



Sr. Amilivia González, Presidente y
Ponente

Sr. Ramos Antón, Consejero
Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 4 de febrero de 2016, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 18 de enero de 2016 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite en la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 15/2016, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Amilivia González.

Primero.- El 17 de octubre de 2014 Dña. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autonómica, debido a los daños y perjuicios derivados de la deficiente asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1.

Expone que el contenido del consentimiento informado que le fue entregado antes de someterse a la intervención quirúrgica el día 29 de octubre de 2010 (abordaje anterior paramedial derecho y disectomía microquirúrgica C6-C7 y C5-C6 con colocación de cajas intersomáticas y una placa de ostosíntesis C5-C6 y C6-C7) fue insuficiente, al no contener una explicación detallada de la posible complicación referida a lesión en el nervio recurrente.

Al haberse finalmente materializado el riesgo descrito, con diagnóstico de parálisis recurrential secundaria a cirugía de columna cervical, y a pesar de haber recibido asistencia sanitaria tras su detección (rehabilitación, nueva intervención quirúrgica, ...), se le han producido una serie de daños y secuelas que cuantifica en 88.809,36 euros.

Segundo.- Al expediente se han incorporado, además de la historia clínica, entre otros, informes del Servicio de Neurocirugía del Complejo Asistencial Universitario de xxx1 de 3 de noviembre de 2014, del Servicio de Otorrinolaringología del mismo Complejo de 16 de noviembre de 2011 (deberá leerse 2015), de la Inspección Médica de 18 de mayo de 2015 y dictamen médico pericial emitido a instancia de la aseguradora de la Administración el 9 de junio del mismo año.

Consta también en el expediente documentación acreditativa de haberse interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Tercero.- El 30 de julio de 2015 se concede trámite de audiencia a la reclamante, quien el 18 de agosto presenta alegaciones en las que reitera la pretensión.

Cuarto.- El 4 de noviembre se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación presentada.

Quinto.- El 2 de diciembre de 2015 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i),1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

3ª.- Concurren en la reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que "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".

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina del Consejo de Estado así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

No obstante, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con aquél que pueda producirse.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño viene determinado por el criterio de la *lex artis*. La teoría de la *lex artis ad hoc*, en la actuación médica, parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios, en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración

Sanitaria y sus agentes estén obligados a poner a disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada, según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis ad hoc* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, que está, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño -por no ser éste antijurídico- cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

Finalmente debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 16 de marzo de 2005 y de 7 y 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), según la cual "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida".

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la propuesta de orden que conduce a desestimar la reclamación planteada.

Por lo que se refiere al proceso asistencial seguido, de todos los informes obrantes en el expediente resulta su corrección y que la actuación de los facultativos fue ajustada a los parámetros de la *lex artis ad hoc*, tanto en el diagnóstico como en la técnica quirúrgica empleada y en el tratamiento de la complicación médica surgida tras la intervención.

Sobre este particular es necesario poner de manifiesto que no existen datos que apunten a que la práctica de la operación a la que fue sometida la interesada y la asistencia posterior revelen una mala actuación o *praxis* médica imputable a los servicios sanitarios públicos. Junto a ello, la interesada no acredita que exista una inadecuada prescripción del tratamiento quirúrgico o rehabilitador.

Ahora bien, el hecho de que la técnica empleada haya sido realizada correctamente no implica, como recogen los informes incorporados al expediente (en particular el informe del Servicio de Neurocirugía del Complejo Asistencial Universitario de xxx1 de 3 de noviembre de 2014 y, en el mismo sentido el informe de la Inspección Médica y el emitido a instancia de la compañía aseguradora del Sacyl) que el éxito esté asegurado en la totalidad de los casos. En supuestos como el que es objeto de la reclamación, según se explica, el riesgo de afectación del nervio recurrente oscila entre el 0.2% y el 4 de la población.

Por ello, puede concluirse que la complicación surgida tras la intervención a la que se sometió la reclamación en octubre de 2010 es un riesgo típico y probable en este tipo de cirugías, por lo que no puede hablarse de daño antijurídico al referirse a él. Con ello no quiere decirse que con la mera posibilidad de complicaciones o riesgos recogidos en el documento de consentimiento informado se exima siempre y en todo caso de cualquier tipo de responsabilidad a la Administración sanitaria, sino que para que esta responsabilidad exista será necesario acreditar la materialización de una mala *praxis* en el abordaje de la cirugía, extremo éste ausente de prueba siquiera indiciaria en este sentido. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000 la conjunción de un riesgo no extraño a la intervención, siempre que no se pruebe que ha existido negligencia, y el consentimiento informado determinan que el daño no sea antijurídico.

Procede analizar también si existe un daño indemnizable como consecuencia de un eventual incumplimiento de la obligación de proporcionar a la paciente información bastante sobre su proceso para prestar válido consentimiento a la intervención a la que fue sometida.

Respecto a la falta de consentimiento informado la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2007 recuerda que "el defecto de consentimiento informado se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela un funcionamiento anormal del servicio sanitario", y la Sentencia de 25 de marzo de 2010 añade que "no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales. Así 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" y que "Por ello, 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".

Ello no obstante, como indica la Sentencia de 26 de febrero de 2004, "aun cuando la falta de consentimiento informado constituye una mala praxis *ad hoc*, no es lo menos que tal mala praxis no puede *per se* dar lugar a responsabilidad patrimonial si del acto médico no se deriva daño alguno para el recurrente y así lo precisa la sentencia de 26 de marzo de 2002, que resuelve recurso de casación para unificación de doctrina en la que afirma que para que exista responsabilidad es imprescindible que del acto médico se derive un daño antijurídico porque si no se produce éste la falta de consentimiento informado no genera responsabilidad", lo que reitera la Sentencia de 1 de febrero de 2008 al señalar que "obviamente se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo como consecuencia de las actuaciones médicas realizadas sin tal consentimiento informado".

La Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2009 contiene a su vez un repaso de la doctrina sobre el particular, de la que pueden extraerse las siguientes conclusiones: "(1) el consentimiento informado surge en defensa de la autonomía de la voluntad de la persona-paciente que tiene derecho a decidir, con el asesoramiento técnico adecuado, su sometimiento a un acto médico, de suerte que el defecto del consentimiento informado es considerado por la jurisprudencia como incumplimiento de la '*lex artis*' en cuanto constituye una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario; la falta del consentimiento constituye por sí un supuesto de antijuridicidad; (2) sin embargo, no de todo incumplimiento del consentimiento informado se deriva responsabilidad pues se requiere que se haya ocasionado un resultado lesivo. En el supuesto de intervención enteramente satisfactoria para el paciente e inexistencia de daño físico, difícilmente puede entenderse que se origine una

reclamación, pero caso de producirse estaría condenada al fracaso. Supuesto distinto al anterior es aquel en el que no obstante ajustarse la intervención de manera absoluta a la *'lex artis'*, el paciente sufre una secuela previsible; en estos casos la jurisprudencia considera el consentimiento informado como bien moral susceptible de resarcimiento, y ello aun cuando se trate de complicaciones propias de las intervenciones quirúrgicas no imputables a una actuación médica incorrecta, salvo en aquellos supuestos de actuaciones médicas conformes con la *"lex artis"* en las que se origina un resultado dañoso por un riesgo atípico, imprevisible o fuerza mayor, supuesto en el que la jurisprudencia entiende que se rompe el nexo causal entre la prestación del servicio y el resultado dañoso, al considerar que el consentimiento y la información que la precede debe ajustarse a estándares de razonabilidad y, por tanto, no cabe desde esa premisa exigir una información que abarque hipótesis que se alejan del acto médico; (3) a falta del documento relativo a su prestación, incumbe a la Administración por inversión en la carga de la prueba la acreditación sobre el cumplimiento de las formalidades que exige el consentimiento informado, que comprenden, entre otros aspectos, no sólo los riesgos inherentes a la intervención sino también los posibles tratamientos alternativos; y (4) supuesto que la producción del daño colateral, inherente al riesgo normal de la intervención, no pueda imputarse al mal arte del facultativo, respecto de las consecuencias jurídicas de tal carencia en el consentimiento informado lo que debe valorarse en cuanto proceder antijurídico es la privación del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora, debiendo ponderarse sólo el monto de una indemnización que responda a la privación de aquel derecho y de las posibilidades que, en otro caso, se tenía".

En el presente caso Doña xxxx firmó un consentimiento en el que se recogían, entre otros, los posibles riesgos de la intervención de cirugía cervical, donde específicamente se señalaba la posibilidad de afectación del nervio recurrente, y era éste el momento en que si la reclamante no entendía algunos de sus extremos pudo solicitar las aclaraciones pertinentes, aclaraciones que no constan fuesen formuladas y/o denegadas por el facultativo informante.

El artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, define el consentimiento informado como "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 afecte a su salud".

Como indica el artículo 2.2 de la referida Ley 41/2002, el previo consentimiento se requiere, con carácter general, para toda actuación en el ámbito de la sanidad; consentimiento que, como indica dicho precepto, debe obtenerse después de recibir una información adecuada, sin que esta expresión deba entenderse en el sentido de información completa. Y ello porque como señaló el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de noviembre de 2004 (recogida en supuestos semejantes por este Órgano Consultivo, entre otros, Dictámenes 372/2006, de 31 de agosto, y 442/2007, de 7 de junio), "la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario (...)".

Por lo tanto, la actuación médica se llevó a cabo previa información y consentimiento del paciente de los riesgos existentes. Si bien este tipo de complicaciones no es muy frecuente que surja, como así se reconoce por el Servicio de Neurología –en el que el facultativo informante señala que no tiene conocimiento de ningún otro caso- sí es posible, tal y como se recoge en el documento de consentimiento informado, y pueden ser inevitables.

Por lo tanto, al no existir indicios de que dicha asistencia se realizara en contra de la *lex artis ad hoc* y haber sido la paciente informado de esta posible complicación, debe concluirse que no concurren los requisitos exigidos para la existencia de la responsabilidad patrimonial que se reclama ya que el daño invocado, al no tener la consideración de antijurídico, según ha quedado expuesto, no genera responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Así pues, este Consejo comparte el criterio recogido en la propuesta de orden y considera que la reclamación debe desestimarse, ya que no puede afirmarse que durante el curso de la intervención la complicación surgida se debiera a la vulneración de la *lex artis* y, por otra parte, esta complicación formaba parte de los riesgos ordinarios y advertidos de tal actuación médica.

6ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, y al constar que la interesada ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la

desestimación, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que en el caso de que en dicho proceso o en otro hubiera recaído sentencia firme, no procedería ya dictar resolución alguna en vía administrativa, sino dar cumplimiento en sus propios términos al fallo de la sentencia.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que fue prestada en el Complejo Asistencial Universitario de xxxx1.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado