



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **55/2019**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 11 de febrero de 2019, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 6 de noviembre de 2018, sobre responsabilidad patrimonial instada por D.^a X, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **288/18**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 17 de abril de 2013, D. Y, abogado, en nombre y representación de D.^a X, presenta escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios causados porque, según relata la recurrente, sufre parálisis y dolor crónico del miembro inferior derecho y otros graves daños secundarios a administración de anestesia raquídea (folios 1 a 24 expte.).

Acompaña a la reclamación diversa documentación médica.

La reclamante no cuantifica la indemnización que pudiera corresponderle, sino que difiere a un momento posterior su concreción.

SEGUNDO.- Por Resolución del Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (SMS) de 14 de mayo de 2013 se admitió a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, que fue notificada al reclamante el 3 de junio siguiente (folios 25 a 26 bis expte.).

Al mismo tiempo la reclamación se notificó a la Gerencia de Área de Salud I -Hospital Universitario Virgen de la Arrixaca (HUVA)-, a la Correduría Aón Gil y Carvajal, S.A. a efectos de su traslado a la Compañía Aseguradora del SMS y a la Dirección General de Asistencia Sanitaria (folios 27 a 29 expte.).

TERCERO.- Fueron recabados y remitidos la historia clínica de la paciente y el informe de los profesionales implicados.

De estos profesionales han emitido informe el Dr. Z, Médico Adjunto del Servicio de Neurología del HUVA (folios 208 a 210 expte.), la Dra. W, Médico Adjunto del Servicio de Anestesiología-Reanimación del HUVA (folios 215 a 217 expte.) y la Dra. Q, del Servicio de Cirugía Plástica y Quemados del HUVA (folio 218 expte.), con el resultado que luego se dirá.

CUARTO.- Con fecha 2 de septiembre de 2013 se solicitó de la Inspección Médica informe valorativo de la reclamación presentada, acompañando a dicha solicitud copia del expediente (folio 220 expte.); habiendo emitido éste con fecha 19/12/2017 (folios 231 a 256 expte.).

QUINTO.- La Compañía Aseguradora W.R. BERKLEY aporta dictamen pericial de la Dra. P, especialista en Anestesia, Reanimación y Terapéutica del Dolor y en Valoración del Daño Corporal, de 30 de septiembre de 2013 (folios 223 a 227 expte.).

SEXTO.- Con fecha 1 de junio de 2018 se otorgó trámite de audiencia a los interesados (folios 257 y 258 expte.).

La interesada, con fecha 18 de junio de 2018, presenta alegaciones (folio 263 expte.) en las que concluye que o bien la paciente no recibió información completa de los riesgos a los que se sometía, o si se considera que el daño no tiene la condición de típico habrá de presumirse mala praxis por daño desproporcionado.

SÉPTIMO.- La propuesta de resolución, de 19 de octubre de 2018 (folios 264 a 269 expte.), desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

OCTAVO.- Con fecha 6 de noviembre de 2018 se ha recabado el Dictamen preceptivo del Consejo Jurídico, acompañando el expediente administrativo.

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

SEGUNDA.- Régimen jurídico, legitimación, plazo y procedimiento.

I. La Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP, Disposición derogatoria única, párrafo 2, letra a), la cual, junto a la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (LRJSP), configuran una nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración. No obstante, a tenor de lo que establece la Disposición transitoria tercera, letra a) LPACAP, a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior. Por tanto, la nueva regulación será aplicable a los procedimientos de responsabilidad patrimonial iniciados a partir del día 2 de octubre de 2016 (Disposición final séptima LPACAP), no siendo el caso del sometido a Dictamen.

II. La reclamante ostenta legitimación activa para reclamar, de conformidad con lo previsto en el artículo 139.1 LPAC.

Ahora bien, el escrito de solicitud viene encabezado por un abogado que dice actuar en representación de sus clientes, quienes firman el escrito en prueba de tal representación.

Como ya ha manifestado en reiteradas ocasiones este Consejo Jurídico (por todos Dictamen 152/17) "De conformidad con el artículo 32.3 LPAC se debe recordar que «Para formular solicitudes (...) en nombre de otra persona, deberá acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna, o mediante declaración en comparecencia personal del interesado. Para los actos y gestiones de mero trámite se presumirá aquella representación».

Así pues, resulta posible realizar una primera consideración acerca de lo expuesto y es que la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración es una solicitud de inicio de un procedimiento de acuerdo con la definición que se contiene en el artículo 70 LPAC, razón por la cual si una persona actúa en nombre y representación de otra debe aportar poder suficiente para ello, sin que pueda considerarse como tal, a pesar de que la Administración sanitaria parece haberlo admitido, un documento de apoderamiento que no sea notarial o que no se haya otorgado mediante una declaración en comparecencia personal del representado (apoderamiento apud acta)".

En el presente caso, en el mismo escrito de solicitud se designa al abogado D. Y como representante de la reclamante mediante la firma de ésta en dicho escrito, por lo que esa acreditación no se ha realizado en este caso en la forma legalmente establecida, aunque ha sido admitida por la Administración sanitaria.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Administración regional en tanto que es titular del servicio público de atención sanitaria a la población, a cuyo defectuoso funcionamiento se pretende imputar el daño.

III. La acción resarcitoria ha de considerarse temporánea, toda vez que se ejercitó el 17 de abril de 2013, antes del trámite del año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 LPAC. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. Dado que la operación que la reclamante considera causante de las lesiones padecidas se le practicó con fecha 4 de mayo de 2012, la reclamación estaría presentada dentro de plazo, pues cuando se presenta ésta la interesada no conoce la evolución de los daños.

IV. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos, salvo el plazo máximo para resolver que ha excedido en mucho al previsto reglamentariamente en contra del principio de eficacia por el que se ha de regir el actuar administrativo (artículo 3 LPAC).

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

I. 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.
- Que los daños no se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos.
- Ausencia de fuerza mayor.
- Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

II. 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 de éste 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. La "*lex artis*", por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predecible de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

Así, la STS, Sala 3^a, 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"*.

Asimismo, la STS, Sala 3^a, de 23 de marzo de 2011, expresa que *"la actividad sanitaria no permite exigir en términos absolutos la curación del enfermo u obtener un resultado positivo, ya que su función ha de entenderse dirigida a la prestación de asistencia sanitaria, utilizando al efecto los medios y conocimientos que el estado de la ciencia médica pone a disposición del personal sanitario, más sin desconocer naturalmente los límites actuales de la ciencia médica y sin poder exigir en todo caso la curación del paciente"*.

El mismo Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1^a, 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 (...) y 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, pues, debe concluirse que sólo si se produce una infracción de la "*lex artis*" responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, 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 administrativa, que habría de

declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la "*lex artis*", responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos.

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).

CUARTA.- Concurrencia de los requisitos determinantes de la responsabilidad patrimonial en el presente caso. Falta de acreditación.

Para la reclamante el daño causado (dolor neuropático lumbar y de miembro inferior derecho con parestesias, hipoestesia y pérdida de fuerza de dicho miembro) se produjo como consecuencia de la que considera una defectuosa asistencia sanitaria, que concreta en que las cosas no se hicieron bien al administrar la anestesia para la realización de una cirugía plástica, no siendo advertida de sufrir lo que padece.

Frente a tales imputaciones, la propuesta de resolución sometida a Dictamen, sustentada en la historia clínica y los informes que se han aportado por los facultativos intervinientes, la compañía de seguros del SMS y el informe de la Inspección Médica, alcanza la conclusión de que no ha existido una actuación sanitaria contraria a la *lex artis* en el tratamiento de la víctima.

No aporta la reclamante al expediente ningún elemento de prueba en el que se sostenga la negligencia médica, a pesar de que le obliga a ello el principio sobre distribución de la carga de la prueba que se contiene en el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que resulta de aplicación en materia administrativa. Así, en dicho precepto se establece que "*Corresponde al actor... la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda...*".

Y, en concreto, en el ámbito de la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria adquiere especial valor probatorio la prueba pericial médica, como así ha puesto de manifiesto la Sala 3^a del Tribunal Supremo en numerosas ocasiones, como en su sentencia de 1 de marzo de 1999 (recurso 7980/1994).

No habiendo aportado la reclamante ningún informe pericial médico, tendremos que acudir a los obrantes en el expediente.

A) De los profesionales del HUVA:

a) El informe del Dr. Z, Médico Adjunto del Servicio de Neurología del HUVA (folios 208 a 210 expte.), cuyo juicio diagnóstico es el siguiente:

"Siguen vigentes todos los diagnósticos de la enferma en el informe de alta del día 27 de junio de 2012. La enferma es el conjunto de toda esa patología y no se puede ver nada aisladamente.

Ha mejorado desde el punto de vista motor y persiste y se va adaptando a su dolor que precisamente es su dolor".

b) El informe de la Dra. W, Médico Adjunto del Servicio de Anestesiología-Reanimación del HUVA (folios 215 a 217 expte.), en el que concluye que *"-Las pruebas de coagulación preoperatorias eran normales y la paciente no tenía ninguna contraindicación para la realización de técnica locorregional.*

-La técnica anestésica fue correcta.

-En ningún momento hubo parestesias que pudieran indicar lesión nerviosa durante el procedimiento anestésico.

-Que la existencia de hematoma o equimosis subcutánea no es indicativa de lesión nerviosa, que fue descartada mediante RNM que no evidenció hematoma intrarraquídeo ni epidural.

-Que las pruebas de imagen complementarias, EMG y PESS son totalmente normales.

-Que las parestesias que relata la paciente no tienen patrón anatómico específico".

c) Finalmente, el informe de la Dra. Q, del Servicio de Cirugía Plástica y Quemados del HUVA (folio 218 expte.), que señala lo siguiente:

"1º.- La paciente fue programada para ser intervenida de un posible liquen escleroatrófico en periné.

2º.- En el parte quirúrgico se estima como procedimiento: Extirpación de la lesión y reconstrucción mediante plastia local (Colgajo de Limberg).

3o.- La intervención se realiza con fecha 4 de mayo de 2012 por la Dra. R y el Dr. S con anestesia epidural sin incidencias de tipo quirúrgico.

4o.- La situación anatómica de la lesión (región vulvo-perianal) no hace sospechar la relación de la intervención quirúrgica con las secuelas descritas en el postoperatorio objeto de la reclamación.

5o.- La evolución de la herida fue favorable con la solución de la fisura requiriendo curas cada cuarenta y ocho horas hasta su resolución definitiva.

6o.- La paciente presentó recidiva local de la fisura y fue nuevamente intervenida el día 28 de febrero de 2013 en el hospital concertado (Hospital Mesa del Castillo) efectuando bajo anestesia general extirpación y Z plastia con evolución favorable al día de la fecha lo cual comunico a los efectos que sean oportunos".

B) El 30 de septiembre de 2013 la Compañía Aseguradora remite informe médico-pericial emitido por la Dra. T, licenciada en Medicina y Cirugía, especialista en Anestesia, Reanimación y Terapéutica del Dolor (folios 223 a 227 expte.), cuyas conclusiones son las siguientes:

"-Que Dña. X fue intervenida el 4/5/12 bajo anestesia raquídea.

-Que ésta se administró de un único pinchazo, sin incidencias y obteniéndose el nivel anestésico buscado.

-Que en el postoperatorio inmediato se detectó disminución de fuerza en la pierna derecha y dolor de características neuropáticas.

-Que las numerosas pruebas diagnósticas realizadas no mostraron signos de lesión nerviosa.

-Que la evolución ha sido satisfactoria, quedando mínimas secuelas funcionales y dolor neuropático.

-Que la posibilidad de una lesión nerviosa de carácter permanente debida a una anestesia raquídea es muy infrecuente, aunque posible.

-Que se trata de una complicación inherente a la técnica que no depende de una práctica inadecuada y por ello se recoge en el consentimiento informado.

-Que las actuaciones médicas fueron correctas y adecuadas a la lex artis".

C) El 21 de diciembre de 2017 se recibe informe de la Inspección Médica (folios 231 a 256 expte.) que concluye:

"1. El 04/05/2012 en el Hospital Virgen de la Arrixaca, a la paciente Dña. X con antecedentes de hipotiroidismo y síndrome ansioso depresivo, se le realiza correctamente una raquianestesia en posición de litotomía mediante punción lumbar única en L3-L4 atraumática y aguja 27G, con inyección de 2ml de un anestésico local (bupivacaína) considerado como uno de los más seguros por realizar bloqueo preferentemente sensitivo y con menor afectación motora.

2. La paciente horas después en la sala de reanimación, no recupera la fuerza ni la sensibilidad de las extremidades inferiores por lo que correctamente se busca la causa y se realizan las pruebas complementarias en las que se descarta un daño real de lesión periférica y del sistema nervioso central y que ante la correcta realización de la raquianestesia sin complicaciones, los síntomas neurológicos se podrían relacionar con la aparición de los síntomas neurológicos transitorios relacionados con la anestesia locoregional que aparecen registrados en el consentimiento informado firmado por la paciente el 25/04/2012.

3. Durante su evolución en el ingreso hospitalario los signos y síntomas de la paciente describen un recorrido radicular en la pierna derecha de localización múltiple y sin patrón territorial anatómico específico de algún nervio que pudiera haber sido dañado, por lo que correctamente es alta el 27/06/2012 con el diagnóstico de dolor neuropático, que está relacionado con la alteración en los mecanismos de información/transmisión del SNC y/o periférico.

4. Cuatro meses después, el 15/10/2012 al seguir presentando signos contradictorios de movimientos voluntarios negativos con grupos musculares sin atrofia, dolor en el miembro inferior derecho que le imposibilita parcialmente la deambulación sin causa conocida, aún con el tratamiento sintomático y de rehabilitación prescrito, correctamente se valora como impresión diagnóstica un Síndrome Conversivo en el cual las molestias intrapsíquica se convierten en síntomas físicos neurológicos del SNC voluntario que no pueden ser explicados por alguna enfermedad conocida".

Por otro lado, en el consentimiento informado que obra a los folios 195 y 196 del expediente, en el apartado relativo a los -Riesgos Corrientes de la Anestesia locoregional- puede leerse como tal:

"-Tras la anestesia locoregional en la proximidad de un nervio, pueden surgir molestias, tales como alteraciones de la sensibilidad localizadas en la zona, con acorachamiento u hormigueo. En otras ocasiones pueden aparecer alteraciones motoras con dificultad de realizar movimientos precisos, que generalmente son pasajeras".

De lo expuesto hasta ahora podemos extraer las siguientes conclusiones:

1ª.- Por lo que respecta a la infracción de la lex artis.

De los documentos médicos que obran en la Historia Clínica de la reclamante y de los informes médicos emitidos en el procedimiento (en especial el informe de la Inspección Médica), no podemos extraer la conclusión de que, aunque la secuela padecida por la reclamante, consistente en "dolor neuropático lumbar y de miembro inferior derecho con parestesias, hipoestesia y pérdida de fuerza" en dicho miembro se produce tras intervención con raquianestesia, la administración de dicha anestesia locoregional se realizase con una mala praxis que suponga una infracción de la *lex artis* que resulte indemnizable, ya que la administración de la anestesia fue correcta y en las pruebas complementarias realizadas se descarta un daño real de lesión periférica y del sistema nervioso central, tratándose de una complicación inherente a la técnica que no depende de una práctica inadecuada y por ello se recoge en el consentimiento informado; pudiendo más bien tratarse (según informe de la Inspección Médica) de un "Síndrome Conversivo en el cual las molestias intrapsíquica se convierten en síntomas físicos neurológicos del SNC voluntario que no pueden ser explicados por alguna enfermedad conocida".

2ª.- Por lo que respecta a la existencia de daño desproporcionado.

Para la reclamante, o bien no se respetó su derecho a recibir información completa de los riesgos a los que se sometía, o si se considera que el daño no tiene la condición de típico habrá de presumirse mala praxis por daño desproporcionado.

Como de forma constante señalamos en nuestra doctrina, *"hemos de recordar que la doctrina jurisprudencial del daño o resultado desproporcionado, trasladada al ámbito de la acción de responsabilidad patrimonial que enjuicia el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, se condensa, según señala la Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2012, en la afirmación de que la Administración sanitaria debe responder de un daño o resultado como aquél, ya que por sí mismo, por sí sólo, un daño así denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla res ipsa loquitur (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla Anscheinsbeweis (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción (dicha doctrina es acogida también por la Sentencia de 26 de octubre de 2012 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia). En consecuencia, la citada doctrina del daño desproporcionado que se trae a colación por la parte reclamante tiene por finalidad establecer un vínculo de causalidad entre la actividad de la Administración y el daño sufrido"* (por todos, Dictamen 13/2014).

Por otra parte, y como señalamos en nuestro Dictamen 47/2013, debe destacarse que, según se desprende de las SSTS, Sala 3ª, de 20 de septiembre de 2005, 20 de junio de 2006, 10 de junio de 2008 y 20 de enero de 2011, entre otras, la existencia de un daño desproporcionado no es, "per se", un título de imputación de responsabilidad, sino de inversión de la carga de la prueba. Y, según las SSTS, Sala 3ª, de 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007 y de 23 de octubre de 2008, el daño médico desproporcionado requiere que el mismo no sea previsible ni razonablemente explicable en la esfera de la correspondiente actuación profesional, consideración ésta que, a nuestro juicio, se conecta con el hecho de que no procede estimar la existencia de responsabilidad si en el caso se acredita que los facultativos actuantes obraron conforme con la *"lex artis ad hoc"*. En esta línea, el Dictamen nº 201/2010, de la Comisión Jurídica Asesora de Cataluña, expresa que *"el Tribunal Supremo, concretamente, las Salas Primera y Tercera, ha reflexionado sobre esta cuestión y ha establecido estas reglas: la admisibilidad del daño desproporcionado exige la ausencia de una explicación coherente por parte de la Administración (SSTS, Sala 1ª, de 9 de diciembre de 1999 y de 16 de abril y 5 de diciembre de 2007), y no se aprecia aquel daño cuando exista tal explicación (sentencia de 30 de junio de 2009), mientras que en la STS, Sala 3ª, de 10 de julio de 2007, se rehusó el daño mencionado teniendo en cuenta las patologías previas y concurrentes del paciente"*.

Asimismo, el citado órgano consultivo, a la vista de la jurisprudencia, considera que ha de excluirse que exista responsabilidad por daño desproporcionado a la vista del estado previo del paciente o cuando se trate de la materialización de un riesgo típico de la asistencia sanitaria del que fue informado aquél: Dictámenes nº 129/2005, 60/2008 y 54 y 96/2010.

En el supuesto sometido a consulta y frente a lo apuntado por la reclamante, según se expone en los informes médicos referidos anteriormente, las secuelas padecidas por la reclamante son una complicación inherente a la técnica que no depende de una práctica inadecuada y por ello se recoge en el consentimiento informado; siendo el hecho de que se hayan convertido en permanentes consecuencia de un Síndrome Conversivo en el cual las molestias intrapsíquica se convierten en síntomas físicos neurológicos del SNC voluntario que no pueden ser explicados por alguna enfermedad conocida.

En consecuencia, lo que se materializó fue uno de los riesgos típicos de la anestesia aplicada, que no puede considerarse como irrazonable o inexplicable, siendo infrecuente aunque posible, y que no puede presumirse que se deban a una actuación poco diligente del anestesista, por lo que no ha quedado acreditado que se incurriera en mala praxis, no pudiendo considerarse que las secuelas alegadas sean imputables al funcionamiento del servicio público sanitario.

3ª.- Del consentimiento previo a la intervención.

Comoquiera que la doctrina de este Consejo Jurídico acerca del derecho y correspondiente deber de información en el ámbito asistencial sanitario es conocida por la Consejería consultante, habiendo sido expuesta en multitud de dictámenes emitidos a petición suya, se omite su reproducción. Baste ahora con recordar que, de conformidad con el régimen jurídico de la autonomía del paciente y el elenco de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, recogido en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, el paciente tiene derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, comprendiendo, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias (art. 4). Este derecho de información se particulariza en el artículo 8 de la Ley, como consentimiento informado, libre y voluntario del afectado, que habrá de recabarse para toda actuación en el ámbito de su salud. El consentimiento habrá de serlo por escrito cuando se refiere a intervención quirúrgica (como es el caso), 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, y para obtenerlo habrá de ofrecerse información suficiente al paciente sobre el procedimiento de aplicación y sus riesgos.

El artículo 8.2 y 3 de la Ley 41/2002 exigen un consentimiento prestado por escrito en los casos de intervención quirúrgica. Consentimiento escrito del paciente que será necesario para cada una de dichas actuaciones y que contendrá información suficiente sobre el procedimiento de aplicación y sobre sus riesgos. De conformidad con el artículo 10.1 de la indicada Ley se informará al paciente, al menos, de los siguientes extremos: a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad; b) los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente; y c) los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

Como se afirma en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo (por todas Sentencia de 22 junio 2012 de su Sala de lo Contencioso-Administrativo) "Actualmente partimos de que el consentimiento informado supone «la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a la salud» (art. 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Ley básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica). Es evidente la necesidad de informar sobre posibles riesgos (art. 8.3 Ley 41/2002).

También se prevé respecto de 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. Todo ello, a salvo claro está de situaciones en que deban adoptarse decisiones urgentes adecuadas para salvar la vida del paciente o cuando el paciente no esté capacitado para tomar decisiones.

Se ha recordado en la Sentencia de 29 de junio de 2010, recurso de casación 4637/2008 lo dicho en la Sentencia de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002 sobre que «El contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos».

NOVENO

Y una constante jurisprudencia (Sentencias de 16 de enero de 2007, recurso de casación 5060/2002, 1 de febrero de 2008, recurso de casación 2033/2003, de 22 de octubre de 2009, recurso de casación 710/2008, Sentencia de 25 de marzo de 2010, recurso de casación 3944/2008, manifiesta en que el deber de obtener el consentimiento informado del paciente constituye una infracción de la "lex artis" y revela una manifestación anormal del servicio sanitario.

No solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales. Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entrañaba una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar.

Debe insistirse en que una cosa es la incertidumbre o improbabilidad de un determinado riesgo, y otra distinta su baja o reducida tasa de probabilidad aunque si existan referencias no aisladas acerca de su producción o acaecimiento".

Por tanto, para proceder a la cirugía plástica que se practicó a la reclamante, previa administración de anestesia, resultaba necesario recabar su consentimiento por escrito, en la medida en que no concurre ninguna de las circunstancias que, al amparo del artículo 9 Ley 41/2002, permiten prescindir de la previa obtención del consentimiento escrito, y antes de solicitarlo del paciente correspondía al médico responsable del proceso asistencial ofrecerle cumplida información acerca de las consecuencias esperables y de los riesgos, tanto típicos o comunes como personalizados, de la operación a que se enfrentaba.

El documento de consentimiento informado referido a la anestesia y obrante en el expediente (folio 195 y 196

expte.) cumple con el contenido que ha de trasladarse a los pacientes para que su consentimiento a la anestesia sea verdaderamente informado. Así, como expusimos anteriormente, en el apartado relativo a los -Riesgos Corrientes de la Anestesia locorregional- puede leerse como tal:

"-Tras la anestesia locorregional en la proximidad de un nervio, pueden surgir molestias, tales como alteraciones de la sensibilidad localizadas en la zona, con acorachamiento u hormigueo. En otras ocasiones pueden aparecer alteraciones motoras con dificultad de realizar movimientos precisos, que generalmente son pasajeras".

Como vemos, en él se describen los riesgos que finalmente se materializaron en la reclamante, con independencia de que se indique que dichos riesgos son "generalmente" pasajeros, lo que no implica que en algunos casos puedan convertirse en permanentes, máxime cuando, en el presente supuesto, esa permanencia de las secuelas es consecuencia de un *Síndrome Conversivo*.

En consecuencia, no puede admitirse que existiera un defecto en el consentimiento de la reclamante para someterse a la administración de la anestesia previa a su intervención. Al no existir infracción a la *"lex artis ad hoc"* en este aspecto, debe concluirse que, a efectos de determinar la responsabilidad pretendida, y conforme a lo expresado, no existe la necesaria y adecuada relación de causalidad entre el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios y los daños por los que se reclama indemnización, por lo que procede desestimar la reclamación.

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 determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración, singularmente el nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado, que no cabe considerar antijurídico.

No obstante, V.E. resolverá.