con el objeto de la reclamación, el tiempo transcurrido desde la fecha de la cirugía en agosto de 2019 hasta la presentación de síntomas en enero de 2020, permite descartar la afirmación del reclamante *«que durante la hernioplastia se produjo algún evento que provocó que la circulación sanguínea dejara de llegar al testículo izquierdo (...)»*. De haber ocurrido así, como consecuencia de la intervención, la sintomatología se habría presentado inmediatamente dentro de los dos o tres días postoperatorios, que clínicamente se caracteriza con un aumento de volumen doloroso y duro del testículo, acompañado de fiebre, lo que no existió.

2.- Siguiendo al reclamante: *« (...) sin que la misma fuera diagnosticada en alguno de los controles de la intervención realizados posteriormente, dicha patología testicular no fue siquiera diagnosticada hasta cinco meses después, (...)»*.

En revisiones posteriores tanto en HSRM como en la consulta de cirugía del 25 de noviembre de 2019, no existieron síntomas que indicaran realizar prueba diagnóstica alguna.

3.- El tiempo transcurrido desde la fecha de la cirugía en agosto de 2019 hasta la presentación de síntomas en enero de 2020, permite concluir que el tejido cicatricial que se genera, como reacción normal que resulta del proceso inflamatorio tisular en respuesta a la malla (prótesis) que rodea el cordón espermático, provocó adhesión a las estructuras del conducto inguinal y por tanto del cordón espermático, afectando el flujo al testículo que produjo finalmente la atrofia crónica testicular, cuyos síntomas se manifestaron en enero de 2020.

4.- Se emite informe desfavorable.

3. Dictado Acuerdo Probatorio, el interesado presenta pruebas documentales y testificales. Las primeras son admitidas. Con respecto a las testificales, teniendo en cuenta el objeto de la reclamación y el nexo causal alegado por el reclamante al considerar que la necrosis testicular es consecuencia de la intervención quirúrgica, se admitió a trámite la testifical de la Dra. (...) (médico interviniente en la cirugía del reclamante de fecha de 22 de agosto de 2019 perteneciente al Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo del Hospital (...)) rechazando, por improcedentes e innecesarias, las demás propuestas.

Dicha prueba no se pudo practicar porque la testigo no pudo ser localizada al no trabajar ya en el centro concertado en el que se realizó la prestación sanitaria.

4. Abierto el trámite de audiencia y conferido al reclamante y al Hospital (...), aquél en sus alegaciones insiste en que en la intervención practicada el 22 de agosto de 2019 se produjo una negligencia médica pues durante la hernio plastia se produjo algún evento que provocó que la circulación sanguínea dejara de llegar al testículo izquierdo, a lo que habría que sumar el hecho de que dicha patología testicular no fue siquiera diagnosticada hasta cinco meses después, en enero de 2020, cuando los dolores del paciente son insoportables y se solicita la realización de una ecografía donde se constata una patología grave en el testículo izquierdo y la pérdida del mismo.

5. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el interesado, al no apreciar la concurrencia de los requisitos que conforman la responsabilidad patrimonial de la Administración.

III

1. En el presente procedimiento, la pretensión resarcitoria del reclamante se fundamenta en que en la intervención practicada el 22 de agosto de 2019 se produjo una negligencia médica pues durante la hernio plastia se produjo algún evento que provocó que la circulación sanguínea dejara de llegar al testículo izquierdo, a lo que habría que sumar el hecho de que dicha patología testicular no fue siquiera diagnosticada hasta cinco meses después, en enero de 2020.

2. Sin embargo, de la documentación clínica y de otros informes médicos obrantes en el expediente se desprende que, según informa el SIP, el tiempo transcurrido desde la fecha de la cirugía en agosto de 2019 hasta la presentación de síntomas en enero de 2020, permite descartar la afirmación del reclamante *«que durante la hernioplastia se produjo algún evento que provocó que la circulación sanguínea dejara de llegar al testículo izquierdo (...)»*. De haber ocurrido así como consecuencia de la intervención, la sintomatología se habría presentado inmediatamente dentro de los dos o tres días postoperatorios, que clínicamente se caracteriza con un aumento de volumen doloroso y duro del testículo, acompañado de fiebre, lo que no existió.

Además, en contra de su afirmación de que su patología no fuera diagnosticada hasta cinco meses después, se constata que, en revisiones posteriores, tanto en HSRM como en la consulta de cirugía del 25 de noviembre de 2019, no existieron síntomas que indicaran realizar prueba diagnóstica alguna.

El tiempo transcurrido desde la fecha de la cirugía en agosto de 2019 hasta la presentación de síntomas en enero de 2020, permite concluir al SIP que el tejido cicatricial que se genera, como reacción normal que resulta del proceso inflamatorio tisular en respuesta a la malla (prótesis) que rodea el cordón espermático, provocó adhesión a las estructuras del conducto inguinal y por tanto del cordón espermático, afectando el flujo al testículo que produjo finalmente la atrofia crónica testicular, cuyos síntomas se manifestaron en enero de 2020.

3. Ahora bien, Una vez descartada la negligencia médica en las intervenciones quirúrgicas a las que se sometió el paciente, y a la vista de la anterior afirmación del SIP, resulta necesario centrar nuestro análisis jurídico en la cuestión relativa al consentimiento informado.

3.1. Como de forma constante ha sostenido la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la adecuación a la *lex artis* no exige únicamente que se pongan a

disposición del paciente los medios precisos para tratar de curar la patología presentada y que estos sean desarrollados en las debidas condiciones, sino también que aquél reciba cumplida información acerca de las opciones clínicas disponibles y de los riesgos que las mismas engendran, ya que el contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos.

En este sentido, la Ley 41/2002 enuncia en su art. 2, entre sus principios básicos, la exigencia, con carácter general, del previo y preceptivo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada y que se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley (apartado 2). Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (apartado 3 del mismo precepto) y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la ley (apartado 4). El art. 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio indispensable para ayudarlo a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el art. 10, al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que lo atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con los límites contemplados en el art. 9.1).

Por lo que se refiere al consentimiento informado, su art. 8.2 determina que el consentimiento será verbal por regla general, salvo en los supuestos que el propio precepto excepciona (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). En cuanto a las condiciones de la información a los efectos de recabar el consentimiento por escrito, el art. 10 exige que el facultativo proporcione al paciente la información básica relativa a las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con sus circunstancias personales o profesionales, los que resulten probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones.

La jurisprudencia de manera constante ha venido sosteniendo que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye una infracción de la *lex artis* que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan, como expresamente reconocen las SSTS de 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo, 4 de octubre de 2011, 30 de abril de 2013 y 26 de mayo de 2015, entre otras.

La interpretación que el Tribunal Supremo ha venido realizando con base en lo previsto en la Ley General de Sanidad en cuanto a la exigencia de detalles en la información que ha de darse al paciente comporta dos consecuencias fundamentales:

- 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. 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, tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba (según la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración). 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.

- Esta regulación implica además que el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela una manifestación de funcionamiento anormal de la Administración. Por el contrario, su cumplimiento en debida forma supone que es el paciente quien asume las consecuencias derivadas de las actuaciones sanitarias, siempre y cuando estas hayan sido conformes a la *lex artis ad hoc*. El consentimiento informado constituye así uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar que un acto médico correcto no haya alcanzado todos los objetivos terapéuticos que perseguía. De esta forma, los pacientes, en cuanto asumen los beneficios que se derivan de una intervención quirúrgica, asumen igualmente los riesgos cuya concreción resulte posible a pesar de que el acto médico fuera correctamente practicado. El deber de soportar que no se alcance un éxito terapéutico completo resulta de la asunción voluntaria de ese riesgo, por lo que, de concretarse este, la lesión no revestiría el carácter de antijurídica.

A todo ello ha de añadirse que una adecuada aplicación de la regulación del consentimiento informado exige no sólo que preste información sobre todos los riesgos genéricos que los tratamientos médicos generan, sino también los específicos, que han de atender a las especiales circunstancias de cada paciente, que pueden producir que tales riesgos se concreten en ellos con mayor facilidad. Estos extremos además han de ser acreditados por la Administración a los efectos de demostrar la adecuación del acto médico a la *lex artis* y su consiguiente exoneración de responsabilidad.

Finalmente, y como ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo de Canarias (entre otros, en su Dictamen 534/2018, de 27 de noviembre), « (...) también se ha de atender a que, según ha declarado reiteradamente la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, la regulación legal sobre el consentimiento informado debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento no realizado por escrito (Véanse, por todas, las SSTs de 4 de abril de 2000, RJ 2000\ 3258; de 1 febrero de 2008, RJ 2008\1349; y de 24 septiembre de 2012, RJ 2012\9228).

En relación con la omisión del consentimiento informado por escrito la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha señalado:

« (...) según la jurisprudencia de esta Sala, el incumplimiento del deber legal de solicitar y obtener el consentimiento informado no da por sí solo derecho a indemnización. Véanse, entre otras, las recientes sentencias de 1 de febrero de 2008 (RJ 2008, 1349) y de 11 de junio de 2008 (RJ 2008, 6367). Ni que decir tiene que la conculcación del mencionado deber legal podrá dar lugar a sanciones disciplinarias; pero, si esa infracción va seguida de la curación del paciente, no hay daño en el sentido del art. 139 LRJ-PAC y, por consiguiente, no procede otorgar indemnización alguna. En otras palabras, el simple hecho de que una actuación médica sea ilegal no implica necesariamente que ocasione una lesión antijurídica. Ciertamente, podrá ser tachada de paternalista y, en ciertas circunstancias, ser castigada; pero, si no produce un mal al paciente, no hay daño en sentido técnico-jurídico.» (STS de 10 febrero 2009, RJ 2009\970).

En su Sentencia de 19 mayo de 2011 (RJ 2011\5778) reitera:

«Ya por último, la razón por la que debemos desestimar el segundo de los motivos de casación la encontramos en nuestra propia jurisprudencia, pues ésta ha evolucionado en esa cuestión del defecto u omisión del consentimiento informado desde una postura que lo reputaba en sí mismo constitutivo de un daño moral grave, distinto y ajeno al daño corporal derivado de la intervención y por tanto indemnizable (así, en la sentencia de 4 de abril de 2000 (RJ 2000, 3258)), a otra que afirma como regla o principio que la mera falta o ausencia

de aquél no es indemnizable si no concurre el elemento de la relación causal entre el acto médico y el daño constatado (así, entre otras, las sentencias de 26 de marzo de 2002 (RJ 2002, 3340), 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero de 2007 (RJ 2007, 884), 1 de febrero y 19 de junio de 2008 (RJ 2008, 6479), o las de nuestra Sala Primera, de lo Civil, de 23 de octubre de 2008 (RJ 2008, 5789) y 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 6460)).

Resumiendo esta doctrina jurisprudencial en nuestros Dictámenes 59/2014, de 26 de febrero, y 397/2015, de 29 de octubre, dijimos:

« (...) la omisión del consentimiento informado documentado por escrito a una intervención quirúrgica no da por sí solo derecho a una indemnización. Para que surja éste es necesario que se haya causado un daño al paciente, bien debido a que se incurrió en negligencia profesional, bien porque, aun procediendo correctamente, se haya materializado un riesgo iatrogénico inherente a la intervención, de cuya eventualidad no había sido informado el paciente y por ende no lo había aceptado por medio de su consentimiento».

3.2. En el presente caso, si bien consta formalmente la suscripción de dos documentos de consentimiento informado -previos a la intervención quirúrgica a la que se sometió el paciente-, uno relativo a la anestesia que se iba a aplicar (páginas 125 y 126 del expediente) y otro específico para cirugía abierta de la hernia (páginas 111 y 112 del expediente), este segundo carece del contenido legalmente exigible, que lo dote de título de juridicidad del riesgo inherente a la intervención, así como de la intervención misma. Por ello, desde esta perspectiva, la asistencia sanitaria dispensada a (...) puede considerarse que no es ajustada a la *lex artis ad hoc*.

Así, en cuanto a la descripción del procedimiento, se hace referencia a un defecto en la pared abdominal, cuando, de acuerdo con la documentación obrante en el expediente y con el propio informe del SIP se iba a realizar una cirugía en hernia inguinal izquierda. Por otro lado, aunque se especifican ciertos riesgos propios de la intervención y expresamente se señala: «en hernias inguinales: inflamación y atrofia testicular. Lesión vascular», se advierte la omisión de uno de los posibles riesgos derivados de la precitada intervención quirúrgica, que es precisamente el que padeció el reclamante y que pone de manifiesto el SIP en su informe: «El tiempo transcurrido desde la fecha de la cirugía en agosto de 2019 hasta la presentación de síntomas en enero de 2020, permite afirmar que el tejido cicatricial que se genera, como reacción normal que resulta del proceso inflamatorio tisular en respuesta a la malla (prótesis), provocó adhesión a las estructuras del cordón espermático ocasionando la disminución del flujo que produjo la atrofia testicular.

Las prótesis que se utilizan, como cuerpos extraños que son, provocan una intensa reacción inflamatoria con formación de adherencias densas que se adhieren a los tejidos circundantes».

Pues bien, si el daño producido, que se concretó en una orquitis isquémica, fue ocasionado por el tejido cicatricial que se generó, como respuesta a la malla que rodea al cordón espermático, dicho riesgo y posible complicación debió estar descrito en el documento de consentimiento informado, de tal manera que la materialización de esos riesgos derivados de la intervención quirúrgica practicada, y sobre la que no se ofreció al perjudicado un conocimiento cabal y completo, determina la producción de un daño antijurídico y, por tanto, indemnizable.

En efecto, según se ha señalado anteriormente, la falta de esta información al paciente, como de forma constante ha venido sosteniendo la Jurisprudencia y este Consejo (por todos, Dictámenes 303/2015, de 10 de septiembre y 143/2017, de 2 de mayo), constituye una infracción de la *lex artis* que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias entre las diversas opciones vitales que se le presentan.

Así pues, los defectos del consentimiento informado descritos anteriormente, y materializados en los daños concretos que se han expuesto en las líneas precedentes, constituyen un incumplimiento de la *lex artis ad hoc*, determinante de la existencia de un daño moral indemnizable. En este sentido, la Sentencia de 17 de marzo de 2016, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia -recurso n.º 15/2016) señala:

«1) El defecto del consentimiento informado es considerado por la jurisprudencia como incumplimiento de la “lex artis” en cuanto constituye una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario.

2) No todo incumplimiento del consentimiento informado comporta responsabilidad pues se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo, de manera que la intervención satisfactoria y sin daño deviene inocua la falta de consentimiento.

3) Si existe secuela previsible, pese a ajustarse la intervención a la “lex artis”, la falta de consentimiento informado comporta un daño moral, susceptible de resarcimiento. Se exceptúan de indemnización y reproche los casos de actuaciones médicas conformes con la “lex artis” en las que se origina un resultado dañoso por un riesgo atípico, imprevisible o fuerza mayor, supuesto en el que la jurisprudencia entiende que se rompe el nexo causal entre la prestación del servicio y el resultado dañoso.

El consentimiento y la información expuesta previamente ha de ajustarse a estándares de razonabilidad y, por tanto, no cabe desde esa premisa exigir una información que abarque cualquiera hipótesis posible pero ostensiblemente improbable con arreglo a los protocolos y estado de la ciencia médica. Hemos dicho en multitud de ocasiones también, que la información previa a la actividad médica no puede ser excesiva, ilimitada, ya que de lo contrario puede contrarrestar la finalidad de la misma. No cabe pretender que en la información previa se constaten todos y cada uno de los riesgos y posibilidades existentes pues el exceso produciría un efecto contrario a la finalidad de claridad y ponderación exigida por el instituto del consentimiento informado.

4) A falta del documento relativo a su prestación, incumbe a la Administración por inversión en la carga de la prueba la acreditación sobre el cumplimiento de las formalidades que exige el consentimiento informado, que comprenden, entre otros aspectos, no sólo los riesgos inherentes a la intervención sino también los posibles tratamientos alternativos.

5) En caso de daño derivado de la falta o insuficiencia de consentimiento informado sobre riesgos típicos, descritos como habituales en la literatura médica común, ha de determinarse una indemnización con referencia al derecho del paciente a obtener la información esclarecedora, debiendo ponderarse sólo el monto de una indemnización que responda a la privación de aquel derecho y de las posibilidades que, en otro caso, se tenía».

Por lo demás, se ha de indicar que la Administración no ha acreditado que el paciente hubiese sido informado de todos los riesgos propios derivados de las intervenciones quirúrgicas. Y tampoco se constata que se le haya ofrecido información verbal sobre las consecuencias posibles de la intervención y de sus mayores riesgos derivados de sus propias circunstancias, por lo que un consentimiento como el suscrito por el mismo no da adecuado cumplimiento a las exigencias legales.

4. Una vez afirmada la falta de consentimiento informado y su consideración como una mala praxis indemnizable, procede determinar la cuantía indemnizatoria. En este sentido, si bien consta en el expediente (páginas 93 a 95 del expediente) informe expedido a petición del hospital (...), en el que, bajo el título «Informe médico no pericial» se señala «a título informativo», una cuantía indemnizatoria desde 24.338,93 euros hasta 34.142,42 euros, dado el carácter informativo con el que aquél se emite, por el SIP deberá establecerse la indemnización correspondiente, de acuerdo con la Ley 39/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Esta cuantía, conforme a lo previsto en el art. 34.3 LRJSP, se deberá de actualizar a la fecha en que se ponga fin al procedimiento con arreglo al índice de garantía de la competitividad, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley 47/2003 de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución desestimatoria de la reclamación formulada por el interesado, no se considera adecuada a Derecho, debiendo actuarse conforme a lo señalado en el Fundamento III del presente Dictamen.