

# LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA DERIVADA DEL EXTRAVÍO DE LA HISTORIA CLÍNICA: LA VISIÓN DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA

*Marta María Sánchez García*

*Abogada experta en Derecho Sanitario*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PÉRDIDA O EXTRAVÍO DE LA HISTORIA CLÍNICA, EN SOPORTE PAPEL O ELECTRÓNICA: SUPUESTOS EN LOS QUE GENERA O NO RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA. II.1 Principio de facilidad probatoria. Inversión de la carga de la prueba. 2. Regla general: Doctrina del Tribunal Supremo. 3. Casos particulares. 4. Pérdida o extravío del “Documento de consentimiento informado”. 5. Pérdida o extravío de otras pruebas o documentos clínicos. 6. La pérdida o extravío de la historia clínica carece de relevancia jurídica cuando no tiene relación con la asistencia prestada. III. CONCLUSIONES. IV. REFLEXIONES FINALES.**

## RESUMEN

Antecedentes: análisis de la doctrina jurisprudencial sobre las consecuencias de la pérdida o extravío por la Administración de la Historia Clínica, ya sea en soporte papel o electrónica.

Métodos: búsqueda en la base de datos del Consejo General del Poder Judicial de aquellas sentencias relativas a pérdida o extravío de la historia clínica de los últimos diez años y estudio pormenorizado de las mismas. No se aludirá a la doctrina científica, dada la absoluta ausencia de estudios sobre la materia, pese a su trascendencia en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Conclusiones: la pérdida o extravío de la Historia clínica por la Administración (en papel o electrónica), tiene como consecuencia la inversión de la carga de la prueba en virtud del principio de facilidad probatoria ex art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto

que la Administración asume su custodia, quedando obligada a probar que la actuación médica se adecuó a la *lex artis ad hoc*.

Como regla general, la pérdida o extravío de la historia clínica o parte de la misma por Administración no debe conllevar la declaración automática de responsabilidad patrimonial cuando su ausencia no ha impedido al Tribunal formar su convicción sobre la corrección de la asistencia prestada con el resto del historial médico, más allá de toda duda razonable.

Dicha doctrina resulta aplicable incluso cuando se extravíen o pierdan documentos esenciales de la historia clínica de valor clínico decisivo para verificar la corrección de la asistencia médica, siempre que la información sobre la actuación médica se refleje, de forma completa, en otros documentos de la historia clínica (verbigracia, en minuciosas anotaciones en el partograma en lugar del registro cardiotocográfico extraviado).

No obstante, en aquellos casos en los que el resto del historial sea insuficiente para que el Juzgado o Tribunal pueda conocer más allá de toda duda si la actuación médica se adecuó a *la lex artis ad hoc*, los Tribunales declaran de forma automática la responsabilidad de la Administración.

La pérdida o extravío de la historia clínica carece de relevancia jurídica cuando no guarda relación con la asistencia prestada.

### **PALABRAS CLAVE**

Extravío Historia Clínica. Responsabilidad Administración sanitaria. Doctrina Tribunales.

### **ABSTRACT**

**Background:** analyse the consequences of the loss or misplacement, either paper-based or electronic media, of a Medical Record by Health Administration in the Law Courts.

**Methods:** study the case law of the Supreme Court and legal doctrine of the Higher Courts of Justice.

**Conclusions:** the loss or misplacement of the Medical Record, either paper-based or electronic media, results in «the reversal of the burden of proof», since the Health Administration assumes the safekeeping of the same, being under obligation to prove that, despite this loss, the medical action was carried out in compliance with *lex artis ad hoc*.

As a general rule, in accordance with case law doctrine, the loss or misplacement of the medical history, or part of the same, either paper-based or electronic media, does not result in the subsequent determination of liability of the State Health Administration when its absence does not prevent the Courts from making decisions regarding the conviction on the correction of the medical care given, beyond doubt, with «the rest of the medical history».

Said doctrine is also applicable when «essential documents» of the medical history are lost or mislaid, decisive from a medical perspective to verify the correction of the medical care received, if the information about the noted medical action that said documents should provide, is demonstrated in detail, in «other documents» of the medical history (eg. in the detailed entries of the partogram graphical record instead of the missing cardiotocographic record).

However, said law-case doctrine makes an exception when «essential documents» are lost or misplaced from the Medical History, when the rest of the medical history does not allow the Court or Tribunal, know «beyond doubt», if the medical action was carried out in compliance with *lex artis ad hoc*. In such cases, it is declared by the Tribunal, automatically, the state liability of the Health Administration under the «evidential proof principle» ex art. 217.7 of the Civil Procedure Law.

The loss or misplacement of the medical record is of no legal relevance when unrelated to the medical care received.

### **KEYWORDS**

Misplacement of Medical History. Health Administration Liability. Tribunal Doctrine.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Existe copiosa bibliografía sobre la historia clínica, su concepto, su objeto, su extensión, su contenido y las particularidades de su proceso de formación, acceso a sus datos, cancelación, etc., así como las obligaciones que impone al personal sanitario en cuanto custodia, confidencialidad y deber de secreto, entre otros.

Pese a ello, durante mis más de quince años de experiencia como abogada en el ámbito de la responsabilidad médica nunca me he encontrado con un estudio de verdadero calado sobre las consecuencias del extravío de la historia clínica.

Algunos planteamientos doctrinales sugieren una suerte de certeza de que implicaría fatalmente la responsabilidad patrimonial de la Administración, pero en la mayoría de las ocasiones la cuestión resulta orillada o abiertamente ignorada.

El objeto del presente trabajo consiste en el abordaje directo de la cuestión, acometiendo el estudio jurisprudencial de las consecuencias del extravío de la historia clínica a la luz de los principios procesales que, de manera directa, inciden en la cuestión, especialmente, el principio de facilidad probatoria y el consiguiente principio de inversión de la carga de la prueba; rastreando su aplicación a estos casos, explicándome en los que ostentan una mayor incidencia en los Tribunales, concretamente, el extravío de las ecografías realizadas durante el embarazo, así como

del partograma y los registros de monitorización del parto, o del consentimiento informado, para así describir la evolución que haya podido experimentar la jurisprudencia.

Este estudio plantea desafíos jurídicos apasionantes: ¿El extravío de la historia clínica genera siempre de suyo responsabilidad patrimonial a la Administración o es necesaria la concurrencia de la aportación de elementos probatorios suficientes por el reclamante que sugieran la antijuricidad del daño? ¿Existe, en todo caso, inversión de la carga de la prueba? y, siendo así, ¿cuáles son su extensión y consecuencias? ¿Puede suplirse la ausencia de historia clínica con otras pruebas documentales o testificales a fin de acreditar la buena praxis del médico cuya actuación se cuestiona?

A estos interrogantes esenciales enfrente mi pasión por el estudio jurídico de la cuestión; al lector le corresponderá decidir si este entusiasmo alcanza, siquiera parcialmente, algún acierto.

## **II. PÉRDIDA O EXTRAVÍO DE LA HISTORIA CLÍNICA, EN SOPORTE PAPEL O ELECTRÓNICA: SUPUESTOS EN LOS QUE GENERA O NO RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN SANITARIA. DOCTRINA DE LOS TRIBUNALES DE JUSTICIA.**

### **1. Principio de facilidad probatoria. Inversión de la carga de la prueba.**

La adecuada conservación de la historia clínica por los centros sanitarios resulta necesaria para garantizar su posible utilización para, entre otras finalidades, ser aportada en el curso de los procesos judiciales contencioso-administrativos por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. El incumplimiento de dicha obligación constituye una negligencia adicional, acumulable al daño sufrido por el paciente, que conlleva una importante consecuencia de carácter procesal: la inversión de la carga de la prueba.

Los principios relativos a la distribución de la carga de la prueba se hallan consagrados en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) —aplicables al ámbito contencioso-administrativo—, que establece que corresponde al demandante la carga de probar la certeza de los hechos que sustentan su

pretensión y correlativamente al demandado la carga de probar los hechos impositivos o extintivos de las pretensiones del actor.

No obstante, las reglas generales sobre la carga de la prueba pueden modificarse en virtud de los *principios de facilidad y disponibilidad probatoria* establecidos en el art. 217.7 LEC, que obliga al juzgador a tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes, lo que hará recaer en la Administración sanitaria las negativas consecuencias derivadas de una eventual infracción del deber de custodia y conservación de la historia clínica, habida cuenta de que cada centro deberá archivar las historias clínicas de sus pacientes, cualquiera que sea el soporte papel, audiovisual, informático o de otro tipo en el que consten, de manera que queden garantizadas su seguridad, su correcta conservación y la recuperación de la información<sup>1</sup>.

En consecuencia, si el centro sanitario no aporta al correspondiente proceso la historia clínica, ya sea en soporte papel o electrónica, por el motivo que fuere, su incumplimiento del deber de custodia de la misma acarreará la aplicación del principio de inversión de la carga de la prueba, con la imposición a la Administración de la carga de acreditar que la actuación médica fue correcta; mas sin que ello implique su automática responsabilidad.

### **2. Regla general: Doctrina del Tribunal Supremo**

La pregunta que hemos de hacernos es la siguiente: ¿La pérdida o extravío de la historia clínica lleva consigo siempre, como consecuencia automática, la declaración de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria? ¿Dicho extravío implica necesariamente una dificultad insalvable de probar la actuación de los profesionales sanitarios conforme a las reglas de la *lex artis*?

Procederé a responder a dichas cuestiones a la vista de la jurisprudencia más reciente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia.

La doctrina del Tribunal Supremo, establece, como regla general, que la pérdida de la historia

---

<sup>1</sup> Art. 17 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. Vid. también la STSJ de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 10ª) de 5 de mayo de 2014, PO 1294/2011, Ponente: VÁZQUEZ CASTELLANO, María del Camino, Ref. CENDOJ 5430/2014.

clínica no ha de favorecer a la Administración, puesto que su ausencia priva al paciente de una prueba fundamental para acreditar la existencia mala praxis médica, imponiéndole una prueba imposible o diabólica<sup>2</sup>.

No obstante, si a pesar de faltar parte de la historia clínica, el Tribunal puede formar su convicción por otros medios y llegar a la conclusión de que se ha actuado conforme a la *lex artis*, entonces —matiza el Tribunal Supremo— no tiene por qué declarar, sin más, la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria<sup>3</sup>, ya que su ausencia no habría impedido que se haya traído al proceso su contenido, en la parte que resulta de trascendencia para la resolución del pleito<sup>4</sup>.

Precisa el Tribunal Supremo que el extravío de la historia clínica no puede confundirse con inexistencia o falta de conocimiento en las actuaciones de la actuación médica observada, que impida la valoración de la misma por el órgano jurisdiccional, cuando los aspectos fundamentales de dicha actuación se reflejan en otros documentos del historial clínico<sup>5</sup>.

2 La STS (Sala Cont.-Adm., Sección 6ª) de 2 de noviembre de 2007, Rec. Casación núm. 9309/2003, Ponente: HERRERO PINA, Octavio Juan. Ref. CENDOJ 7508/2207, en relación con la falta de aportación por la Administración de los registros de monitorización del parto, revoca la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala Cont.-Adm.) de 24 de septiembre de 2003, Rec. núm. 74/2002, que salvaba dicha carencia con la valoración de las declaraciones testificales de la Matrona y Ginecólogo intervinientes, porque el Tribunal de instancia desestimó la demanda: «[...] presumiendo que un Especialista de un Hospital de la Sanidad Pública no puede cometer el error de no apreciar la existencia de sufrimiento fetal al ser llamado y evaluar la situación, error que considera incompatible con la suficiencia técnica que se le presume, presunción efectuada en favor de la Administración que no aportó tal importantes elementos de prueba y que no puede justificarse en la suficiencia técnica del médico interviniente, pues de seguir ese criterio se excluiría el error en sus actuaciones atribuyéndole una infalibilidad que ni siquiera depende de la formación técnica sino de la actitud personal ante un concreto supuesto». En el mismo sentido se pronuncian las SSTS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 2 de enero de 2012, Rec. Casación núm. 3156/2010, Ponente: LECUMBERRI MARTI, ENRIQUE. Ref. CENDOJ 4/2012 y de 14 de junio de 2011, Rec. Casación núm. 2371/2004, Ponente: MENÉNDEZ PÉREZ, Segundo. Ref. CENDOJ: STS 3510/2011.

3 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 20 de noviembre de 2012, Rec. Casación núm. 4891/2011, Ponente: MARTINEZ-VARÉS GARCÍA, Santiago. Ref. CENDOJ 7395/2012.

4 STS (Sala Cont.-Adm.) de 23 de octubre de 2007, Recurso Casación núm. 2529/2003, Ponente: HERRERO PINA, Octavio Juan. Ref. CENDOJ 6851/2007.

5 «De manera que no se trata de un supuesto de inexistencia o falta de conocimiento en las actuaciones, que impida la valoración del historial por el órgano jurisdiccional, a que se refieren las sentencias invocadas por la parte, dado que el tribunal a quo no ha señalado inconveniente alguno al efecto en

Por tanto, aun cuando no se haya incorporado al proceso la historia referida a la actuación médica observada, si el resto del historial médico no pone de manifiesto, siquiera indiciariamente, dato médico que permita deducir una mala praxis en la realización de aquélla y de la prueba pericial resulta evidente que a la actora no se le estaba imponiendo una prueba diabólica, dicha parte recurrente hubiera debido acreditar que la prestación sanitaria no se realizó con arreglo a la *lex artis*, por lo que, no habiéndolo hecho, no puede alegar indefensión, ni cabe apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>6</sup>.

### 3. Casos particulares

La doctrina general anteriormente expuesta, en principio, tiene como excepción la pérdida o extravío de documentos clínicos esenciales cuya ausencia impide al Juzgado o Tribunal valorar la posible corrección de la actuación médica al no existir otros medios probatorios que acrediten el correcto proceder de los facultativos —por ejemplo, la constancia en el resto del historial clínico de la asistencia prestada a la que la documentación extraviada se refiere—, en cuyo caso los Tribunales aplican, con todo rigor, el principio de facilidad probatoria, declarando, de forma automática, la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, puesto que la Administración no ha logrado probar, más allá de toda duda razonable, que la asistencia médica prestada fue correcta.

Decimos «*en principio*» porque, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, la excepción no operará, pese a que el extravío sea de documentos esenciales de la historia clínica, de valor clínico decisivo para verificar la corrección de la asistencia médica, si la información que debían proporcionar dichos documentos se refleja, de forma completa, en otros documentos del historial clínico. (Por ejemplo, en las minuciosas anotaciones del partograma en lugar del

este caso, en el que los aspectos fundamentales del historial médico se reflejan en otros documentos». STS (Sala Cont.-Adm.) de 23 de octubre de 2007, Recurso Casación núm. 2529/2003, citada.

6 La STS (Sala Cont.-Adm., Sección 6ª) de 20 de diciembre de 2007, Rec. Casación núm. 5998/2003, Ponente: ROBLES FERNÁNDEZ, Margarita. Ref. CENDOJ 8507/2007, que consagra el valor de la «prueba indiciaria» para deducir la existencia de mala praxis médica, dispone: «Es cierto que ni en vía administrativa ni en la vía judicial, se aportó por la Administración sanitaria el historial de la concreta intervención quirúrgica practicada, pero sí constan partes de seguimiento médico, tantos anteriores como posteriores a dicha intervención de las que no puede deducirse tal mala praxis».

registro cardiocográfico extraviado o en los informes emitidos por los ecografistas), o se acredita por otros medios probatorios (ej. en algunos supuestos, testificales o anotaciones del historial médico).

A continuación analizaré los documentos o pruebas cuyo extravío o pérdida presenta una mayor incidencia en la doctrina del Tribunal Supremo y de los Tribunales Superiores de Justicia, concretamente el extravío de las ecografías realizadas durante el embarazo; del partograma y los registros de monitorización del parto; así como del documento de consentimiento informado, a fin de determinar la evolución jurisprudencial al respecto.

### **3.1 Extravío de las ecografías realizadas durante el embarazo**

La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2012<sup>7</sup> implicó un importante cambio de tendencia en la doctrina del alto tribunal y de los Tribunales Superiores de Justicia.

Con anterioridad, la falta de aportación por la Administración de las ecografías originales o grabación original de las mismas se consideraba como un elemento de prueba fundamental, esencial e imprescindible, no sustituible con el Informe de los ecografistas, en orden a valorar si la malformación era diagnosticable y, por tanto, considerar si la actuación del ecografista, que omitió su diagnóstico, se acomodó a la *lex artis*.

Citaré como ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2012<sup>8</sup>, sobre falta de diagnóstico ecográfico de malformación de la recién nacida: mielomeningocele. Para valorar si dicha malformación era diagnosticable o no por medio de las ecografías realizadas se requería, según el Tribunal, determinar si los informes de los ecografistas fueron o no correctos, para lo cual resultaba imprescindible disponer del testimonio original gráfico de las ecografías, y consecuentemente, valorar si la falta de detección de la malformación fue imputable a un imponderable, por cuanto existen malformaciones que no pueden ser detectadas, o fue debida a una mala actuación médica.

Sin embargo, pese a haber reiterado la parte actora la solicitud de expedición de copias de las ecografías originales en vía administrativa, no se aportaron por la Administración, que tampoco atendió los diversos requerimientos del Tribunal Superior de Justicia. Por esta razón, el TS decidió mantener el pronunciamiento condenatorio de la Sentencia impugnada ya que *«El carácter indetectable de la malformación no ha podido probarse directamente ante la falta de las ecografías que se le practicaron a la madre. Y todos los hechos y opiniones anteriores no permiten darlo por probado vía presunción. Entre otras cosas, porque los errores médicos existen y se producen.»*

Faltando las ecografías originales, consideradas como documentos clínicos esenciales, y no siendo posible valorar la actuación médica por otros medios —en este supuesto, los informes de los ecografistas—, los Tribunales aplicaban, con todo rigor, el principio de facilidad probatoria y declaraban la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Finalmente, el Tribunal Supremo recuerda que los ciudadanos tienen derecho al archivo, conservación y acceso a su historia clínica, según los arts. 14 a 19 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, por lo que *«no hay ninguna excusa para que la Administración no haya conservado esas ecografías, ni mucho menos para que no las haya aportado»*.

No obstante, la doctrina del Tribunal Supremo cambió a raíz de la aludida Sentencia de 20 de noviembre de 2012<sup>9</sup>, dictada en un asunto referido al alumbramiento de un niño con malformación en la pierna derecha (falta de peroné), no detectada en la ecografía de la semana 20. En este caso, la Administración no aportó el vídeo de la ecografía, pues éste no existía. El Alto Tribunal entendió que no resultaba aplicable el principio de facilidad probatoria porque la inversión de la carga de la prueba se produce y juega cuando es exigible a la Administración una mayor diligencia en la aportación de pruebas, esto es, cuando faltan en el proceso informes o documentos que sólo ella podía aportar, como, por ejemplo, la historia clínica<sup>10</sup> o las ecografías que debían ser examinadas

7 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 20 de noviembre de 2012, Rec. Casación núm.4891/2011, citada.

8 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 2 de octubre de 2012, Rec. Casación núm. 4855/2011, Ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, Santiago. Ref. CENDOJ 6504/2012.

9 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 20 de noviembre de 2012, Rec. de Casación 4891/2011, Ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, Santiago. Ref. CENDOJ 7395/2012, citada.

10 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 2 de enero

por los peritos para comprobar si los médicos que las realizaron actuaron correctamente<sup>11</sup>. Si el vídeo de la ecografía existiese y no se hubiese aportado sí entraría claramente en juego aquel principio de la disponibilidad probatoria.

A diferencia de la doctrina sentada hasta ese momento, el TS sí otorga suficiente valor probatorio al Informe ecográfico y las anotaciones que figuran en el mismo, porque —señala el Supremo— «*no se graban todas las ecografías, sólo las de riesgo, y que por tanto tampoco era exigible a la Administración una mayor diligencia probatoria*» y «*en el informe de la misma ecografía consta como diagnóstico: “Ecografía con hallazgos acordes con la edad gestacional. En este momento no se observan anomalías morfológicas mayores, si bien no pueden descartarse las que no tienen expresión ecográfica o se presentan de forma tardía”, con lo que viene admitirse la posibilidad de que existan anomalías morfológicas menores que hayan pasado desapercibidas*».

Dicho cambio jurisprudencial tiene su reflejo en la Sentencia del TSJ de Castilla-León, de 26 de septiembre de 2014<sup>12</sup>, en relación con la falta de diagnóstico ecográfico durante del embarazo del Síndrome de DiGeorge. Con cita literal de la Sentencia del TS expuesta, señala el TSJ de Castilla-León que no puede hablarse de ocultación ni extravío de la documentación por el hecho de que la Administración no haya remitido las imágenes ecográficas solicitadas, considerando que no dispone de ellas pues «*no se almacenan salvo hallazgos anómalos*», llegando a afirmar que «*la no aportación de la documentación gráfica se entiende cumplido con la aportación de los informes de los ecografistas*». Es decir, dicho Informe ecográfico son los «*otros medios*» probatorios a los que aludía la STS de 20 de noviembre de 2012.

En segundo lugar, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla-León señala que la no aportación de las todas las ecografías realizadas no puede considerarse

de 2012, Rec. Casación núm. 3156/2.010, Ponente. LECUMBERRI MARTÍ, Enrique. Ref. CENDOJ 4/2012 y STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 2 de noviembre de 2007, Rec. Casación núm. 9309/2003, Ponente: HERRERO PINA, Octavio Juan. Ref. CENDOJ 7508/2007.

11 Supuesto de la STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 2 de octubre de 2012, Rec. Casación núm. 4855/2011, Ponente: MARTÍN-VARES GARCÍA, Santiago. Ref. CENDOJ 6504/2012.

12 TSJ de Castilla-León (Sala Cont.-Adm., Sección 3ª) de 26 de septiembre de 2014, PO 503/2011, Ponente: MOZO AMO, Jesús. Ref. CENDOJ 4269/2014.

que vulnere lo dispuesto en los artículos 3 y 17 de la Ley 41/2002. Dichas normas se entenderían cumplidas con la aportación de los informes ecográficos que, en opinión del Tribunal, acreditan, de manera suficiente, el resultado de las pruebas realizadas; sin que exista ningún elemento que permita dudar de su correspondencia con lo observado en las imágenes ofrecidas por las ecografías realizadas, facilitando a la parte demandante datos suficientes para poder valorar la adecuación de la actuación médica seguida y, en su caso, para poder acreditar que la misma no se correspondía con la exigible según la *lex artis*.

Hay que tener en cuenta, advierte el Tribunal, que la ecografía es muy diferente de la radiografía, en cuanto que la primera se puede definir como una técnica dinámica en la que lo importante es lo que se ve en cada momento y lo que se recoge en el informe que se emite al respecto, de manera que las “fotos” de la ecografía no tienen ningún valor posterior al momento en que son visionadas por el técnico que las realiza.

Por todo ello, concluye el TSJ de Castilla-León que la falta de imágenes de las ecografías realizadas, atendiendo al funcionamiento de esta técnica de diagnóstico, no se considera esencial para poder acreditar si la actuación médica seguida se ha ajustado a la *lex artis* aplicable insistiendo en que los informes emitidos proporcionan datos suficientes para realizar la citada determinación.

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Castilla-León, Sala Cont.-Adm., de 16 de noviembre de 2015<sup>13</sup>, a propósito de la falta de diagnóstico durante el embarazo de la Tetralogía de Fallot, en relación con la falta de aportación por la Administración sanitaria de todas las imágenes de las ecografías realizadas y la consiguiente inversión de la carga de la prueba. Lo habitual, cuando se realiza una ecografía, señala el Tribunal, es que se conserven las imágenes que el ecografista considera más relevantes, tanto de la normalidad del feto como de las posibles patologías —que fueron conservadas y remitidas al Tribunal—, por lo que no existe motivo para afirmar que ha existido ocultación sino que se ha actuado tal y como siempre se hace, ya que la inversión de la carga de la prueba, con base al *principio de facilidad probatoria*, no significa que deba declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración si no se acredita algún indicio de su existencia.

13 STSJ de Castilla-León (Sala Cont.-Adm., Sección 1ª) de 16 de noviembre de 2015, PO 1035/2012. Ponente: ROJAS DE LA VIUDA, Oscar Luis. Ref. CENDOJ 5385/2015.

Ahondando en el giro doctrinal operado por la referida STS de 20 de noviembre de 2012, afirma el TSJ que los Informes ecográficos «acreditan, de manera suficiente, el resultado de las pruebas realizadas sin que exista ningún elemento que permita dudar de su correspondencia con lo observado en las imágenes ofrecidas por las ecografías», privando incluso a las «imágenes de las ecografías» del carácter de *documento esencial* para acreditar si la actuación médica seguida se ha ajustado a la *lex artis*.

### **3.2 Pérdida o extravío del partograma y/o los registros de monitorización del parto**

Podemos dividir las numerosas Sentencias del TS y de los TSJ, Sala Cont.-Adm., que contemplan la pérdida o extravío de dicha documentación clínica en tres grupos, dependiendo de que la pérdida de los registros, documentos esenciales del parto, pueda o no suplirse con otros medios probatorios.

#### **3.2.1 Inexistencia de otros documentos que permitan valorar la actuación médica**

En la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de abril de 2015<sup>14</sup>, se analizan las consecuencias del extravío de las gráficas de monitorización del parto en relación con una posible infracción de la doctrina de la Sala sobre la facilidad probatoria. El Supremo recuerda el tenor de diversas Sentencias precedentes que contemplan dichos supuestos, todas ellas estimatorias del recurso presentado por los reclamantes, apreciando un funcionamiento anormal de la Administración por las dudas sobre la existencia de monitorización y la imposibilidad de valorar la actuación médica<sup>15</sup>.

Aplicando dicha doctrina al caso analizado, el Supremo dispone que constituye una carga procesal exigible a los demandantes la prueba de los hechos en que basan su pretensión, si bien desde el principio de disponibilidad o facilidad probatoria. Pesa sobre la parte actora la carga de probar que hubo hipoxia perinatal y que por falta de vigilancia del bienestar fetal no se advirtió la hipoxia, debiendo acreditar que no

hubo monitorización o de haberla, que no se atendió, «para lo que era prueba esencial el soporte gráfico de la monitorización o la anotación de sus datos».

Obsérvese que la Sala califica de «esencial» bien el «soporte gráfico de la monitorización», es decir, los registros o tiras de monitorización, bien «la anotación de sus datos» en otro documento, por ejemplo, en el partograma, anotación que, si hubiera existido, hubiese sido suficiente para salvar la ausencia de los registros, al permitir valorar si la actuación médica fue correcta.

Así lo corrobora la Sentencia aludida cuando señala que dicha documental no pudo aportarse, bien sea por pérdida o porque no se conservó o porque no hubo anotaciones en el partograma: en definitiva por causa atribuible a la demandada. Esa ausencia de prueba documental no puede perjudicar a quien demanda para concluir que no ha probado los hechos en que basa sus pretensiones, con olvido de que le era imposible hacerlo.

De esta forma el Supremo diferencia «la falta de monitorización», constitutiva, en todo caso, de mala praxis médica, y «la falta de aporte de su registro gráfico o de anotación de los datos de la misma», determinante de la aplicación de las reglas de distribución de la carga de la prueba<sup>16</sup>.

---

16 Matiza el TS: «la ausencia de monitorización» y «la falta de aporte de su registro gráfico o de anotación de los datos de la misma» son dos hechos radicalmente distintos en cuanto a la regularidad de la prestación del servicio y sus consecuencias. De no haber esa monitorización cabe entender infringida la *lex artis*. La ausencia del registro o de anotaciones implica que hubo monitorización y tal anomalía en la prestación del servicio surte sus efectos en cuanto a las reglas de la carga de la prueba según la jurisprudencia de esta Sala».

Por no existir una debida monitorización de la paciente en un parto que transcurrió con normalidad sino una vez detectada una deceleración, habiéndose controlado el parto hasta ese momento sólo mediante auscultación con el estetoscopio, se estima que concurre responsabilidad de la Administración sanitaria porque «aunque la falta de bienestar fetal se presente se forma súbita, la realización de un monitor, incluso la monitorización permanente hubiera permitido detectar el primer signo de esa amenaza de pérdida de bienestar fetal.» (STSJ de Murcia, Sala Cont.-Adm, Sección 1ª, de 9 de marzo de 2012, PO 1005/2004, Ponente: URIS LLORET, María Consuelo. Ref. CENDOJ 815/2012).

Muy diferente es el supuesto analizado en la STSJ de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 10ª) de 23 de junio de 2013, PO 1036/2016, Ponente: FERNÁNDEZ ROMO, María del Mar. Ref. CENDOJ 10154/2014, en el que la falta de monitorización obedece a que la paciente ingresó en periodo expulsivo, con dilatación completa, lo que impedía su monitorización, constando toda la asistencia prestada en la Hoja de embarazo: «[...] ingresó en urgencias en periodo expulsivo con dilatación completa, lo que impedía, sin necesidad de inducción de parto, se aplicaran medidas de diagnóstico de sufrimiento fetal».

---

14 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 27 de abril de 2015, Rec. Casación núm. 2114/2013, Ponente: REQUERO IBÁÑEZ, José Luis. Ref. CENDOJ 1713/2015.

15 STS (Sala Cont.-Adm, Sección 6ª) de 2 de noviembre de 2007, Rec. Casación núm. 9309/2203, citada; STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 23 de diciembre de 2009, Rec. Casación núm. 1364/2008; STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 2 de enero de 2012, Rec. Casación núm. 3156/2010 citada.

En el supuesto analizado en la STS, Sala Cont.-Adm., de 6 de mayo de 2015<sup>17</sup>, en relación con una encefalopatía post-parto, constata que en el Informe del Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital se describen pormenorizadamente los datos y las anotaciones contenidos en el partograma, así como el resumen del parto que consta en la historia clínica y los extremos que aparecen en la hoja de protocolo de la intervención por cesárea. Sin embargo, estos documentos no han podido aportarse a las actuaciones judiciales, a pesar de la reiterada petición de los mismos por la parte actora, ya que, según informó a la Sala el Jefe de Grupo de Archivo y Documentación de la Clínica, *«debido al tiempo transcurrido no ha sido posible localizar tales documentos»*. Es más, los peritos especialistas elaboran sus Informes basándose exclusivamente en las referencias contenidas en el Informe del Jefe de Servicio pues no han podido observar las gráficas al haberse extraviado dichos documentos.

Puesto que para la Sala existen en las actuaciones datos que constituyen serios indicios de la causa connatal del retardo mental sufrido o, al menos, que provocan en el Tribunal una *«duda razonable»* sobre la posible existencia de un sufrimiento fetal no debidamente abordado por los servicios médicos que atendieron el parto<sup>18</sup>, esa duda razonable podría haberse despejado *«con los documentos (el partograma o la historia clínica) en los que aparecerían consignadas las concretas circunstancias del alumbramiento y que hubieran podido descartar, en su caso, la supuesta hipoxia intraparto aguda»*. Tales documentos, señala la Sala, *«no han sido aportados a las actuaciones a pesar de que, al parecer, sí fueron tenidos a la vista por el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del hospital en el que se produjo la asistencia»*.

Llamamos, de nuevo, la atención sobre el hecho de que el Supremo admite que, en ausencia de las gráficas de monitorización, pese a su importancia, las circunstancias concretas del alumbramiento se podrían haber hecho constar en otros documentos,

17 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 6 de mayo de 2015, Rec. de Casación 2099/2013, Ponente: CUDERO BLAS, Jesús. Ref. CENDOJ 2135/2015.

18 *«El informe del servicio de neurología pediátrica de 12 de diciembre de 1990, efectuado solo dos años después del parto y en el que se contiene un pormenorizado análisis de la evolución del niño desde su nacimiento, contiene dos afirmaciones que consideramos de particular importancia: la exacta etiología del leve retraso motor y psíquico del paciente “no ha sido filiada” y la secuela que padece (la encefalopatía fija leve-moderada) puede ser “antenatal o perinatal»*.

mencionando *«el partograma o la historia clínica»*, de tal forma que *«hubieran podido descartar, en su caso, la supuesta hipoxia intraparto aguda»*.

Finalmente, el Supremo recoge importantes conclusiones, al señalar que *«la infracción en el caso de la lex artis se asienta en tres proposiciones»*:

- a) La imposibilidad de afirmar, con absoluta certeza, que en la asistencia al parto no existió sufrimiento fetal.
- b) La ausencia, por extravío, de los documentos esenciales en los que se contienen los *«datos y gráficas»* que recogen la forma en que tuvo lugar la asistencia prestada, documentos que la Administración tenía en su poder, que no custodió debidamente y que no han podido ser tenidos en cuenta por la parte actora para defender su pretensión resarcitoria.
- c) La improcedencia de hacer recaer sobre quien defiende la existencia de sufrimiento fetal las consecuencias derivadas de la falta de una documentación que la Administración tenía la obligación de conservar y aportar al proceso judicial y que resultaba *«absolutamente determinante»* para precisar la forma en que la asistencia médica fue prestada.

Idéntico pronunciamiento condenatorio se contiene, ante el extravío de los registros de monitorización de un parto que finaliza con encefalopatía hipóxico-isquémica del recién nacido, en la STS, Sala Cont.-Adm., de 15 de octubre de 2010<sup>19</sup>.

A esta última Sentencia del Tribunal Supremo, alude en su FJ Tercero, la Sentencia del TSJ de Castilla y León, Sala Cont.-Adm., de 8 de mayo de 2012<sup>20</sup>,

19 STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 15 de octubre de 2010, Rec. Casación núm. 441/2009, Ponente: LECUMBERRI MARTI, Enrique. Ref. CENDOJ 5351/2010. Dicha Sentencia confirma la STSJ de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 8ª) de 30 de septiembre de 2008, PO 534/2005, Ponente: GONZÁLEZ ESCRIBANO, Juan Ignacio. Ref. CENDOJ 17835/2008, que *«teniendo en cuenta la totalidad de la prueba obrante en autos»*, concluye: *«[...] este Tribunal y en relación con la pérdida de documentos señala lo establecido en el artº 17 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre en cuanto a la obligación de los Centros Sanitarios de la custodia de la historia clínica, (...) lo que por una parte determina la conclusión de la Inspectoría-Médico cuando dice “no ha sido posible demostrar los hechos denunciados debido al extravío de datos clínicos imprescindibles para objetivar la asistencia sanitaria dispensada [...] por la propia Administración se ha privado al particular de sus medios de prueba, lo que no es admisible en derecho»*.

20 STSJ de Castilla y León, (Sala Cont.-Adm., Sección

a propósito de la pérdida del partograma y el registro cardiotocográfico del parto, que finaliza con parálisis cerebral del recién nacido.

La Sentencia califica el partograma y el registro cardiotocográfico de «*documentos absolutamente esenciales para poder verificar la corrección de la asistencia prestada*», «*de un valor clínico decisivo*», cuya pérdida «*debe suponer una inversión de la carga de la prueba*» a tenor de lo dispuesto en el art. 217 de la LEC, que impone al Tribunal tener siempre presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio cuando procede a valorar la carga de la prueba porque —continúa el Tribunal— la única garantía de defensa de que dispone todo paciente es la historia clínica, su indemnidad y su inalterabilidad, legalmente proclamadas. Si la Administración incumple este deber, resulta absolutamente desproporcionado exigir a los administrados la prueba de los hechos en virtud de los cuales se reclama porque ello implicaría, en mayor o menor medida, una suerte de *probatio diabólica*, además de un acicate evidente para que la Administración no custodie en debida forma esa documentación. Puesto que es la Administración quien elabora la historia clínica y se obliga a su custodia, señala la Sentencia, «*si desaparece en un extremo esencial*», como consecuencia de la inversión probatoria, será entonces la Administración quien deba acreditar el origen del daño que se produjo, para, una vez determinado, dilucidar si el mismo era evitable y antijurídico. No se puede permitir —matiza la Sala—, sin consecuencias jurídicas, la desaparición de unos documentos esenciales de la historia clínica.

Para el Tribunal es insostenible la tesis de la irrelevancia de la documentación desaparecida, porque, si así fuera, ¿cómo podría el administrado-paciente cuestionar una actuación clínica, si de la misma no existe reflejo documental? La facilidad de prueba está del lado de la Administración, ella es quien regula la composición de la historia clínica e impone bajo sanción disciplinaria su elaboración y su custodia, y consecuentemente, si por cualquier causa no la aporta a las actuaciones, deberá correr con las consecuencias negativas de su inexistencia, pero nunca sería justo —establece la Sala— ni procesalmente correcto imponer a un tercero, en este caso al paciente, las consecuencias de un grave incumplimiento de la Administración.

En el caso sometido a enjuiciamiento, considera acreditado el Tribunal que, en virtud de las reglas de distribución de la carga de la prueba, y de la que se dispone, se cumplen los requisitos necesarios para poder afirmar que la hipoxia perinatal existió, y que no cabe afirmar con rotundidad que la misma no tuvo su origen intraparto, dada la falta de documentación clínica.

Por último, es necesario insistir, conforme a la doctrina expuesta, en que no se debe confundir la «*ausencia o falta de monitorización*», bien durante la totalidad parto o durante los últimos momentos del mismo<sup>21</sup>, que origina una falta de registros, constitutiva, según los Tribunales, de una mala praxis médica, con la pérdida o extravío de los registros cardiotocográficos realizados, fruto de una correcta monitorización, pero indebidamente conservados

21 Como sucede en la STS (Sala de lo C-A, Sección 4ª) de 24 de julio de 2012, Rec. Casación núm. 2070/2010, Ponente: MARTÍNEZ-VARES GARCÍA, Santiago. Ref. CENDOJ 5504/2012, revocatoria de la Sentencia desestimatoria del TSJ de Aragón, al apreciar defectuosa práctica obstétrica porque: «*No consta registro de la dinámica uterina manual o tocográfica y el registro cardiotocográfico es incompleto (faltan los últimos 10 minutos del periodo expulsivo). Ante los signos de alarma por las alteraciones de la frecuencia cardíaca fetal no consta la intervención de un obstetra ni la suspensión de perfusión de oxitocina. Ante la aparición de signos de sospecha en el registro cardiotocográfico no se comprobó el bienestar fetal por otros medios diagnósticos (pH cuero cabelludo fetal...).* Ante la aparición de un signo patológico en el registro cardiotocográfico (...) no se finalizó o acortó el parto», razón por la que declara la responsabilidad de la Administración.

Igualmente, la falta de monitorización durante los 53 minutos finales del parto, tiempo suficiente para originar la hipoxia en un feto anteriormente sano, se considera por el TSJ de Murcia constitutiva de la vulneración de la *lex artis ad hoc*, ya que: «*Aunque lo más probable es que la hipoxia se produjera durante el periodo expulsivo al venir el feto rodeado con dos vueltas del cordón umbilical (en bandolera y alrededor del tórax), lo que sin duda pudo provocar la falta de flujo sanguíneo desde la madre al feto al tensarse el cordón durante la expulsión y por la falta de colaboración de esta en dicho momento, tal afirmación no pasa de ser una mera conjetura que sin duda habría quedado despejada de haberse continuado con la monitorización ...hasta instantes antes del alumbramiento*». (STSJ de Murcia, Sala Cont.-Adm., Sección 1ª, de 20 de marzo de 2015, PO 1242/2010, Ponente: CASSINELLO GÓMEZ PARDO, Indalecio. Ref. CENDOJ 683/2015.

A diferencia de los supuestos precedentes, la presencia del dato objetivo irrefutable del PH tranquilizador le lleva al TSJ de Murcia, pese a la falta de monitorización durante los 30 ó 45 minutos finales del parto, a considerar irrelevante la ausencia de monitorización durante dicho periodo de tiempo porque «*no puede fundarse una reclamación de responsabilidad patrimonial, un nexo de causalidad y la acogida de una pretensión indemnizatoria en la ausencia de registro de monitorización durante media hora o 45 minutos máxime cuando se había realizado ya, siguiendo correctamente los protocolos obstétricos, una prueba de pH que resultó tranquilizadora y que, al parecer, ofrece muchas más garantías que un registro cardiotocográfico*». (STSJ de Murcia, Sala Cont.-Adm., Sección 1ª, de 8 de febrero de 2013, PO 109/2005, Ponente: URIS LLORET, María Consuelo. Ref. CENDOJ 234/2013.

3ª) de 8 de mayo de 2012, PO 1324/2006, ZATARAÍN y VAL-DEMORO, Franciso Javier. Ref. CENDOJ 2699/2012.

por el centro sanitario, único supuesto analizado en el presente trabajo.

### 3.2.2 Existencia de otros documentos probatorios<sup>22</sup> que permiten acreditar, pese al extravío de documentos esenciales, la corrección de la actuación médica

Podemos citar aquí varias Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia, que, acogiendo la doctrina del propio Tribunal Supremo<sup>23</sup> expresamente admiten la posibilidad de que, ante el extravío de los registros, la consiguiente duda razonable sobre la adecuada monitorización del parto pueda despejarse *«con los documentos (el partograma o la historia clínica) en los que aparecerían consignadas las concretas circunstancias del alumbramiento y que hubieran podido descartar, en su caso, la supuesta hipoxia intraparto aguda»*.

Así, la STSJ de Madrid, Sala Cont.-Adm., de 22 de enero de 2016<sup>24</sup>, analiza la posible mala praxis en un parto que finaliza con encefalopatía hipóxico-isquémica del recién nacido por sufrimiento fetal, con extravío de los registros cardiográficos, lo que, matiza la Sala, determina la consiguiente inversión de la carga de la prueba. El órgano judicial, pese al extravío de los registros, valorando toda la historia clínica y en particular las *«anotaciones en la Hoja de partograma»*, donde consta anotada la evolución del parto, considera que no puede estimarse la concurrencia de mala praxis.

Señala el Tribunal que en la hoja de partograma se realizan las anotaciones de la evolución del parto, constando que la cesárea se realizó a la mayor urgencia, que resultó fallido el intento de ventosa y que se descartó una segunda maniobra para evitar precisamente tal sufrimiento fetal; todo ello se puede inferir

de dicho documento, a pesar de la no constancia en la historia clínica de la correspondiente monitorización.

En el mismo sentido se pronuncia la STSJ de Murcia, Sala Cont.-Adm., de 8 de febrero de 2013<sup>25</sup>. Se trata de una encefalopatía hipóxico-isquémica del menor tras el parto, si bien la Administración no pudo aportar al proceso los registros en papel de la monitorización porque *«no había, en la fecha de los hechos (1996), registro “en papel” sino que era “en pantalla”»*, siendo completa la monitorización hasta 30-45 minutos antes de finalizar el parto, coincidiendo con el momento en el que la paciente pasó al paritorio.

El TSJ de Murcia, analizando el resto de la historia clínica, y concretamente las anotaciones que constan en el partograma, donde figura anotado que el PH realizado fue normal —prueba de mayor fiabilidad que los registros—, concluye que la actuación médica fue correcta ya que en el partograma constan anotadas las distintas condiciones al ingreso de la paciente en el área de partos, y las diferentes actuaciones que se llevaron a cabo, por lo que, razona la Sala, *«la presencia de algún otro signo no tranquilizador no hubiera evitado el transcurso de un cierto tiempo hasta la extracción del feto»*.

### 3.2.3 Acreditación de la buena praxis mediante otras pruebas (testificales) pese al extravío de documentos esenciales

Un caso ciertamente minoritario en la doctrina de los Tribunales lo constituye la STSJ de Valencia, Sala Cont.-Adm., de 11 de octubre de 2011<sup>26</sup>.

A propósito de una *«asfíxia perinatal»* con pérdida por la Administración de los registros de monitorización, otorga valor suficiente a las declaraciones en vía penal de los facultativos intervinientes.

Considera la Sala que se trata de la no constancia documental o gráfica del registro cardiocardiográfico del parto que hubiera demostrado, sin lugar a dudas, si hubo o no sufrimiento fetal por falta de oxígeno durante el mismo, siendo reprochable esta desaparición documental en el juicio penal previo, durante el cual, todos los facultativos intervinientes, en su

22 STS de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 8ª) de 30 de septiembre de 2008, PO 534/2005, Ponente: GONZÁLEZ ESCRIBANO, Juan Ignacio. Ref. CENDOJ 17385/2008: *«En el supuesto de autos, el Consejo de Estado, en su dictamen unido a autos señala que si bien la pérdida de documentos que impide probar totalmente el relato fáctico no puede perjudicar a los reclamantes, ello no excluye la posible existencia de otros instrumentos probatorios especialmente si mediante los mismos puede llegarse a una razonable descripción de los hechos que pueden declararse probados; concluyendo que debe valorarse la prueba en su conjunto»*.

23 Sentencia aludida de 27 de abril de 2015, Rec. Casación núm. 2114/2013.

24 STSJ de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 10ª) de 22 de enero de 2016, PO 342/2013, Ponente: FERNÁNDEZ ROMO, María del Mar. Ref. CENDOJ 272/2016.

25 STSJ de Murcia (Sala Cont.-Adm., Sección 1ª) de 8 de febrero de 2013, PO 109/2005, Ponente: URIS LLORET, María Consuelo. Ref. CENDOJ 234/2013.

26 STSJ de Valencia (Sala Cont.-Adm., Sección 2ª) de 11 de octubre de 2011, PO 183/2009, Ponente: OCHOA MONZO, Josep. Ref. CENDOJ 6721/2011.

declaración testifical, afirmaron que «no observaron ninguna irregularidad», por lo que, para la Sala, no cabe concluir que, faltando el registro, haya una prueba fehaciente del nexo causal ya que «lo que no está, ni beneficia ni perjudica a nadie por un elemental principio de carga de la prueba».

Obviamente, no podemos compartir esta última afirmación desde el momento en el que los registros —como queda acreditado con la doctrina jurisprudencial expuesta<sup>27</sup>—, son un *documento esencial* cuyo extravío o pérdida por la Administración, obligada a su custodia, invierte la carga de la prueba, obligando a la Administración a acreditar que actuó correctamente.

#### **4. Pérdida o extravío del «Documento de consentimiento informado»**

El extravío o pérdida del documento de consentimiento informado previamente existente se aborda también por la jurisprudencia, si bien no de forma tan prolija como en los supuestos anteriormente expuestos.

En relación con el consentimiento, los Tribunales se detienen más en resolver los problemas derivados de la falta de entrega al paciente del documento de consentimiento informado, de su irregular confección o el déficit de la información facilitada.

Analizaremos únicamente las Sentencias que aluden a su extravío, contraponiéndose los pronunciamientos judiciales que aprecian, por virtud de dicho extravío, una infracción de la *lex artis*<sup>28</sup>, frente

27 Recordemos que la aludida STS (Sala Cont.-Adm., Sección 6ª) de 2 de noviembre de 2007, Rec. Casación núm. 9309/2003, Ponente: HERRERO PINA, Octavio Juan. Ref. CENDOJ 7508/2207, en relación con la falta de aportación por la Administración de los registros de monitorización del parto, revoca la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala Cont.-Adm.) de 24 de septiembre de 2003, Rec. núm. 74/2002, que salvaba dicha carencia con la valoración de las declaraciones testificales de la Matrona y Ginecólogo intervinientes.

28 « (...), tal vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la “lex artis ad hoc”, 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. Causa, pues, un daño moral, cuya indemnización no depende de que el acto médico en sí mismo se acomodara o dejara de acomodarse a la praxis médica, sino de la relación causal existente entre ese acto y el resultado dañoso o perjudicial que aqueja al paciente. O, dicho en otras palabras, que el incumplimiento de aquellos deberes de información sólo deviene irrelevante y no da por tanto derecho a indemnización cuando ese resultado dañoso o perjudi-

a aquellos otros que, por la vía de las presunciones, merced a las declaraciones testificales de los profesionales intervinientes, anotaciones de la historia clínica<sup>29</sup> y/o la propia actuación de la parte reclamante, deducen que al paciente se le entregó dicho documento y fue debidamente informado.

El Tribunal Supremo, en su Sentencia de 9 de octubre de 2012<sup>30</sup>, considera acreditado que no se ha evidenciado el documento escrito del consentimiento informado, aunque pudiera haber existido, y no se ha acreditado la existencia de una información adecuada a la cirugía que comprendiera los graves riesgos que la intervención llevaba consigo. Constatando la inexistencia de mala praxis médica, aprecia el TSJ de Madrid, inicialmente, y el TS, después, un daño moral causado al paciente precisamente por la pérdida de oportunidad del derecho del paciente a decidir lo que crea más oportuno en orden a la actuación médica.

Igualmente, aprecia responsabilidad de la Administración sanitaria, al haberse extraviado el documento de consentimiento informado, el TSJ de Castilla-León, en su Sentencia de 13 de julio de 2012<sup>31</sup>, afirmando que hubo una infracción de la *lex artis* en su vertiente de exigencia del oportuno documento de consentimiento informado<sup>32</sup> habida cuenta las dudas

*cial no tiene su causa en el acto médico o asistencia sanitaria»* (STS, Sala Cont.-Adm., Sección 4ª, de 3 de abril de 2012, Rec. Casación núm. 1464/2011, Ponente: LECUMBERRI MARTI, Enrique. Ref. CENDOJ 2755/2012).

29 En relación con dichas anotaciones clínicas, la STS (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 3 de abril de 2012, Rec. Casación núm. 1464/2011, Ponente: LECUMBERRI MARTI, Enrique. Ref. CENDOJ 2755/2012 señala: «Tal información no puede deducirse exclusivamente de una intervención tres años antes y de un apunte en las hojas de enfermería, sino que debe constatarse y evidenciarse con claridad por parte de los profesionales que asisten al paciente, asegurando que el paciente comprende y asume no solo la realización de la intervención sino también las diversas posibilidades, riesgos, alternativas, etc. Tal interpretación es la que se extrae de los artículos citados por la recurrente 4 y 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica».

30 STS (Sala Cont.-Adm, Sección 4ª) de 9 de octubre de 2012, Rec. Casación núm. 5450/2011, Ponente: LECUMBERRI MARTI, Enrique. Ref. CENDOJ 6519/2012. Confirma el Supremo la STSJ de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 8ª) de 30 de junio de 2011, PO 582/2009, Ponente: VEGAS VALIENTE, Miguel Ángel. Ref. CENDOJ 9952/2011.

31 STSJ de Castilla-León (Sala de lo C-A, Sección 3ª) de 13 de julio de 2012, PO 2742/2008, Ponente: PARDO MUÑOZ, Francisco Javier. Ref. CENDOJ 3813/2012.

32 La regulación del consentimiento informado ha sido reforzada por la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones

que la causa arroja secuentes a una radical discrepancia entre lo que los facultativos aseguran se hizo — firma de consentimiento y actuación inmediata tras la complicación— y lo que se estima acreditado como consecuencia de la distribución formal de la carga de la prueba en la que ha tenido singular trascendencia el hecho inexplicable de la desaparición de gran parte de la historia clínica relativa al episodio cuestionado, añadiendo que *«no cabe estimar acreditado por la simple mención del cirujano en su informe tras la reclamación —no ratificada en vía judicial—, unida a su ausencia en la historia clínica, que el paciente firmara además el consentimiento informado específico de la intervención»*.

Sin embargo, el TSJ de Madrid, en su Sentencia de 9 de diciembre de 2010<sup>33</sup> deduce racionalmente la existencia de consentimiento informado previo para cirugía laparoscópica, pese a su extravío, de las manifestaciones del Jefe del Servicio de Ginecología y de la existencia de consentimiento informado para anestesia y laparoscopia diagnóstica previa, así como de la propia actitud de la recurrente en vía administrativa<sup>34</sup>.

También la Audiencia Nacional, Sala Cont.-Adm., Sección 4ª, en su Sentencia de 20 de septiembre de 2000<sup>35</sup>, a propósito del documento de consentimiento

---

en materia de información y documentación clínica (LAP), que dispone en su art. 8 que: «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 art. 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».

33 STSJ de Madrid (Sala de lo C-A, Sección 8ª) de 9 de diciembre de 2010, PO 451/2009, Ponente: VEGAS VALIENTE, Miguel Ángel. Ref. CENDOJ 18366/2010.

34 *«no cabe afirmar que no existiera un consentimiento informado de la recurrente, como sostiene la demanda por primera vez, ya que en la reclamación previa nada se dijo sobre esta circunstancia, lo que prueba que la causa de la reclamación no fue debida a la falta de consentimiento, y que éste se produjo efectivamente»*[...] *«aunque no conste en el expediente el escrito firmado por ella, cuya voluntad de ser intervenida se muestra de total evidencia al tratarse de una intervención programada tiempo atrás al día de su realización, ya que como corrobora el informe de la Jefa de Admisión y Documentación Clínica para incluir a una paciente en Lista de Espera Quirúrgica se requería además de la solicitud para esta inclusión, la prestación del consentimiento informado»*.

35 SAN (Sala Cont.-Adm., Sección 4ª) de 20 de sep-

informado firmado pero extraviado, acude a la *prueba de presunciones* para considerar acreditada la información facilitada, basándose en las declaraciones testificales<sup>36</sup>.

Finalmente, después de señalar la Audiencia Nacional que la carga de la prueba de la existencia de consentimiento se desplaza a la Administración, por virtud del principio de inversión de la carga de la prueba porque *«la prueba de la ausencia de consentimiento, al ser un hecho negativo, no corresponde al que lo alega sino a quien lo niega con el consiguiente desplazamiento de la carga de la prueba, lo que en este caso se ha hecho tanto en vía Administrativa como judicial por la Administración»*, concluye que, del conjunto de actuaciones tanto administrativas como ya en autos, se deduce que o bien se extravió el impreso firmado o bien se realizó verbalmente, siendo, a estos efectos, secundario el elemento formal en el modo de recabarse, por lo que hay base para llegar a la presunción de que se recabó el consentimiento al margen de cómo se formalizase<sup>37</sup>.

Por su parte, en la Sentencia de 17 de noviembre de 2014, la Audiencia Nacional<sup>38</sup>, después de señalar que *«su ausencia en sí y por sí misma no tiene por qué generar automáticamente responsabilidad como causa del daño»*, destaca, una vez más, la posibilidad de deducir la existencia del consentimiento informado *«por presunciones»*<sup>39</sup>.

---

tiembre de 2000, Rec. 1434/1998, Ponente: REQUERO IBÁÑEZ, José Luis. Ref. CENDOJ 5543/2000.

36 *«[...] del doctor del Área de Neurocirugía, de una enfermera y un enfermero que declaran que la actora fue informada de las complicaciones de la embolización y que firmó el consentimiento, si bien no apareció y que en todo caso, ese tipo de intervenciones no comienzan sin antes recabarlo»*. Y añade: *«Que ya en autos, en la testifical practicada declaran aquellos testigos más el Médico Adjunto del Servicio, y manifiesta que se informó a la familia de los riesgos, se firmó el consentimiento, se extravió y que no se registra en archivo alguno y no se une a la historia clínica del paciente»*.

37 Esta SAN fue confirmada por la STS (Sala Cont.-Adm, Sección 6ª) de 26 de noviembre de 2004, Rec. Casación núm. 280/2001, Ponente: ROBLES FERNÁNDEZ, Margarita. Ref. CENDOJ 7721/2004.

38 SAN (Sala Cont.-Adm, Sección 6ª) de 17 de noviembre de 2014, Rec.389/2013; Ponente: FERNÁNDEZ DOZAGARAT, Begoña. Ref. CENDOJ 4383/2014.

39 *«Hay que decir que, aun cuando la responsabilidad sea objetiva y ajena a la idea de culpa o negligencia, el derecho a ser resarcido surge si la información, por ser errónea, provoca un consentimiento viciado de raíz o desde la prueba de la inexistencia del consentimiento informado, al no constar ni siquiera una base para deducirlo por presunciones, (...) se deduce que de haber mediado la información —y así el consentimiento informado— el paciente habría rechazado el tratamiento prestado o habría interesado otro parecer facultativo tanto*

## 5. Pérdida o extravío de otras pruebas o documentos clínicos.

En este último grupo de Sentencias se analiza la pérdida o extravío de otros documentos clínicos, donde lo relevante, es que puedan o no ser considerados como documentos esenciales.

Así, se consideran documentos no esenciales de la historia clínica las Radiografías extraviadas en la STSJ de Castilla-León de 22 de enero de 2016<sup>40</sup>. El Tribunal señala que, aun aceptando la inversión de la carga de la prueba por mor del extravío citado, lo que ha quedado acreditado, sin duda, ha sido la inexistencia de mala praxis y una total corrección de la asistencia sanitaria prestada. Inversión de carga de la prueba, puntualiza el Tribunal, no significa imposibilidad probatoria, sino simplemente el cambio de la obligación que tiene el Tribunal de atribuir a una u otra parte la carga probatoria, añadiendo que, si bien la Administración demandada inicialmente no tiene que acreditar que ha actuado conforme a la *lex artis* —pues su infracción debe acreditarla la parte actora—, sí ha acreditado haberla cumplido.

En cambio, el extravío de la radiografía de tórax por la Administración, impidiendo que «*se efectúen suposiciones y conjeturas en relación con la neumonía que pudiera haber sufrido el fallecido, como productora del fatal desenlace*», lleva al TSJ de Madrid a estimar que concurre responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria porque no se valoraron adecuadamente las alteraciones presentes en la radiografía de tórax con carácter previo a la realización de la intervención programada. Y como la obligación de aportar la historia clínica es carga de quien la tiene en su poder, su ausencia no puede perjudicar la pretensión de la parte recurrente, quien con ese actuar administrativo se ve imposibilitado para demostrar la veracidad de sus afirmaciones consistentes en que se produjo una desatención médica pese a la neumonía que revelaba la radiografía de referencia, afirmación cuya veracidad no puede constatarse, dado el incumplimiento de la obligación de la Administración de guarda y custodia y, por tanto, de remisión al Tribunal de la historia médica completa del paciente<sup>41</sup>.

---

*para el diagnóstico como para el tratamiento*».

40 STSJ de Castilla-León (Sala Cont.-Adm., Sección 3ª) de 22 de enero de 2016, PO 1325/2013, Ponente: ZATARAÍN y VALDEMORO, Francisco Javier. Ref. C ENDOJ 478/2016.

41 STSJ de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 10ª) de 3 de marzo de 2014, PO 1137/2011, Ponente: ALVAREZ THEUERER, Carmen. Ref. CENDOJ 2436/2014.

También, por no disipar las dudas en relación «*al momento en el que se aplica el fórceps*», la STSJ de Castilla-La Mancha (Sala Cont.-Adm.) de 1 de julio de 2013<sup>42</sup>, valora dichas dudas en contra de la Administración sanitaria, en cuanto obligada a «*documentar los hechos*» y «*despejar totalmente las dudas que pudieran existir*».

Del mismo modo, por existir una «*irregularidad en la asistencia sanitaria*» en cuanto que, al haberse extraviado la historia clínica referida al tratamiento en la Unidad de Coronaria durante los días previos y el del fallecimiento, impidiendo conocer los detalles de las características de éste, «*no ha permitido conocer el alcance que habría tenido la evolución de la salud de la paciente de haberse adoptado la prudente decisión de ordenar su ingreso en el Hospital*», determina que se aprecie la responsabilidad patrimonial de la Administración<sup>43</sup>.

## 6. La pérdida o extravío de la historia clínica carece de relevancia jurídica cuando no tiene relación con la asistencia prestada

Citaremos un ejemplo en relación con la pérdida de los registros de monitorización, si bien es importante señalar que se trata de una doctrina aplicable a la pérdida o extravío de cualquier documentación clínica.

Si dicha pérdida no guarda relación con la asistencia prestada, aunque se trate incluso de documentos, en condiciones normales, esenciales, carece de relevancia jurídica.

Así, dispone la STSJ de Madrid de 6 de julio de 2010<sup>44</sup>, en un caso de sufrimiento fetal, al haberse extraviado los registros cardiotocográficos, que dicho extravío carece de relevancia porque ni la monitorización ni la amniocentesis son susceptibles de detectar el síndrome de Wolf-Hirschhorn, alteración cromosómica inusual que padece el menor, sólo diagnosticable tras el nacimiento mediante técnicas especiales de alta resolución<sup>45</sup>.

---

42 STSJ de Castilla-La Mancha (Sala Cont.-Adm., Sección 1ª) de 1 de julio de 2013, PO 359/2011, Ponente: RODRIGUEZ GONZÁLEZ, Antonio. Ref. CENDOJ 2072/2013.

43 STSJ de Extremadura (Sala de lo C-A, Sección 1ª) de 23 de noviembre de 2010, PO 289/2010, Ponente: OLEA GODOY, Wenceslao Francisco. Ref. CENDOJ 20928/2010.

44 STSJ de Madrid (Sala Cont.-Adm., Sección 9ª) de 6 de julio de 2010, PO 566/2005, Ponente: HUET DE SANDE, Angeles. Ref. CENDOJ 9978/2010.

45 Con relación a esta Sentencia, dispone la STSJ de

Igualmente, la Sentencia del TSJ de Castilla-León de 13 de julio de 2012<sup>46</sup>, considera que carece de total relevancia la ausencia de la documentación relativa a las pruebas previas a la intervención que los distintos informes de alta afirman reconocen como realizadas —estudios hormonales, electrocardiograma, valoración anestésica y preoperatoria— pues no guardan relación alguna con la complicación postquirúrgica consistente en hematoma asfíctico sufrido por el actor una vez fue traslado de la Unidad de Reanimación a la planta de cirugía, no habiéndose identificado por la literatura factores de riesgo que permitan predecir qué pacientes desarrollarán un hematoma asfíctico.

### III. CONCLUSIONES

1. La pérdida o extravío de la historia clínica por la Administración determina la inversión de la carga de la prueba, por aplicación de los principios de facilidad y disponibilidad probatoria, de forma que la Administración queda obligada a acreditar que, pese a la documentación extraviada, la actuación médica no documentada fue correcta.
2. Como regla general, conforme a la doctrina jurisprudencial, la pérdida o extravío de la historia clínica o parte de la misma, ya sea en soporte papel o electrónica, no debe conllevar la declaración automática de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria cuando su ausencia no ha impedido que el Tribunal pueda formar su convicción sobre actuación médica observada, más allá de toda duda, con el resto del historial médico.
3. Dicha doctrina resulta aplicable incluso en los supuestos en los que se extravíen o pierdan documentos esenciales de la Historia Clínica, de valor clínico decisivo para verificar la corrección de la asistencia médica, si la información que debían proporcionar dichos documentos se refleja, de forma minuciosa, en otros documentos de la historia clínica o se acredita por otros medios probatorios.

4. Sin embargo, dicha doctrina no resulta de aplicación cuando se extravían documentos esenciales de la Historia clínica, sin que el resto del historial médico permita al Juzgado o Tribunal, conocer más allá de toda duda, si la actuación médica se adecuó a la *lex artis ad hoc*. En estos supuestos, se declara por los Tribunales, de forma automática la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria porque la ausencia, por extravío, de los documentos esenciales impide afirmar, con absoluta certeza, que la asistencia sanitaria fue correcta; no se puede hacer recaer sobre la parte actora las consecuencias derivadas de la falta de una documentación que la Administración tenía la obligación de conservar y aportar al proceso judicial.
5. El extravío de la historia clínica carece de relevancia jurídica cuando no guarda relación con la asistencia prestada.
6. Si bien es cierto que la Historia Clínica electrónica proporciona una mayor garantía de seguridad, no está exenta de riesgos: inoperatividad momentánea del sistema informático con la posible pérdida de la información registrada o falta de traspaso por los profesionales al programa electrónico de la información consignada, durante cierto tiempo, en soporte papel; necesidad de archivar, de forma independiente, ciertas pruebas por su peculiar formato (registros del parto), o de escanear en su integridad los consentimientos firmados por ser la única forma de acreditar su suscripción; la no conservación de las ecografías originales, más allá de cierto tiempo, por los Servicios clínicos, etc.

### IV. REFLEXIONES FINALES

Del precedente estudio jurisprudencial podemos extraer las siguientes consecuencias prácticas para el quehacer diario de los profesionales sanitarios:

- a) La conveniencia de anotar siempre en la historia clínica, de forma minuciosa, el resultado de los registros y la información facilitada al paciente; relatar con detenimiento en los respectivos informes clínicos emitidos el resultado de las ecografías, radiografías u otras pruebas gráficas realizadas; y, en general, proceder de dicha forma siempre que se trae de documentos esenciales de la actuación médica.

Castilla-León (Sala de lo C-A, Sección 3ª) de 8 de mayo de 2012, PO 1324/2006, Ponente: ZATARAÍN y VALDEMORO. Ref. CENDOJ 2699/2012: «La STSJ de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo. Sec. 9ª, s 6-7-2010, rec.566/2005, no dio importancia a ese extravío pues las lesiones eran atribuibles a un síndrome concreto, y cuya prueba y existencia era totalmente ajeno a la pérdida documental».

46 STSJ de Castilla-León (Sala Cont.-Adm., Sección 3ª) de 13 de julio de 2012, PO 2742/2008, Ponente: PARDO MUÑOZ, Francisco Javier. Ref. CENDOJ 3813/2012.

- b) Insisto en que resulta esencial anotar en la historia clínica el resultado de las pruebas clínicas realizadas; no siendo suficiente la incorporación de las mismas, ante la eventualidad de que llegado el momento finalmente no aparecieran. Téngase en cuenta que entre la realización de la prueba y el requerimiento judicial de su aportación puede mediar un importante lapso de tiempo.
- c) Anotar la entrega del consentimiento informado y el contenido de la información facilitada, así como que el paciente firma y acepta. Todo ello sin perjuicio de que la historia clínica electrónica no puede servir de excusa para no incorporar a la misma todos los consentimientos informados y pruebas realizadas, independientemente de su formato.
- d) Todo ello exige, sin duda, un esfuerzo adicional por parte de los profesionales sanitarios en el traspaso de datos a la historia clínica electrónica, pero, en compensación, contarán con un medio probatorio privilegiado y excelente de las decisiones médicas adoptadas, que les permitirá subsanar eventuales extravíos o pérdidas y, en definitiva, defender su intervención. Téngase en cuenta que, aunque la actuación médica haya sido respetuosa con la *lex artis*, el deficiente tratamiento o conservación de la historia clínica puede implicar una condena ante los tribunales si se carece de la prueba documental que permita acreditarlo.
- e) Finalmente, adoptar las cautelas necesarias para evitar el extravío de de la historia clínica, ya sea porque se traspapele o, de ser electrónica, porque se borre accidentalmente.

