



ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 6 de septiembre de 2006, x. y sus hijos, x, y, z., presentan reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Consejería de Sanidad, en solicitud de indemnización por los daños sufridos a consecuencia de la asistencia sanitaria que se le dispensó a la madre en el Hospital Fundación de Cieza.

Según el relato fáctico de los interesados, x. fue diagnosticada en 2003 de espondiloartrosis lumbar, espondilolistesis a nivel de las vértebras L4-L5, una hernia discal central entre L2-L3, y una lesión radicular a nivel S1 izquierda, de grado leve, en estadio agudo de evolución.

El 24 de febrero de 2004, después de realizar nuevas pruebas médicas y analíticas, es intervenida en el Hospital ciezano, realizándosele *"una laminotecnica (sic) y artrodesis lumbar, L3-S1"*. Días después de la intervención comienza a tener fuertes dolores lumbares que se irradian hacia el pie derecho.

La electromiografía realizada el 23 de marzo desvela *"hallazgos congruentes con la existencia de lesión radicular L4 severa y L5 muy severa, derechas en estadio agudo de evolución. La disminución de la amplitud del potencial sensitivo evocado de n. perineal (sic) superficial derecho se atribuye a lesión ganglio raquídeo"*.

Consideran los reclamantes que la intervención quirúrgica le produjo un daño de las raíces nerviosas L4 y L5 y le lesionó el ganglio raquídeo, lo que provocó afectación radicular del pie derecho y dolores de localización lumbar y en miembros inferiores.

Con el transcurso del tiempo, su estado empeora, presentando en el momento de interponer la reclamación parálisis de la dorsiflexión del pie derecho, y precisando tratamiento en la Unidad del Dolor del Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca", de Murcia, siendo tratada con derivados mórficos de administración subaracnoidea. También, por prescripción del Servicio de Geriátria del Hospital Fundación de Cieza, recibió tratamiento de rehabilitación. A consecuencia de todo ese proceso, la paciente desencadenó una depresión reactiva.

X. ha quedado incapacitada para cualquier actividad autónoma y necesita asistencia de terceras personas para las tareas de la vida diaria, habiendo solicitado ayuda para prestación permanente de servicios personales al Ayuntamiento de Cieza.

Para los interesados, las lesiones que sufre la paciente derivan de la intervención quirúrgica realizada, que resultó un fracaso, y le provocó la lesión radicular de la L4-L5 y del ganglio raquídeo, lo que ha ocasionado la parálisis del miembro inferior derecho, así como dolores en zona lumbar y miembros inferiores, y una depresión reactiva a causa de todo el episodio.

Consideran que el daño sufrido por la paciente fue consecuencia de la negligente actuación del facultativo que la intervino. No obstante argumentan que, aunque se considerase que dichas lesiones eran un riesgo de la propia intervención, ni la paciente ni su familia fueron informados suficientemente de tales riesgos, de manera que hubieran podido decidir libremente someterse a ésta o seguir en la misma situación, habida cuenta de la edad de la paciente. No hubo, pues, consentimiento informado, ya que no se informó, ni a la enferma ni a sus familiares (ni siquiera de forma verbal), de los tratamientos alternativos, las posibilidades de éxito de la intervención o los

riesgos que de ella pudieran derivarse. Además, la autorización que firmó la paciente para someterse a la intervención practicada no cumplía los requisitos mínimos que se exigen en la actualidad para prestar un consentimiento informado.

Por todo lo expuesto, se pretende la declaración del derecho de la paciente a ser indemnizada en 420.000 euros y el de los tres hijos a serlo en un importe global o conjunto de 100.000 euros.

Se propone como prueba la documental que se acompaña con la reclamación, consistente en diferentes informes sobre la asistencia dispensada, que se recabe el historial clínico de la paciente, obrante en la Fundación Hospital de Cieza, Hospital "Morales Meseguer" de Murcia y Unidad del Dolor del Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca".

Asimismo, se pide que la Inspección Médica se pronuncie mediante informe valorativo sobre la asistencia prestada.

Se acompaña la reclamación de un informe emitido por un traumatólogo que bajo el título "informe preliminar" analiza la actuación médica realizada sobre la paciente y concluye que *"parece que en la intervención (con planteamiento diagnóstico distinto en 2 informes emitidos), sangró algo más y quizás se produjo algún accidente sobre raíces nerviosas versus (sic) tras la rectificación y síntesis de la columna lumbar se produjo compresión de las raíces nerviosas L4 y L5 que no estaban lesionadas previamente"*.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la reclamación por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud, se encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicarla a su aseguradora, a la Dirección General de Asistencia Sanitaria, a la Dirección de los Servicios Jurídicos y a los Hospitales en los que se atendió a la paciente, a los que se solicita la remisión de la correspondiente historia clínica e informe de los profesionales que la asistieron.

TERCERO.- Desde el Hospital Fundación de Cieza se remite copia de la historia clínica de la reclamante, así como informe del facultativo que la asistió (folio 270 del expediente), que es del siguiente tenor literal:

"1. La paciente fue remitida a la consulta de Cirugía de Columna con fecha 30 de junio de 2003, por presentar dolor lumbar que le impedía la deambulación y que irradiaba a EID. Con las pruebas en ese momento presentes se diagnostica de Espondilolistesis degenerativa L4-L5 y listesis lateral del mismo segmento (sirva como aclaración de una de las afirmaciones del escrito, que es obvio que un desplazamiento lateral de una vértebra genera una escoliosis, que como es degenerativa, coincide con el "otro" diagnóstico que aparece a lo largo de la historia y refiriéndose a la misma patología). En dicha consulta se le pauta tratamiento médico y se solicita RMN.

En una visita posterior (02/10/03) y a la vista de la estenosis de canal secundaria a dicha patología, se le plantea el tratamiento quirúrgico, que la paciente acepta. Referir que el consentimiento para dicha cirugía no sólo está firmado por la paciente, sino también por su acompañante. Es en el único de todos sus consentimientos (varios en este Hospital) que así sucede.

2- Con fecha 24 de febrero de 2004, la paciente se interviene quirúrgicamente, realizándosele descompresión + artrodesis lumbar. A los 7 (días) de la cirugía, la paciente se encuentra satisfactoriamente y es alta al domicilio, deambulando con normalidad. En la exploración en sala se objetiva: Lasague negativo; paresia para la dorsiflexión del 1º dedo del pie dcho., que la paciente atribuye a la cirugía de OTV (osteotomía tibial valgizante) de años anteriores.

3- La paciente reingresa con fecha 12 de marzo de 2004 por dolor lumbar intenso e incapacidad para la marcha. Se procede a un estudio completa en el que se aprecia:

EMG: radiculopatía L4 severa y L5 muy severa dchas., en estadio agudo. La exploración neurológica (25/03/04 y 27/03/04), sin embargo, no revela otro déficit neurológico que la parálisis para la dorsiflexión del 1º dedo.

TAC: para valoración de la correcta instrumentación, como así queda de manifiesto.

RMN: Sin hallazgos.

Exploración: maniobra de Lasseque negativa en sucesivas ocasiones.

Con fecha 19 de abril de 2004, y después de hablar con la familia, se instaura tratamiento con placebo, observándose mejoría de la paciente. Finalmente es alta deambulando con fecha 26 de abril de 2004".

En el mismo informe y tras relatar que la paciente no acude a las revisiones pautadas tras el alta, hasta el 24 de mayo de 2005, en que ingresa y se le hospitaliza para rehabilitación con altas a domicilio los fines de semana, se contienen las siguientes manifestaciones en relación con la reclamación:

"- La paciente presenta Sd depresivo a tratamiento desde por lo menos 1 año antes de acudir a la consulta de Cirugía de Columna (1ª anotación en 2002, y en todos los informes de antecedentes. Explícitamente resaltado y subrayado en pre-anestesia para la cirugía lumbar).

- Las radiculopatías agudas en el post-operatorio pueden ser reflejo de la manipulación y/o sangrado normal. No se acompañaron de otro déficit motor que la dorsiflexión del 1º dedo. La correcta función de la raíz L5 dcha la confirma la maniobra de Trendelenburg (dependiente de la misma raíz que la dorsiflexión del 1º dedo era normal siempre: 24/05/05: realiza monopdestación dcha).

Por ello concluimos:

1. Puede existir dolor lumbar (ya era impeditivo preoperatorio) en el post-operatorio, como consecuencia de un resultado no completo de la cirugía.

2. No se aprecian secuelas neurológicas derivadas de la cirugía. En cualquier caso, los resultados de la EMG se pueden considerar como secuelas no funcionales.

3. La patología psiquiátrica en la paciente es previa a la cirugía. Se puede atestiguar la existencia de la enfermedad depresiva en tratamiento.

4. Obviamente, los diagnósticos son científicamente coincidentes. La cirugía se considera correctamente indicada, explicada y aceptada por la paciente y la familia; y llevada a cabo de forma técnicamente correcta, como atestiguan las pruebas de imagen realizadas.

5. El trato con la familia ha sido siempre preferencial, no debiéndose deducir ningún daño moral, más que el normal de un familiar en la situación de x".

CUARTO.- Constan, asimismo, en el expediente, las historias clínicas de la paciente remitidas por los hospitales "Virgen de la Arrixaca" y "Morales Meseguer", así como sendos informes de los facultativos que le prestaron asistencia.

QUINTO.- Solicitado informe al Servicio de Inspección de Prestaciones Sanitarias (Inspección Médica), se emite con las siguientes conclusiones:

"1. En el proceso estudiado, tanto el diagnóstico de la patología, la indicación de tratamiento quirúrgico, como la elección de la técnica quirúrgica utilizada, fueron acorde con lo recomendado en los protocolos especializados.

2. El daño reclamado por la paciente era previo a la intervención quirúrgica del 24 de febrero de 2004, si bien es aceptable que su situación se agravara en el postoperatorio, formando parte del 60% de pacientes con resultados insatisfactorios, como recogen las estadísticas, siendo dicha insatisfacción proporcional a la edad y a las patologías concomitantes.

3. Las complicaciones referidas son las descritas como habituales y esperables en la bibliografía consultada, y están contempladas en el Documento de Consentimiento informado suscrito por la paciente antes de la intervención.

4. Los síntomas coinciden con las manifestaciones de una probable fibrosis postquirúrgica secundaria al sangrado en el canal medular, que se produjo durante la cirugía, agravados por la idiosincrasia de la paciente, sin que puedan ni deban ser atribuidos a un defecto de técnica quirúrgica, impericia o mala praxis del cirujano.

5. La paciente no acudió a las consultas de revisión pautadas y no solicitó control médico durante el año posterior a la cirugía, sometiéndose durante este tiempo voluntariamente a tratamiento en un centro privado, sin agotar los recursos disponibles en el SMS.

6. El 25 de mayo de 2005 la paciente acudió a la Consulta de Traumatología y cirugía Ortopédica de la Fundación Hospital de Cieza en silla de ruedas, donde de forma preferencial y a petición de la familia fue derivada al Servicio de Geriátrica, que pautó tratamiento de fisioterapia e régimen de ingreso de lunes a viernes, con altas a domicilio el fin de semana, tratamiento éste que también fue interrumpido voluntariamente por la paciente en julio de 2005.

7. El Cuadro Depresivo que presenta la paciente data del año 2002. En todos los informes médicos previos a esta intervención, con especial relevancia en los informe pre-anestésicos se hace constar la existencia del tratamiento antidepresivo de la enferma".

SEXTO.- Al haberse dispensado la asistencia en el Hospital Fundación de Cieza, por un facultativo de la plantilla de dicho centro sanitario que no mantenía relación de empleo con el SMS, se dio traslado de la reclamación a la compañía aseguradora del centro, al considerarla parte interesada en el procedimiento. La referida mercantil aporta dictamen médico pericial que afirma la corrección del tratamiento pautado, tanto en su indicación para la patología que presentaba la paciente como en la técnica aplicada. Las complicaciones surgidas, se afirma, son perfectamente conocidas en este tipo de enfermos y no tienen relación con una mala técnica quirúrgica. Concluye el informe que la intervención a la paciente se realizó de forma correcta y que la actuación de los profesionales intervinientes fue conforme a "lex artis".

SÉPTIMO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, presentan alegaciones los reclamantes para reiterar las inicialmente formuladas e insistir en que ni la paciente ni sus familiares fueron informados de los riesgos de la intervención, singularmente del elevado porcentaje de fracasos, posibilidad de lesión radicular nueva o agravamiento de la existente y de fibrosis post-quirúrgica.

OCTAVO.- El 13 de mayo de 2010, el órgano instructor formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al considerar que no se dan en ella los elementos generadores de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y el daño alegado, ni la antijuridicidad de éste.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 20 de mayo de 2010.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

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

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. Por lo que se refiere a la legitimación activa, corresponde a los reclamantes, por ser quienes sufren en su persona los daños por los que reclama indemnización, tanto la paciente como sus hijos, dado que éstos reclaman

en nombre propio por los daños morales que dicen haber padecido.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional, por dirigirse contra ella la pretensión indemnizatoria y vincularse el daño a uno de los servicios públicos de su competencia, sin apreciarse obstáculo para ello en el hecho de que la asistencia a la que aquél se imputa haya sido prestada en un Hospital y por un facultativo ajenos a la organización del Servicio Murciano de Salud, toda vez que, como viene sosteniendo este Consejo Jurídico (por todos, el Dictamen 116/2006), aunque la actuación sanitaria a la que se imputa el daño fue prestada en el Hospital de Cieza, cuya forma jurídica es fundacional, ello no es óbice para trasladar la responsabilidad a la entidad titular del servicio sanitario que en dicho centro se presta, el SMS, siendo la Fundación Hospital de Cieza una vía descentralizada de prestación del servicio asistencial público, asignado por la Ley 4/1994, de 26 de julio, de Salud de la Región de Murcia al referido Ente Público (artículos 23 y 24).

II. En cuanto a la temporaneidad de la acción de reclamación, a ejercer en el plazo de un año previsto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), han de efectuarse las siguientes consideraciones.

La única reclamación cuya fecha de presentación consta en el expediente es la de 6 de septiembre de 2006. En tal fecha, ya había transcurrido más de un año desde que las lesiones o secuelas imputadas a la actuación sanitaria se habían estabilizado, pues ya en marzo de 2004 se habían diagnosticado tanto la lesión radicular en segmento L4-L5 y la lesión del ganglio raquídeo como la parálisis de dorsiflexión de pie derecho. Del mismo modo, el síndrome depresivo era preexistente a la intervención, como también lo era el dolor, si bien, éste parece intensificarse tras la cirugía, lo que obliga a la paciente a acudir a la Unidad del Dolor del Hospital "Virgen de la Arrixaca" el 21 de septiembre de 2004, donde se le implanta una bomba intratecal el 8 de febrero de 2005. A partir de esta fecha ya no se aprecia evolución alguna del cuadro lesional, lo que permite considerarlo estabilizado, pues el ingreso de la paciente en Geriátrica en mayo de 2005 se debe a las mismas lesiones ya descritas y a la existencia de barreras arquitectónicas en su domicilio e imposibilidad del sistema público de salud para asumir el tratamiento rehabilitador a domicilio. En consecuencia, la reclamación presentada el 6 de septiembre de 2006 sería extemporánea, pues el *dies a quo* del cómputo del plazo prescriptivo lo sitúa la Ley (art. 142.5 LPAC) en el momento de determinación del alcance de las secuelas.

Ahora bien, no puede dejar de advertirse que un año antes, el 7 de septiembre de 2005, la interesada ya formula reclamación ante el propio Hospital (folio 22 del expediente), como acredita el sello de la Fundación hospitalaria estampado en el aludido documento. Lo que no consta en el expediente es el momento en que dicha reclamación es presentada ante el centro sanitario, pues carece de fecha de registro, y tampoco fue remitida al SMS por el centro para su tramitación.

Ello no obstante, considera el Consejo Jurídico que ha de atribuirse al indicado escrito efecto interruptivo de la prescripción del derecho a reclamar en base a las siguientes consideraciones:

a) El Hospital ante el que se presenta la reclamación, si bien no es Administración Pública, sí que actúa en la gestión y prestación del servicio como agente instrumental de aquélla, verdadera titular del servicio sanitario. Por ello, aunque SMS y Fundación Hospital de Cieza gocen de personalidades jurídicas diferentes e independientes entre sí, a los ojos del paciente destinatario del servicio se confunden, de modo que, al reclamar ante el Hospital que prestó la asistencia es dable entender que los interesados consideren que están reclamando ante el ente verdaderamente responsable.

b) En el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, como ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, el plazo para instarla tiene como principio inspirador la utilización del criterio *pro actione*, al amparo de lo dispuesto en el artículo 24.1 de la Constitución Española, que supera una interpretación formalista, como ha destacado la STS, Sala 3ª, de 25 de febrero de 1998. Receptora de este principio es la interpretación flexible, antiformalista y favorable al perjudicado que viene realizando el Consejo de Estado en el cómputo del plazo para el ejercicio de la acción (por todos, Dictamen 795/2008). En el mismo sentido este Consejo Jurídico (Dictamen 21/2008), cuando señala que de la aplicación de los indicados criterios resulta obligado ser flexible en cuanto al rigor en la estimación de los defectos procesales o formales y evitar que se produzcan situaciones de desamparo.

c) En cuanto al momento en que el escrito fue presentado por la paciente y que, al parecer, no fue objeto de contestación expresa por el Hospital, ha de advertirse que, apenas una semana después de la fecha consignada

en el indicado escrito, el 14 de septiembre de 2005, se emite por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital el informe (folio 24 del expediente) solicitado en el primer suplico de la reclamación y que, al parecer, se había venido reiteradamente pidiendo por la interesada desde seis meses antes, por lo que existe un indicio de que el escrito de reclamación se presentó antes de esta fecha y, en consecuencia, dentro del plazo de prescripción.

III. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial administrativa en materia sanitaria. Consideraciones generales.

La responsabilidad patrimonial dimanante de la actuación administrativa en el campo sanitario está sometida a la configuración de la responsabilidad de la Administración que se desprende del artículo 106.2 CE: *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce *"el derecho a la protección de la salud"*, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad (LGS).

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.
- Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una adecuada relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir alterando el nexo causal.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado, sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del médico ha de regirse por la denominada *"lex artis ad hoc"*, o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla (Dictámenes números 49/01 y 97/03 de este Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de un daño, sino que es preciso acudir al criterio de la *"lex artis"* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (SAN, Sección 4ª, de 18 de septiembre de 2002, y STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002). La *"lex artis"*, así, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata, como tiene declarado el Tribunal Supremo en numerosas resoluciones. Por todas, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: *"ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación*

de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente".

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que *"los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...)* (ello) *supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida".*

En este sentido, sólo en el caso de que se produzca una infracción de la *"lex artis"* responde la Administración de los daños causados, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad, que podría declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que no pudieran evitar la muerte de un paciente, o las lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica realizada conforme a la *"lex artis"*, entre otros supuestos posibles.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso- Administrativo de 1 de marzo de 1999). En cuanto a la Administración, la valoración de la asistencia prestada será ofrecida, además de por los médicos intervinientes, cuyo informe resulta preceptivo de conformidad con el artículo 10.1 RRP, por el de la Inspección Médica, que, en su calidad de órgano administrativo, se encuentra obligado a efectuar un análisis especialmente objetivo e imparcial de las actuaciones realizadas por los facultativos de la Sanidad Pública, lo que le otorga un singular valor a efectos de prueba.

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

Para los reclamantes, los daños físicos y psíquicos padecidos por la paciente y, como consecuencia de ellos, el moral de sus hijos, tienen como causa la negligencia del cirujano que llevó a cabo la intervención quirúrgica a que fue sometida x. el 24 de febrero de 2004, determinante del fracaso de la operación y de las lesiones que de ella derivaron y que se identifican como neurológicas (lesión radicular a nivel L4-L5 y lesión de ganglio raquídeo, que provoca dolor incapacitante y parálisis de miembro inferior derecho) y psicológicas (síndrome depresivo reactivo a dicha situación). Del mismo modo, se afirma que no se obtuvo el consentimiento informado para la intervención.

Por razones sistemáticas se deja el análisis de esta última alegación para una Consideración posterior, centrando ahora nuestra atención en la imputación de negligencia del cirujano.

Y al respecto ha de ponerse de manifiesto que de conformidad con los informes médicos obrantes en el expediente, no puede considerarse acreditado que las secuelas por las que se reclama tengan todas ellas su origen en la intervención ni, menos aún, que se deban a una actuación contraria a la *lex artis* del facultativo que atendió a la paciente.

En efecto, aunque es evidente que la operación de laminectomía y artrodesis realizada el 24 de febrero de 2004

no consiguió el resultado curativo pretendido, quedando la paciente con diversas lesiones neurológicas, no se ha demostrado que éstas se deban a mala praxis. Y es que el informe médico aportado por la reclamante al procedimiento se limita a efectuar una descripción de la actuación médica y la situación lesional resultante, sin juicio crítico alguno acerca del desempeño de los médicos que llevaron a cabo las intervenciones, por lo que resulta irrelevante en orden a establecer una posible antijuridicidad del resultado dañoso, extremo éste que queda absolutamente huérfano de prueba.

En cualquier caso, ya se ha dicho que, aun situando el origen de las lesiones en la indicada intervención, no puede entenderse que ésta fuera una actuación contraria a normopraxis por no estar indicada o porque se desarrollara al margen de los dictados de la ciencia médica, pues nada se ha probado al respecto; antes al contrario, son coincidentes la Inspección Médica y el perito de la aseguradora de la Fundación Hospital de Cieza en afirmar la buena praxis del facultativo interviniente y cómo las complicaciones que se desarrollaron en el postoperatorio no pueden ser atribuidas a mala praxis.

En este sentido, coinciden los citados en que los estudios diagnósticos realizados a la paciente con anterioridad a la intervención demostraban lesiones severas y afectación importante de raíces como consecuencia de una enfermedad degenerativa lumbar con espondilolistesis, polidiscopatía degenerativa, hernias discales, artrosis y escoliosis. El tratamiento quirúrgico de descompresión, reducción y artrodesis instrumentada es adecuado a este tipo de patología. Las complicaciones que aparecen en el postoperatorio son expresivas de compresión radicular compatible con fibrosis postquirúrgica, es decir, una cicatrización excesiva en la que se forma más tejido fibroso del necesario que, si comprime un nervio, causa grandes dolores y, si comprime una fibra nerviosa motora, puede llegar a provocar pérdida de fuerza.

Esta fibrosis fue facilitada por el sangrado en el canal medular que se produjo durante la intervención y por la idiosincrasia de la propia paciente, sin que pueda ser atribuida a un defecto de técnica quirúrgica, impericia o mala praxis del cirujano.

Por otra parte, el cuadro depresivo que presenta la paciente es previo a la intervención, como consta en diversos informes médicos obrantes en la historia clínica, siendo especialmente relevantes los pre-anestésicos, en los que se hace constar el tratamiento antidepressivo que sigue la enferma.

En consecuencia, no puede considerarse acreditado que existiera una actuación médica contraria a normopraxis, pues la cirugía estaba indicada ante la patología que presentaba la paciente, y no se ha evidenciado que en su desarrollo el cirujano incurriera en impericia ni desarrollara una mala técnica quirúrgica. Las secuelas que presenta la paciente, incluido su agravamiento posterior a la intervención, se deben a complicaciones postquirúrgicas conocidas y descritas en la literatura médica y en el documento de consentimiento informado contenido en el expediente.

De hecho, en el trámite de audiencia, los reclamantes no insisten en la existencia de una negligencia médica o una infracción en sentido material de la "lex artis" y centran sus alegaciones en la inexistencia de un consentimiento informado previo a la intervención.

QUINTA.- Sobre la mala praxis médica en sentido formal, o relativa a deficiencias en el consentimiento informado. Consideraciones generales.

Sobre esta cuestión resulta necesario recordar lo expresado por este Consejo Jurídico en Dictámenes anteriores en los que ya ha sido analizada, y acudir a la jurisprudencia más recientemente recaída.

I. Así, partiendo del hecho de que, según reiterada jurisprudencia, el incumplimiento por los servicios médicos de su obligación legal de recabar del paciente el consentimiento informado, y por escrito, para realizar determinadas actuaciones sanitarias constituye un supuesto de mala praxis médica, en el Dictamen 191/06 dijimos que *"la ausencia del documento o la insuficiencia de su contenido no determinan automáticamente la antijuridicidad del daño, si es factible acreditar por otros medios que se dio la necesaria información al paciente. En tales casos, el medio probatorio por excelencia será la historia clínica. Entendida ésta en los términos del artículo 3 de la Ley 41/2002, constituye el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial, acreditando, por tanto, su contenido el desarrollo de la relación dialogística entre médico y enfermo, de forma que si de ella se deduce un contacto constante, fluido, desprendiéndose que se ha transmitido la información, podrá concluirse que*

se han cumplido los deberes que incumben al responsable médico del proceso.

Si ni tan siquiera en la historia clínica se contienen datos suficientes de los que se desprenda de forma inequívoca que se ha informado al paciente a lo largo de todo el proceso, cabrá incluso admitir otros medios de prueba, tales como la testifical o, incluso, las presunciones."

La validez probatoria de las circunstancias concurrentes en el caso como elementos indiciarios de la existencia del preceptivo y válido consentimiento informado, aun sin constar el documento *"ad hoc"*, es ratificada por la reciente STS, Sala 3ª, de 25 de junio de 2010. Ahora bien, aunque la jurisprudencia no excluya la validez de cualquier información que no se presente por escrito, en tal caso es a la Administración a la que incumbe la carga de la prueba de la información transmitida (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 3ª, de 4 de abril de 2000).

II. Por lo que se refiere al contenido de la información que debe suministrarse al paciente (bien en el documento *"ad hoc"*, bien acreditado de otro modo, según se ha dicho), señalamos en el Dictamen 191/06 que no todos los riesgos o complicaciones posibles en una intervención deben ser objeto de esta información al paciente, *"pues la construcción jurisprudencial y doctrinal acerca de la información que debe conducir a la prestación del consentimiento previo a la acción asistencial, se ha hecho, en gran medida, por referencia a supuestos en los que el daño es el resultado de la materialización de un riesgo de los considerados inherentes a la intervención o previsibles, es decir, aquellos en que la información no alcanza a comunicar al paciente la existencia de un riesgo de los denominados típicos"*.

La STS, Sala 1ª, de 21 de diciembre de 1998 señala que *"como reconoce unánimemente la doctrina más caracterizada en la materia, la obligación de información al paciente, sobre todo cuando se trata de la medicina curativa, tiene ciertos límites y así se considera que quedan fuera de esta obligación los llamados riesgos atípicos por imprevisibles o infrecuentes, frente a los riesgos típicos que son aquellos que pueden producirse con más frecuencia y que pueden darse en mayor medida, conforme a la experiencia y al estado actual de la ciencia"*.

Más recientemente, la STS, Sala 3ª, de 29 de junio de 2010, precisa, sin embargo, que *"una cosa es la incerteza o improbabilidad de un determinado riesgo y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque sí existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento"*, concluyendo, en el caso allí analizado, que no se informó al paciente de *"una posible consecuencia lesiva grave aunque fuere de acaecimiento infrecuente pero no improbable"*, que llegó a producirse a pesar de que la actuación sanitaria se ajustase materialmente a la *"lex artis ad hoc"*. La STS, Sala 3ª, de 25 de marzo de 2010 se refiere a un caso de no información de un riesgo que, según se deduce del Informe de la Inspección Médica, ha de considerarse típico de la intervención realizada, aunque *"fuere considerado muy bajo"*, por lo que debió haberle sido informado al paciente.

En el supuesto sometido a consulta, los interesados afirman que no se les informó de los riesgos que la Inspección Médica y la aseguradora califican como típicos de la cirugía a que fue sometida la enferma, negando que dichos riesgos se encuentren entre los que el documento de consentimiento informado (folios 171 y 172 del expediente), firmado por la paciente y por su hija cinco meses antes de la intervención, enumera.

Sin embargo, el riesgo que se materializó y que dio lugar a las secuelas por las que se ahora se reclama sí cabe considerar que estaba recogido entre los enumerados en el indicado documento, como de forma expresa señala la Inspección Médica. Ya se indicó en la Consideración Cuarta de este Dictamen que las únicas lesiones neurológicas cuyo origen puede situarse en la intervención quirúrgica son las correspondientes a la compresión de fibras nerviosas derivadas de una fibrosis postquirúrgica, esto es, un exceso de tejido cicatricial, que cabría entender incluido en el riesgo denominado como *"cicatrización patológica"* en el documento de consentimiento informado.

En cualquier caso, aunque pudiera considerarse que el riesgo expresado en el documento fuera excesivamente genérico, lo cierto es que la historia clínica también contiene una referencia a la existencia de información a la enferma acerca de la intervención, pues consta una anotación correspondiente al 12 de febrero de 2004, dos semanas antes de la intervención, en la que se puede leer *"ante cir. raquis, informo exhaustivam."* (folio 178 del expediente).

Así, no sólo consta en el documento dirigido a acreditar el consentimiento el riesgo que se materializó tras la intervención, sino que incluso la historia clínica muestra la existencia de una información exhaustiva acerca de la intervención. También el momento de cada una de estas actuaciones -la firma del documento de consentimiento cinco meses antes de la intervención, cuando la paciente es incluida en lista de espera quirúrgica, y luego, días antes de la operación-, muestra que existió un diálogo médico-paciente que permite presumir que se ofreció la suficiente información a la enferma para que pudiera decidir someterse a la intervención o no, conociendo previamente las eventuales consecuencias negativas de su decisión.

A esta conclusión contribuye, también, la propia manifestación efectuada por la paciente y su hija, cuando al firmar ambas el documento de consentimiento manifiestan expresamente que han sido informadas de forma satisfactoria.

En suma, si se tiene en cuenta que no existe antijuridicidad, por ajustarse las actuaciones médicas a la "lex artis", y que, dados los antecedentes concurrentes, existe consentimiento informado de manera suficiente, es posible concluir que la paciente conocía los riesgos a que se sometía, *"que fueron además aceptados por escrito, correspondiendo además al firmante la carga de probar que no es cierto que la información se haya dado o que ésta es insuficiente. Como hemos visto, es el paciente, o en su caso el familiar o allegado que lo asiste, quien puede y debe solicitar, si lo considera necesario, que se le dé una información más elocuente, y que, siempre con la inexcusable concisión y claridad que sea compatible con la necesaria precisión técnica, se haga constar esa información detallada y por escrito"* (STSJ de Murcia nº 992/2008, de 21 de noviembre).

III. Sin perjuicio de que las anteriores consideraciones excluyen que se haya vulnerado el derecho de la paciente a decidir sobre su propia salud al no se informada suficientemente acerca de los riesgos a los que se exponía al aceptar la intervención, se estima conveniente efectuar una consideración acerca de la cuantía indemnizatoria pretendida.

Respecto de las consecuencias indemnizatorias derivadas de la infracción de obligaciones legales en materia de prestación del consentimiento informado, la sentencia de 29 de junio de 2010 señala que *"esta Sala viene admitiendo (por todas Sentencia 22 de octubre de 2009, con cita de otras anteriores, reiterada en la de 25 de marzo de 2009) que en determinadas circunstancias la antedicha infracción produce a quien la padece un daño moral reparable económicamente ante la privación de su capacidad para decidir. También reitera esta Sala que esa reparación, dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral, es de difícil valoración por el Tribunal, que debe ponderar la cuantía a fijar de un modo estimativo, y atendiendo a las circunstancias concurrentes, entre otras, los días de hospitalización..."*.

La precisa referencia en estos casos a la producción de un daño moral, y no de otra clase, consistente en la privación de la capacidad de decidir del paciente, excluye de la indemnización el daño físico o psíquico derivado de la materialización del riesgo no informado, daño del que habría que considerar que sólo tiene una indirecta o mediata relación de causalidad con el anormal funcionamiento del servicio sanitario, sin que tal relación de causalidad deba calificarse de adecuada, en términos jurídicos, para justificar el resarcimiento de tales daños. Ahora bien, como se desprende de la citada sentencia y de otras, ello debe entenderse sin perjuicio de que en la determinación de la indemnización por el daño moral deban tenerse en cuenta datos relativos a los padecimientos del interesado, como los días de hospitalización, que se contemplan en la antedicha sentencia. Por otra parte, de las sentencias reseñadas se desprende que también se pondera la entidad del riesgo materializado (en la sentencia transcrita se hace referencia a una posible consecuencia lesiva *"grave"* para la salud del paciente). Las SSTSJ, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de Castilla y León - Valladolid-, de 18 de junio, y de Madrid, de 23 de marzo, ambas de 2010, consideran el daño moral como el único concepto indemnizable, y excluyen expresamente de la indemnización la concreta valoración de las secuelas producidas tras la intervención, si bien en la evaluación del daño moral la primera de ellas tiene en cuenta que las secuelas fueron temporales.

Por último, y en esta línea, nuestro Dictamen 2/08 ya avanzó que *"una hipotética indemnización con base en la ausencia de información completa, tendría que consistir en la fijación de una cantidad a tanto alzado que debería fijarse ponderadamente y de forma adecuada al caso, atendiendo al alcance de las secuelas, pero, en ningún caso, aplicando automáticamente el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, que parte de la Ley 30/1995, de 8 de noviembre, de ordenación y supervisión de seguros privados, y recogido hoy en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor"*.

En aplicación de esta doctrina al supuesto sometido a consulta, la cuantía solicitada en concepto de indemnización, en la medida en que se refiere a la valoración de todos los daños físicos, psíquicos y morales padecidos por los reclamantes sería claramente excesiva, pues el único perjuicio resarcible sería la privación del derecho de la paciente, y sólo de ella, a decidir sobre su propia salud.

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula la siguiente

CONCLUSIÓN

ÚNICA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, que no aprecia la concurrencia de los elementos o requisitos necesarios para el nacimiento de la responsabilidad patrimonial, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado, ni la antijuridicidad de éste.

No obstante, V.E. resolverá.

