

En Logroño, a 5 de julio de 2019, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro María Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José María Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

78/19

Correspondiente a la consulta formulada por la Excm. Sra. Consejera de Salud en relación con el *procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria promovido por D. J.C.H.G, por los daños y perjuicios que entiende causados al practicársele una artrodesis lumbar con secuela de fibrosis epidural; y que valora en 150.000 euros.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

El 2 de marzo de 2019, tuvo entrada, en la Oficina auxiliar de Registro de la Consejería consultante, un escrito de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración, remitido mediante correo certificado el 27 de febrero de 2018, en el que el paciente que reclama hace constar el siguiente relato de hechos:

-El (paciente) fue intervenido quirúrgicamente el 1 diciembre 2017 en el Hospital V.L.M, por sufrir una estenosis de canal lumbar L4-L5, que le causaba un dolor lumbociático bilateral con importante discapacidad

-Desde el inmediato postoperatorio, sufrió un severo empeoramiento de su situación previa; además de una infección de la herida quirúrgica.

-El 31 diciembre 2017 y el 2 enero 2018, debe acudir (al Servicio de) Urgencias porque la herida quirúrgica supura pus.

-Debe ser reintervenido quirúrgicamente el 4 de enero de 2018; (en dicha intervención), además de la infección, descubren una intensa fibrosis epidural.

-Resultado de todo ello es un gran empeoramiento del dolor y de la funcionalidad, dejando al paciente en una situación gravemente incapacitante.

-En el caso que nos ocupa, el inmediato y severo empeoramiento de la extremidad inferior derecha y la presencia de un cuerpo extraño de la extremidad inferior derecha obliga a presumir una deficiente técnica quirúrgica y una relación de causalidad entre las intervenciones quirúrgicas y el empeoramiento del paciente.

-Nunca se le informó que pudiese ser lo ocurrido una consecuencia de la intervención quirúrgica; y, sin duda, la reintervención inmediata, en un intento de solucionar la lesión, indica que no debía ser el resultado esperable de la misma.

-Además, contamos con la falta de un consentimiento prestado de forma eficaz, ya que, de buen seguro, es lo que intentará ampararse el Servicio administrativo. Debía haber informado al paciente de la complejidad de la intervención, sin prisas, sin urgencias. Y el paciente (podría haber) optado por otras alternativas como tratamiento conservador o acudir a otros Centros especializados en busca de otras opiniones o que ofrezcan más experiencia.

A la citada reclamación, se adjunta diversa documentación relativa a la asistencia dispensada al reclamante.

Segundo

El 13 de marzo de 2018, se dictó la Resolución por la que se tiene por iniciado procedimiento general de responsabilidad patrimonial, se nombra Instructor del mismo y se comunica, al reclamante, diversa información relativa a la instrucción del mismo.

Tercero

El 14 de marzo, se requiere, a la Clínica *L.M* y a la Dirección del Área de Salud de La Rioja Hospital *San Pedro*, cuantos antecedentes existan de la atención prestada al reclamante en dicha Clínica, la historia clínica del mismo, en lo relativo a la asistencia objeto de la reclamación, en particular el informe de los Facultativos que le atendieron sobre la asistencia dispensada. Igualmente se solicita, a la Clínica *L.M*, que, si tuviese contratada póliza de seguro el día de los hechos, informe sobre el número de póliza y datos de la Compañía aseguradora, a efectos de la comunicación del siniestro.

La citada documentación consta, a continuación, en el expediente administrativo.

Cuarto

Mediante escrito de fecha 10 de abril de 2018, al que se acompaña poder para pleitos a su favor, se persona en el expediente, en nombre de Clínica *L.M.*, un Procurador de los Tribunales, al que se le da vista de las actuaciones.

Quinto

Como complemento a la documentación remitida en su día, la Clínica *L.M.*, el 12 de abril, adjunta un estudio neurofisiológico, realizado al reclamante y que no figuraba en la documentación inicialmente remitida.

Sexto

A continuación, figura en el expediente el informe de la Inspección médica, de 9 de noviembre de 2018, que contiene las siguientes conclusiones:

- 1. En la revisión de las actuaciones médico-quirúrgicas llevadas a cabo, no se han podido detectar errores de procedimiento que justifiquen la situación actual del paciente. Las exploraciones complementarias, realizadas tras las intervenciones, avalan lo expuesto e informan de la existencia de fibrosis epidural en torno a la raíz L5 derecha con gran compresión de la misma, y que justifican el dolor residual crónico que el paciente presenta. La fibrosis epidural es una de las complicaciones más frecuentes de la cirugía lumbar, sin relación con la técnica y procedimientos empleados, sino como consecuencia de la propia cirugía. No se puede buscar responsable de su aparición.*
- 2. En el documento de reclamación por daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración, se nombra, como posible causante del empeoramiento del paciente y como evidencia de una deficiente técnica quirúrgica, la presencia de un cuerpo extraño. Suponemos que esta consideración se debe a un error de interpretación, ya que dicho cuerpo extraño no existe (pues, en ninguno de los documentos, informes médicos, notas evolutivas, resultados de exploraciones complementarias, etc., se menciona la existencia del mismo.*
- 3. En cuanto a la información que se facilita al paciente y la falta de consentimiento del mismo “prestada de forma eficaz” (recogida en el documento de reclamación), debemos indicar que, entre los documentos de su historia clínica aportados, se encuentran los correspondientes (documentos de) consentimiento informado, firmados por el interesado, en este caso, por duplicado: uno, firmado cuando se le incluye en lista de espera quirúrgica en la HSP; y, el segundo, previo a la intervención en el HVLM, donde se recogen todas las complicaciones posibles en este tipo de intervenciones, incluida la infección de la herida quirúrgica, causa de la segunda intervención sufrida, relación con la técnica quirúrgica, y otras como; secuelas neurológicas, persistencia de dolor residual, procesos degenerativos en los niveles intervenidos.*

El referido informe concluye afirmando que:

“Por lo expuesto, podemos suponer que la situación actual del paciente, dolor y claudicación de extremidades inferiores, está en relación con la presencia de fibrosis peridural, sin nexo causal con

los procedimientos y técnicas médico-quirúrgicas empleadas; no se puede considerar que la asistencia sanitaria prestada haya sido, incorrecta y que no se haya actuado conforme a la lex artis”.

Séptimo

Por su parte, el informe pericial, obrante en el expediente y emitido a instancia de la Aseguradora del SERIS, establece las siguientes **conclusiones generales**:

1. *(El paciente) fue diagnosticado de estenosis de canal lumbar L4-L5 con dolor lumbociático bilateral y claudicación de la marcha, rebelde a tratamiento farmacológico, rehabilitador, radiofrecuencia e infiltraciones.*
2. *Fue intervenido quirúrgicamente el 1 de diciembre de 2017 en el Hospital V.L.M por el Dr. C.F, realizándose artrodesis L4-L5 con caja intersomática. La indicación de cirugía y la técnica quirúrgica empleada fueron correctas.*
3. *El TC de control postoperatorio demostró ausencia de complicaciones, con sistema de fijación bien posicionado, canal raquídeo normal y agujeros de conjunción libres.*
4. *Un mes después de la intervención, fue diagnosticado de infección. Fue reintervenido, por el Dr. C.F, el 4 de enero de 2018, realizándose limpieza quirúrgica, toma de muestras y liberación de la raíz L5 derecha (alrededor de la cual se identificó abundante material fibroso), correcto.*
5. *La aparición de la infección postquirúrgica y de la fibrosis perirradicular no pueden atribuirse a una deficiente intervención quirúrgica inicial. (Se) tomaron todas las medidas para prevenir la infección y se emplearon los antibióticos profilácticos adecuados.*
6. *El tratamiento de la infección postquirúrgica fue correcto, resolviéndose la complicación.*
7. *Durante el seguimiento, persistió la clínica de ciatalgia derecha intensa, con debilidad muscular. (El paciente) fue diagnosticado de un síndrome de cirugía fallida de columna lumbar, tras realizarse TC y RM con contraste (que desmontaron fibrosis alrededor de la raíz L5 derecha) y estudio neurofisiológico (que confirmaba severa radiculopatía L5 derecha).*
8. *La cirugía de columna lumbar va acompañada de un número significativo de fracasos, entre ellos el síndrome de espalda fallida, presente hasta en un 14% de columnas intervenidas, siendo éste el caso del paciente.*
9. *Ni la infección ni el síndrome de espalda fallida pueden atribuirse a un inadecuado diagnóstico, seguimiento ni actuación médica o quirúrgica por parte del Dr. C.F y el Hospital V.L.M.*
10. *(El paciente) había sido correctamente informado de los riesgos y posibles complicaciones de la intervención, firmando dos consentimientos informados.*

El informe pericial termina con la siguiente **conclusión final**:

“La asistencia prestada (al pacinete), en el Hospital V.L.M, en relación a las intervenciones quirúrgicas realizadas en su columna lumbar, en 2017 y 2018, fue acorde a la lex artis”.

Octavo

Notificado a las partes el trámite de audiencia, únicamente consta en el expediente un escrito de alegaciones, presentado por Clínica *L.M.*, el 2 de enero de 2019.

Noveno

El 21 de mayo de 2019, se formuló la Propuesta de resolución, en el sentido de que se desestime la reclamación presentada por considerar no ser imputable el perjuicio alegado al funcionamiento de los Servicios públicos sanitarios. La misma es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos, en informe de 6 de junio de 2019.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 6 de junio de 2019, y registrado de entrada en este Consejo el 7 de junio de 2019, la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 12 de junio de 2019, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo

1. En el presente caso, se reclama una indemnización de 150.000 euros, por lo que nuestro dictamen es preceptivo, a tenor de lo establecido en el art. 11-g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, en relación con: i) el art. 65.4 de la Ley riojana 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la CAR, redactado por la precitada Ley riojana 7/2011; y, ii) el art. 81.2 de la Ley estatal 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15); preceptos de los que resulta que procede recabar el dictamen del Consejo de Estado o del Órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva, en este caso el Consejo Consultivo de La Rioja, cuando el importe de la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros.

2. En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 81.2, párrafo 3, de la LPAC'15, el mismo ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la LPAC'15, así como en el art. 34.2 de la Ley estatal 40/2015, de Régimen jurídico del Sector público (LSP'16), que se remite a los criterios de la legislación en materia fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado; y pudiendo, en los supuestos de muerte o lesiones corporales, tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad social.

Segundo

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración

1. Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución, 32.1 LSP'15 y 65,67,81, 91.2 LPAC'15) reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado,

y debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo (plazo que, en el caso de daños personales de carácter físico o psíquico, empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas).

2. Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de “seguro a todo riesgo” para los particulares que de cualquier modo se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones públicas.

3. Lo anterior es también predicable, en principio, para la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, si bien, como ya dijimos entre otros en nuestro dictamen D.3/07, *“la responsabilidad no surge sin más por la existencia de un daño, sino del incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demande: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de medios y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto, ajustándose la actuación facultativa a los criterios de la lex artis ad hoc, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder del posible daño causado, pues no cabe reconocer un título de imputación del mismo”*.

En nuestro dictamen D.29/07, en la misma línea, mantuvimos que los parámetros bajo los que se han de enjuiciar los criterios de imputación del daño a la Administración Sanitaria son el de la *lex artis ad hoc* y el de la existencia del *consentimiento informado*, distinguiendo *“si el daño es imputable a la actuación de los servicios sanitarios, por existir un funcionamiento anormal que contraviene los postulados de la lex artis ad hoc o por privar al paciente de su derecho de información o si, por el contrario, el resultado dañoso ha de ser soportado por éste quien, conocedor de los posibles riesgos, ha prestado voluntariamente su consentimiento”*.

4. Como venimos indicando con reiteración al dictaminar sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el ámbito de su actividad en que se manifieste ésta, lo primera que inexcusablemente debe analizarse en estos expedientes es lo que hemos llamado la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que objetivamente explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar. Para detectar tales causas el

criterio por el que hay que guiarse no puede ser otro que el de la *condicio sine qua non*, conforme al cual un determinado hecho o conducta ha de ser considerado causa de un resultado dañoso cuando, suprimido mentalmente tal hecho o conducta, se alcance la conclusión de que dicho resultado, en su configuración concreta, no habría tenido lugar.

Sólo una vez determinada la existencia de relación de causalidad en este estricto sentido y aisladas, por tanto, la causa o causas de un concreto resultado dañoso, resulta posible entrar en la apreciación de si concurre o no el criterio positivo de imputación del que se sirva la ley para hacer responder del daño a la Administración, que no es otro que el del funcionamiento normal o anormal de un servicio público a su cargo, y de si concurren o no criterios negativos de esa imputación, esto es, de alguno de los que, expresa o tácitamente, se sirva la ley para negar esa responsabilidad en los casos concretos.

Tercero

Sobre la existencia de Responsabilidad en el presente caso

1. Como hemos explicado reiteradamente en numerosos dictámenes, en el ámbito sanitario el funcionamiento del servicio público (que es criterio positivo de imputación que, con carácter general, utiliza el ordenamiento) consiste en el cumplimiento por la Administración de un deber jurídico previo e individualizado respecto a cada paciente, que es correlativo al derecho de éste a la protección de su salud y a la atención sanitaria (cfr. art. 1.2 de la Ley General de Sanidad, que desarrolla los artículos 43 y concordantes de la Constitución), por lo que ese deber es *de medios* y *no de resultado* y se cumple, no respondiendo entonces la Administración, cuando la atención prestada ha sido conforme con la denominada *lex artis ad hoc*.

2. Sin embargo el escrito de reclamación no realiza una concreción de cuales sean esas conductas que se califican de negligentes. Es más, si se observa el escrito de formulación de la reclamación, único presentado en todo el expediente, se indica que: *el inmediato y severo empeoramiento de la extremidad inferior derecha y la presencia de un cuerpo extraño de la extremidad inferior derecha y la presencia de un cuerpo extraño obliga a presumir una deficiente técnica quirúrgica y una relación de causalidad entre las intervenciones quirúrgicas y el empeoramiento del paciente... sin duda, la reintervención inmediata, en un intento de solucionar la lesión, indica que no debía ser el resultado esperable de la misma*".

Por lo tanto, en ningún momento se está atribuyendo algún comportamiento imprudente o alejado de la *lex artis*. Se trata, más bien, de la formulación de una presunción, pero sin realizar el mínimo esfuerzo, no ya por acreditar una serie de hechos periféricos, de los cuales pudiera derivarse en un razonamiento lógico algún tipo de

responsabilidad, sino que ni siquiera se mencionan cuáles sean esos datos periféricos a partir de los cuales pueda deducirse la existencia de una actuación alejada de la *lex artis*.

3. Igualmente se indica, en el escrito de reclamación, que “*contamos con la falta de un consentimiento prestado de forma eficaz, ya que de buen seguro es lo que intentará ampararse el servicio administrativo. Debía haber informado al paciente de la complejidad de la intervención, sin prisas, sin urgencias, y el paciente (podría haber) optado por otras alternativas como tratamiento conservador o acudir a otros Centros especializados en busca de otras opiniones o que ofrezcan más experiencia*”.

Sin embargo, a este respecto, debemos señalar:

-Que, según consta en el expediente, el reclamante padece lumbociatalgias de repetición al menos desde 2013, de las que viene siendo tratado por los Servicios de Traumatología, (Unidad de Columna), Neurología, Rehabilitación y Unidad del Dolor.

-Que, entre 2015 y 2017, la Unidad de Dolor, ha prestado al paciente un tratamiento neuromodulador con radiofrecuencia pulsada, bloqueo muscular del trocánter izquierdo y bloqueo epidural, sin mejoría, por lo que el tratamiento quirúrgico adoptado era la solución ajustada a la *lex artis*.

-Que, entre los documentos de su historia clínica aportados, se encuentran los de consentimiento informado, firmados por el interesado (en este caso, por duplicado): uno, firmado cuando se le incluyó en lista de espera quirúrgica en el Hospital *San Pedro*; y, el segundo, previo a la intervención en el Hospital *V.L.M.* En estos documentos se recogen todas las complicaciones posibles en este tipo de intervenciones, incluida la infección de la herida quirúrgica, causa de la segunda intervención sufrida, relación con la técnica quirúrgica, y otras como; secuelas neurológicas, persistencia de dolor residual, procesos degenerativos en los niveles intervenidos.

Respecto al consentimiento informado, hemos de recordar lo ya manifestado en otros dictámenes, a propósito de esta figura como criterio negativo de imputación objetiva, que supone la no existencia de responsabilidad patrimonial, cuando el paciente ha sido informado de los riesgos que presenta el tratamiento o la intervención que se propone y luego presta su consentimiento a estos; si, finalmente, un daño, de cuya eventual producción fue informado, se produce, efectivamente.

El consentimiento informado venía ya regulado en el artículo 10.5 de la Ley 14/1986 de 25 de abril, ahora derogado y sustituido por el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y, por lo que afecta a la

Comunidad Autónoma de La Rioja (CAR), por la Ley (de la CAR) 2/2002 de 17 de abril, que también recoge el derecho del paciente a ser informado sobre el estado de su salud.

Actualmente, dicha información es necesaria para toda actuación en el ámbito de la sanidad que, por lo tanto, comprende toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación.

Así pues, el paciente tiene derecho a que se le dé, en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información, completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento.

Este criterio tiene su génesis en el Derecho privado y equivale a una cláusula voluntaria y genérica de exoneración de responsabilidad, aceptada por el paciente. El mismo significado ha de otorgarse al consentimiento informado en el marco de la responsabilidad patrimonial.

En este campo, el presupuesto de este criterio es el de la existencia de una obligación prestacional, (que aquí no deriva de un contrato sino de una relación jurídico pública) y equivale a una cláusula, voluntaria y genérica, de exoneración de dicha responsabilidad, por la cual el paciente asume los riesgos típicos de los que fue informado, de modo que, entonces, ha de entenderse que este tiene el deber jurídico de soportar el daño en materia de responsabilidad sanitaria de la Administración, (o como hemos señalado en otros dictámenes, la imposibilidad de imputar a la Administración el daño producido) esta cláusula tiene mayor alcance práctico que en el derecho privado, porque la Administración no responde por culpa, sino objetivamente, y entonces, si no fuera por ella, deberá responder incluso habiendo cumplimiento escrupuloso de su obligación prestaciones que, en todo caso, es de medios y de no resultado.

Por último y en cuanto a la manifestación realizada por el reclamante a propósito de la presencia de un cuerpo extraño, no existe en todo el expediente la mínima referencia a ese cuerpo extraño, por lo que más bien parece obedecer a un error mecanográfico o de apreciación que a una circunstancia real ocurrida en las intervenciones practicadas al reclamante.

Así las cosas y a la vista de la ausencia de actividad probatoria alguna en apoyo de su pretensión, procede desestimar la reclamación interpuesta.

CONCLUSIONES

Única

A juicio de este Consejo Consultivo, la presente reclamación debe ser desestimada, por haberse observado, por los Servicios sanitarios, las exigencias de la *lex artis ad hoc*.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero