

Dictamen n.º: **311/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **25.07.19**

DICTAMEN de la Sección de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en su sesión de 25 de julio de 2019, aprobado por unanimidad, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D., como consecuencia de los daños que atribuye a varias intervenciones quirúrgicas efectuadas en el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 18 de julio de 2017 en una oficina de registro del Ayuntamiento de Madrid, la persona citada en el encabezamiento formuló reclamación de responsabilidad patrimonial.

Manifiesta que el 16 de agosto de 2016, ingresó en el Hospital Universitario Puerta de Hierro Majadahonda (en adelante, HUPH) por lumbociática izquierda de fuerte intensidad, para la que se propuso intervención de cirugía de discectomía L5S1 izquierda. No recuerda haber firmado consentimiento informado para esta intervención.

Indica que esa intervención no solucionó el daño sino que más bien lo empeoró, siendo intervenido por segunda vez con cirugía de reparación de pseudomeningocele. Tampoco recuerda haber firmado el consentimiento informado para esta segunda operación.

Continúa su relato señalando que, al no experimentar mejoría se observó la persistencia de componente extraforaminal de la hernia L5S1 izquierda para la que se realizó tratamiento definitivo con laminectomía, facetectomía, discectomía, osteosíntesis y artrodesis con tornillos pediculares L5S1. No recuerda tampoco haber firmado el consentimiento informado.

Asevera que las lesiones producidas por esa mala praxis se han traducido en radiculopatía L4 a S1 izquierda de carácter crónico e intensidad moderada-severa en L4 y L5. Signos moderados de atrapamiento/neuroapraxia del nervio peroneal izquierdo en el segmento hueco poplíteocabeza del peroné. Medicación: sertralina, olanzapina, rivotril, gabatina. Las consecuencias han sido la pérdida de peso, falta de libido e ideas autolíticas en relación con experiencias personales previas.

Valora el daño que reclama en 40.775,43 euros, por aplicación analógica del baremo de accidentes de tráfico, atendiendo a su edad (33 años) con el siguiente desglose: presencia de material de osteosíntesis: 10 puntos (grado medio), fractura/aplastamiento menos del 50% de columna: 6 puntos (grado medio) y daños morales adicionales derivados del tratamiento: 11 puntos (grado medio). Total: 27 puntos = 40.775,43 euros.

Solicita la historia clínica y los consentimientos informados que existan relativos a las tres intervenciones realizadas.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente Dictamen.

El 31 de julio de 2016 el reclamante, con 32 años de edad, acudió a Urgencias del HUPH por lumbalgia. Refiere dolor lumbar de comienzo progresivo de siete días de evolución irradiado a pierna izquierda con calambres tras sobre esfuerzo físico con parestesia en cara externa de pierna y planta de pie. No anestesia en silla de montar en ese momento, refirió cierta parestesia el día anterior en región de entrepierna izquierda que cedió. No pérdida de control de esfínteres. No fiebre ni sensación distérmica. Episodio de lumbalgias de repetición aunque de menor intensidad y sin parestesias. Tenesmo vesical. EVA 8. Había tomado Nolotil y Enantyum. Exploración física de la columna lumbar: apofisalgias a nivel de últimas lumbares. Lassegue positivo a 30° y Bragard positivo, dolor a la palpación de musculatura paravertebral. Pulsos femorales simétricos. No adenopatías. Rx lumbar: Rectificación lordosis lumbar. No se observa pérdida de altura de cuerpos vertebrales. Juicio clínico: Lumbociatalgia.

Tras la administración de tratamiento farmacológico, el médico de Urgencias comentó el caso con Neurocirugía que le valoró el día 1 de agosto porque continuaba con mala respuesta al tratamiento analgésico y anotó: *“Hace 1 ss con dolor tipo lumbociática izquierda de moderada intensidad, sin pérdida de fuerza/sensibilidad o anestesia en silla de montar. Niega problemas de control de esfínteres. Ha tenido episodios desde el mes de enero. EN: Estrictamente normal (aunque con limitación funcional en MII). Lassegue/Bragard (+) a 15° en MII. Marcha no explorada. JD: Lumbociática izquierda. Plan y recomendaciones: Paciente sin signos de alarma, que no requiere de intervención quirúrgica en este momento. Se recomienda control analgésico por parte de urgencias y alta en 12-24h tras control del dolor. Solicitar RMN LUMBAR y CEX para ser valorado por nuestro servicio (entregar volantes)”*.

El día 2 de agosto, muy mal control del dolor. El día 3, con mucho dolor y sin focalidad neurológica. Se solicita ingreso en Neurocirugía y RMN lumbar. El día 4: pendiente de decisión. El 5, sigue con ciática. RMN con hernia L5-S1 izquierda y foramidal.

El 7 agosto: mantiene ciatalgia L5 izquierda sin cambios y sin focalidad. Inicialmente se indica manejo conservador de ciatalgia, si no hay mejoría se planteará cirugía.

El día 8, el neurocirujano realizó informe para ser extendido a su Mutua y anotó en su informe: *“Actualmente se encuentra con control de dolor, pendiente de decisión de intervención quirúrgica”*.

El 10 de agosto, se mantiene con dolor limitante en MMII, sin déficit neurológico. Pendiente de programar intervención quirúrgica.

El 11 agosto, Enfermería anotó: *“Dolor controlado con analgesia pautada. De mal humor porque le han comentado los médicos que quizás le manden a casa antes de la cirugía. Se modifica tratamiento analgésico vía oral parcialmente para valorar cirugía de manera programada. Pendiente de valoración preanestésica”* y el 14 de agosto que *“... sobre las 7:00h de la mañana el paciente se va a urgencias a que le vea un médico, porque dice que tiene mucho dolor y que la medicación que está pautada no le hace nada (no se la toma, está en la mesilla)”*.

El día 14, el paciente tiene mal estado general, importante dolor en MMII sin focalidad neurológica. Realizada RMN lumbar ya revisada en sesión. *“Posible programación quirúrgica a lo largo de la semana”*. El 15 de agosto, estaba pendiente de cirugía.

El 16 de agosto, fue valorado por Anestesia que anotó: *“CONSENTIMIENTO INFORMADO: firma CI por duplicado quedándose una copia y otra en el servicio”*.

El 17 de agosto de 2016, en el listado de objetos clínicos del proceso figura que se confirmó el consentimiento del paciente (folio 68 del expediente). Se le intervino quirúrgicamente y se le realizó una discectomía y foraminotomía de L5-S1 izquierda. Presentó durante la intervención durotomía incidental que se reparó con sutura y duraseal. Permaneció en reposo absoluto hasta el 21 de agosto.

El 23 de agosto se solicitó valoración a Medicina Interna por cambio de coloración de MII en la bipedestación. Del eco doppler venoso del MII resultó sistema venoso profundo del miembro inferior izquierdo permeable.

El 24 de agosto, fue valorado por Angiología y CGE Vascular que emitió el siguiente juicio clínico: *“no patología vascular responsable. Impresiona de patología neurológica responsable en relación a intervención reciente (similar a cuadro de distrofia simpático refleja). Recomendamos Eco-doppler que descarte,..., existencia de TVP infrapoplíteas en el posoperatorio inmediato (aunque la clínica presentada por el paciente no tendría relación con patología tromboembólica)”*.

El 25 agosto, Medicina Interna completó la exploración del sistema venoso profundo del MII con doppler del que resultó: sistema venoso profundo del MMII permeable. *“Dada la cronología de la alteración, que comenzó justo después de la cirugía, y la ausencia de otras causas, considero que es probable que la causa sea una disfunción autonómica periférica con ausencia de respuesta vasomotora a nivel de MII, más evidente en ortostatismo”*. Neurocirugía hizo constar: *“Dolor neuropático*

en MII, enrojecimiento de MII con bipedestación. Aumentamos dosis de Lyrica ITC Reumatología por posible SDRC”.

El 26 de agosto, Reumatología le diagnosticó *“síndrome de dolor regional complejo en fase aguda, en paciente con cirugía reciente”* y recomendó mantener tratamiento con Lyrica y analgesia según escala de la OMS para control del dolor; baños de contraste y valoración por Rehabilitación para tratamiento por su parte.

El 28 de agosto refirió reaparición de ciática en reposo. Herida con acúmulo a tensión. Se subió la dosis de Lyrica y se solicitó nueva RM.

El 29 de agosto, valorado por Rehabilitación refiere que el dolor comenzó tras la intervención quirúrgica, *“que previamente la sensación y localización eran distintas, ahora nota parestesias tipo quemazón en dorso del pie y cara anterior de la pierna e hinchazón en el pie”*. La RM de columna lumbar de 5 de agosto reveló protrusión discal en L5-S1 paramedial y foraminal izquierda que ocupa el foramen y compromete a la raíz L5 homolateral. Juicio clínico: impresiona de dolor radicular. Se instruye en la realización de ejercicios.

El 30 de agosto, de la RMN lumbar postquirúrgica resultó: *“colección de líquido cefalorraquídeo intrarraquídea y posterovertebral que sugiere la existencia de fístula. Resección quirúrgica parcial de protrusión discal asimétrica izquierda más herniación foraminal izquierda distal y extraforaminal”*. Neurocirugía anotó: herida quirúrgica con aumento de volumen en tercio superior, persistencia de radiculalgia L5 y S1 izquierda, resto sin cambios. Se decide intervención quirúrgica para reparar pseudomeningocele. Enfermería hizo constar que estaba *“en reposo pero no lo respeta”*.

El 31 agosto, mantenía la ciatalgia izquierda resistente a tratamiento analgésico. El neurocirujano anotó: “*Se propone cirugía programada el viernes 2/9/16. Entrego CI. Se reajusta analgesia*”.

El 1 de septiembre de 2016 el paciente solicitó el alta voluntaria para conocer nueva valoración y por encontrarse a disgusto con el trato recibido.

El 2 septiembre, se suspendió la cirugía por fiebre.

El 5 de septiembre de 2016 fue intervenido para la reparación de pseudomeningocele L5 S1 izquierdo. Se le reparó la fistula de líquido cefalorraquídeo y se comprobó la liberación de la raíz.

El día 6 de septiembre manifestó que quería hablar con un psiquiatra. El día 7, Psiquiatría le diagnosticó trastorno adaptativo con síntomas mixtos ansiosos depresivos y mal control del dolor. Valorado al día siguiente, 8 de septiembre, se estableció el protocolo de prevención de riesgo autolítico. Ese mismo día, fue valorado por la Unidad del Dolor.

Durante su ingreso recibió asistencia sanitaria por parte de Urología, Medicina Interna Infeccioso, Rehabilitación y Psiquiatría.

El 16 de septiembre la familia refiere querer cambiar de hospital y médico para una segunda opinión. La RM de columna lumbar con contraste “*se compara con el estudio previo de agosto. En el estudio actual, se observa resolución de la colección intrarraquídea. Persiste colección paravertebral izquierda que ha disminuido de tamaño con respecto al estudio anterior y presenta componente hemorrágico. Se observa alteración de señal peridural y perirradicular izquierda, en L5 S1, en relación con cambios postquirúrgicos. Persiste imagen de afectación radicular de L5 izquierda con protrusión foraminal y extraforaminal*”.

El 18 de septiembre, Neurocirugía anotó: *“Mantiene ciatalgia izquierda similar a días previos. Urocultivos con S. aureus, en tto con fosfomicina y ciprofloxacina. Candidiasis oral, se pauta nistatina. En RM, HDL L4L5 foraminal izquierda. Se propone laminectomía, facetectomía, discectomía y artrodesis L4L5, quiere pensarlo”*.

El 30 de septiembre, el neurocirujano anotó que estaba pendiente de programar cirugía (FTP L5S1 + laminectomía + foraminotomía). Se genera CI y nueva VPA.

El 1 de octubre, en la evolución médica, se anota: CI firmado. Alta fin de semana, firma alta voluntaria, reingresa domingo por la tarde. El día 3 se le hizo el preoperatorio. Anestesia lo calificó como ASA II, apto e hizo constar que: *“Le informa, entiende y firma el consentimiento informado”*. El 7 de octubre se fue de alta hasta la cirugía.

El 20 de octubre de 2016 fue nuevamente intervenido de discectomía, hemilaminectomía izquierda, facetectomía y artrodesis L5S1. Se le realizó una osteosíntesis con tornillos transpediculares L5 y D1 (sistema Xia de Stryker), hemilaminectomía L5 y S1 izquierda, facetectomía, foraminotomía L5S1 izquierda, discectomía ampliada hasta porción foraminal. Toleró el procedimiento de forma satisfactoria. Refirió remisión de ciatalgia izquierda, movilizaba las cuatro extremidades y no tenía focalidad.

El 26 de octubre de 2016 fue dado de alta con las recomendaciones, entre otras, de acudir a consultas externas de Neurocirugía para revisión en cuatro semanas aproximadamente, previa realización de radiografía lumbar de control, evitar sobreesfuerzos, seguir indicaciones de Psiquiatría y acudir a su MAP.

El 24 de enero de 2017 acudió a consultas externas: estaba mejor del dolor ciático previo pero no había remitido completamente, era peor

por la mañana y mejoraba a lo largo del día. En la exploración Neurológica no presentaba pérdida de fuerza, ROT's ++/++++, Lassegue negativo bilateral, no se veían cambios tróficos. En la Rx de control postoperatorio tenía el sistema normoposicionado, no se había hecho la Rx de control para la consulta. No había ido antes para reajustar el tratamiento que tomaba. Importante componente de depresión. Se pautó suspender Enantyum y Tramadol y mantener el resto de la medicación. Control con Rx de CL. EMG de MMII. Cita de control con Psiquiatría.

El 8 de febrero de 2017 el Servicio de Neurocirugía emitió un informe de seguimiento en el que figura: *“Paciente quien ingresó por urgencias con Lumbociatalgia izquierda de fuerte intensidad en agosto de 2016, inicialmente manejado con tratamiento conservador que no fue eficaz. Por tal motivo se le propuso cirugía de Discectomía L5S1 izquierda, que tras explicación de riesgos y beneficios, se entregó consentimiento informado y firmó”* (folio 318 del expediente).

Acudió a revisión el 9 de mayo de 2017 con molestias lumbares, no tenía ciatalgia típica, permanecía el dolor neuropático en cara lateral de la pierna izquierda, 1, 2 y 3 dedos. En la exploración no había déficit motor, Lassegue y Bragard negativos. En el EMG de 26 de abril de 2017 se observaron signos de radiculopatía L4 a S1 izquierdas de carácter crónico e intensidad moderada-severa en L4 y L5 sin datos actuales de actividad (denervación aguda). En S1 debido al esfuerzo motor deficitario realizado no se pudo precisar con exactitud el grado de lesión subyacente. Se observaron signos moderados de atrapamiento/neuroapraxia del nervio peroneal izquierdo en el segmento hueco poplíteo-cabeza del peroné. Nota médica: *“Se queja de ganancia de peso, falta de libido, ideas autolíticas en relación con experiencias personales previas. Aunque probablemente algunos de estos síntomas estén en relación con la medicación, solicito RM de cerebro para descartar patología hipofisaria, nueva RM y TC de columna y revisión por*

Psiquiatra. Preguntar en RHB, desde que se indicó tto, no lo han llamado para iniciar tto”.

El 20 de junio de 2017 no acudió a la consulta de Rehabilitación.

El 25 de julio de 2017, en la revisión de Neurocirugía, refiere que ha reaparecido el dolor por cara lateral de pierna izquierda y lumbar. Ha subido 15 Kg, pesa 110 Kg, T 184 cm. Vista la RM de cráneo se descarta patología hipofisaria. RM de CL y TC de CL: *“ocupación de foramen L5S1 izq, tornillo S1 izq ligeramente medial”*. Se explican resultados, como primera opción se propone tratamiento conservador (el dolor ciático es alternante) bajar de peso y comenzar ejercicios. Tiene pendiente cita con Rehabilitación. Si no mejora con tratamiento conservador se puede plantear recolocación de S1 izq. Control en 3 meses.

El 7 de agosto de 2017 ingresó en Urgencias por aumento de dolor de un mes de evolución, especialmente desde el día anterior. Asociaba parestesias en la cara lateral del MII y el primer dedo pie izquierdo. Fuerza normal. Conservaba fx esfínteres. Estaba pendiente de nueva cirugía de S1 en HUPH en noviembre. Rx lumbar: similar a previas. En último TC se observaba medialización de tornillo izquierdo de S1. Comentado el caso con el adjunto de guardia se descartó tratamiento neuroquirúrgico urgente y se prescribió control del dolor y reevaluación al día siguiente. En caso de presentar mejoría, se le daría el alta a domicilio adelantando la siguiente consulta para reevaluarle e incluirle en la lista de espera quirúrgica para la retirada de tornillo izquierdo de S1 y recambio del mismo. Fue dado de alta el día 8 de agosto de 2017.

En revisión el 17 de agosto de 2017: *“mantiene dolor ciático izquierdo similar al referido en consultas previas, ha empeorado el dolor lumbar. (...) Visto que el tornillo S1 derecho es poco probable que sea el*

responsable de estos síntomas, recomendando bajar de peso, natación y reajusto Targin (...)”.

Figura incorporado por la Inspección Sanitaria informe de alta de hospitalización del Servicio de Neurocirugía del HUPH en el que se hace constar que ingresó el 26 de febrero de 2018 para cirugía programada ese mismo día para recolocación de tornillo S1 izquierdo que salió roto y que, en vista de la buena evolución clínica, se le dio el alta el 12 de marzo de 2018.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se comunicó al reclamante las normas que regulaban el procedimiento, que se recabaría la documentación que obrara en el HUPH y que le correspondía como reclamante, y si a su derecho conviniera, aportar el resto de documentación que no se hubiera incluido en la reclamación presentada y que sirviera para avalar cuanto era objeto de reproche.

Figura incorporada al expediente la historia clínica del HUPH.

De la reclamación se dio traslado a la aseguradora del Servicio Madrileño de Salud (en adelante, SERMAS).

Consta en el expediente un informe de seguimiento emitido el 21 de agosto de 2017 por el Servicio de Neurocirugía del HUPH en el que se describe la asistencia sanitaria prestada al reclamante y figura expresamente que *“se ofreció tratamiento quirúrgico consistente en microdiscectomía, se entregó y firmó el consentimiento informado y así consta en la historia clínica con fecha del 16/8/2017 (sic), y se practicó el 17/8/2017 (sic) laminotomía L5S1 izquierda, microdiscectomía L5S1 izquierda y foraminotomía L5S1 izquierda...”*.

El HUPH, en respuesta a la solicitud de 25 de agosto de 2017 en la que se les indicaban que entre los documentos remitidos no se

encontraba el documento de consentimiento informado de la discectomía L5-S1 de 17 de agosto de 2016, indicó que *“una vez consultado el Servicio de Archivo y Documentación Clínica informa que no ha sido posible localizar dicho documento firmado por el paciente. Así mismo consultado el Servicio de Neurocirugía, nos informa que tampoco ha podido localizar dicho documento, pero aportan una nota de Selene en la que se indica que se entregó al paciente dicho consentimiento el día 16 de agosto de 2016 (documento 1) y el Documento de Información y Consentimiento de Cirugía de Hernia Discal Lumbar generado en Selene para dicho paciente (documento 2)”*.

La Inspección Médica, mediante escrito de 16 de marzo de 2018, solicitó al jefe de Servicio de Neurocirugía ampliación del informe emitido el 21 de agosto de 2017.

El 26 de marzo de 2018, el jefe de Servicio de Neurocirugía, en contestación a la pregunta formulada por la Inspección relativa a si en el Servicio de Neurocirugía existe un protocolo de indicación quirúrgica de las hernias de disco, en caso de respuesta negativa qué criterios siguen, y si se basan en alguna Guía de Recomendaciones de amplio consenso, informó que *“no existe un protocolo o Guía de indicación quirúrgica de la Hernia Discal, porque hay un amplio consenso en nuestra especialidad acerca de este tema y que se resume (excepto en casos de pérdida de fuerza o alteración de esfínteres, en que se hace aconsejable una cirugía precoz) en que las indicaciones consisten en la falta de respuesta al tratamiento médico conservador, hasta el punto de que la mayor parte de las veces la indicación se basa en la decisión del paciente, ante el hecho de un cuadro de dolor mantenido en el tiempo, o bien episodios de dolor recidivantes, próximos en el tiempo, que le impiden su actividad habitual. Esta norma de actuación se desprende del informe del 21/08/2017 del Dr..., en el que se indica que se recomendó tratamiento conservador ingresando el paciente posteriormente por no resolución de su cuadro*

doloroso, momento en que se ofrece al paciente tratamiento quirúrgico que éste acepta”.

A la cuestión concerniente a que manifestase su opinión respecto a la adecuación de la cirugía a la situación clínica del paciente, respondió que, en su opinión *“existió en todo momento una adecuación de la Cirugía a la situación clínica del paciente, realizándose los procedimientos quirúrgicos en base a los datos objetivos proporcionados por la Resonancia Magnética y a las manifestaciones dolorosas referidas por el paciente”.*

Sobre si consideraba que el dolor referido por el paciente concordaba con los datos objetivos, en su opinión, *“los datos objetivos de las pruebas de neuroimagen fueron concordantes en todo momento con las manifestaciones subjetivas del paciente”* y, por último, respecto a que si algún miembro del equipo de Neurocirugía planteó la necesidad de valoración psicológica o emocional del paciente antes de la primera cirugía, señaló que *“no me consta ni lo he encontrado en las anotaciones de la Historia Clínica. En cuanto a la interpretación de la nota de Selene de fecha 16-8-16, interpreto que hace constancia al hecho de que se le entregó a firma un Consentimiento Informado para intervención quirúrgica”.*

El 10 de abril de 2018, la Inspección Sanitaria emitió informe. Manifiesta que el paciente ha tenido cuatro operaciones de columna, la primera operación ha tenido una complicación frecuente que motivó la segunda, subsanándose la complicación y consecuencia de la insuficiente resolución terapéutica de la primera operación, sufre una tercera intervención, que, a su vez, también tiene una complicación motivando una cuarta operación, en esta cuarta operación queda parte de un tornillo roto incrustado en hueso sacro, es decir la complicación

de la tercera operación ha sido resuelta parcialmente, la repercusión biomecánica que pudiera tener ha sido reparada.

Asevera que uno de cada tres pacientes intervenidos de hernia discal lumbar en nuestro medio presenta cirugía fallida y que entre un 10 y un 40 % de los pacientes operados de hernia de disco a nivel lumbar y con la técnica microdiscectomía se sigue quejando de dolor, la única solución es la osteosíntesis aún a costa de la pérdida de movilidad. Asimismo, indica que el INSS inició de oficio el trámite de invalidez permanente del reclamante y el 19 de marzo de 2018 consta en historia de Atención Primaria que ya es pensionista de invalidez.

En cuanto al consentimiento informado, indica que la decisión de intervenir la hernia de disco es del paciente por lo que deduce que si tomó la decisión existe alta probabilidad de que se le informara de las ventajas e inconvenientes. En su opinión, pudo existir una deficiencia organizativa causante de la ausencia del consentimiento informado firmado en la primera cirugía, pero los razonamientos que expone apuntan a una alta probabilidad de que el paciente sí estuviese informado, de no ser así difícilmente hubiera podido tomar la decisión de operarse.

Sobre la alegación del reclamante relativa a que la operación no solucionó el daño sino que lo empeoró, afirma que el daño objetivo no empeoró con la segunda operación y que la complicación (pseudomeningocele) no constituye un daño, no persiste y no ha dejado secuela, no es causante de la artrodesis de 20 de octubre pero influye en la peor expectativa global de la asistencia sanitaria. La frecuencia de las complicaciones de la discectomía lumbar descritas en la literatura es del 3 al 11%. Indica, además, que firmó el consentimiento informado para la segunda cirugía.

En cuanto a la tercera intervención, existe consentimiento informado y el motivo fue la compresión radicular foraminal y extraforaminal y el mal control del dolor. La Inspección señala que es frecuente que la cirugía de hernia de disco no solucione el dolor, se ve en la práctica clínica diaria, entre un 10 y un 40% de los pacientes y finalmente hay que realizar osteosíntesis.

Por último, en cuanto a las lesiones que aduce, la Inspección señala que *“los datos objetivos demuestran que el paciente en la actualidad no tiene inestabilidad de columna, no debería de sentir dolor [EMG 26 abril 2017] aunque continúa con medicación antiálgica, ha sufrido cuatro operaciones, empeorando las expectativas de resolución completa y pertenece al tercio de pacientes en los que la cirugía de hernia de disco no es exitosa. Es un porcentaje muy alto y no implica mala praxis, es acorde con el estado actual de la Ciencia Médica”*.

El 24 de septiembre de 2018 un abogado, en representación del reclamante presentó un escrito al que acompañó un documento privado de otorgamiento de poder de fecha 11 de abril de 2017.

Se ha incorporado, a instancia de la compañía aseguradora del SERMAS, un informe pericial emitido el 6 de julio de 2018 por un médico especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología que, en resumen, señala: *“se trata de un paciente con una lumbociática manejado de manera impecable de principio a fin, muchas veces incluso aunque el paciente dificultara las medidas terapéuticas firmando altas voluntarias, no tomándose la medicación, agrediendo a personal sanitario. Las cuatro cirugías estuvieron perfectamente indicadas, tal y como lo recoge la literatura científica, y no se escatimaron en medios humanos ni materiales en ningún momento”*. Así, tras estudiar el caso, asevera que la primera cirugía estuvo adecuadamente indicada y el pseudomeningocele es una complicación descrita ampliamente en la literatura médica, no una mala

praxis cuyo manejo fue adecuado. La tercera cirugía está indicada como rescate dada la clínica presentada por el paciente y los resultados de la resonancia magnética. La cuarta cirugía también está indicada para valorar el estado del tornillo sacro y un posible recambio del mismo. En ningún momento se escatimó en medios materiales ni humanos, siendo el paciente valorado por un equipo multidisciplinar. En ningún momento, desde que se inició el proceso del paciente hasta la fecha del informe, existe el más mínimo indicio de *"mala praxis"*. Por ello considera que la actuación profesional médica prestada al reclamante por parte del SERMAS ha cumplido todos los postulados de la *lex artis ad hoc*.

Se concedió el trámite de audiencia al abogado del reclamante, que formuló alegaciones en las que reiteró la valoración económica inicial y señaló que no hay consentimiento informando de los riesgos de la operación primera y así se reconoce expresamente, la cual motiva el resto de las operaciones. Si le hubieran explicado las consecuencias y riesgos, no habría llegado a operarse pues el dolor, según el expediente médico, en este tipo de operación no se elimina y tiene muchas complicaciones. Asegura que lo que existen son suposiciones *"una anotación en Selene"* de la posible entrega de CI al ser lo habitual, pero de existir estarían junto al resto del expediente como sucede con los posteriores CI, que si están en el expediente". Reitera que la operación no solucionó el daño sino que más bien lo empeoró, siendo intervenido por segunda vez con cirugía de reparación y hasta una cuarta operación, para subsanar las consecuencias directas de la primera operación y las negligencias que existen como la rotura de un tornillo *"que serán valoradas en Peritaje independiente de continuar con la presente reclamación en instancias Judiciales"* y que *"no presentará en esta fase un Peritaje Médico, al entender que existe una clara negligencia al no informar en la primera operación y no causar más gastos al presente"*.

El 2 de abril de 2019 el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

CUARTO.- Por escrito del viceconsejero de Sanidad, actuando por delegación del consejero, con entrada en la Comisión Jurídica Asesora el 28 de mayo de 2019, se formuló preceptiva consulta a este órgano que fue registrada con el nº 280/19. Ha correspondido su ponencia al letrado vocal Dña. María del Pilar Rubio Pérez de Acevedo que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad por la Sección de este órgano consultivo en su sesión de 25 de julio de 2019.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo estaba acompañado de documentación en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, que se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a quince mil euros, a solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con el artículo 18.3 a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del presente procedimiento de responsabilidad patrimonial se rige por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LPAC) y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

La legitimación activa corresponde al reclamante por el daño que dice haber sufrido por la asistencia sanitaria prestada en el HUPH.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid en cuanto titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. 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 (artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, se reprocha la falta de prestación de consentimiento para la realización de tres intervenciones y la mala praxis en la primera intervención que determinó la necesidad de ser intervenido nuevamente. La primera intervención se realizó el 17 de agosto de 2016 por lo que la reclamación registrada el 18 de julio de 2017 está formulada en plazo.

En cuanto al procedimiento, se ha recabado el informe del servicio al que se imputa la producción del daño (artículo 81 LPAC). El instructor ha solicitado un informe a la Inspección Sanitaria, figura un informe médico pericial a instancias de la aseguradora del SERMAS y se ha incorporado la historia clínica. Se ha conferido el trámite audiencia al reclamante que presentó alegaciones y, finalmente, se ha dictado una propuesta de resolución desestimatoria.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido trámite alguno que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada en los artículos 32 y siguientes de la LRJSP y en lo que se refiere al procedimiento, por la LPAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (r.c. 5006/2016), de 11 de julio de 2016 (r.c. 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (r.c. 2396/2014), requiere: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16 de marzo de 2016 -r.c. 3033/2014-), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a

una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público en cuanto que el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2018 (r.c. 1016/2016), en la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (r.c. 4229/2011) y 4 de julio de 2013 (r.c. 2187/2010) *“no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), 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”*, por lo que *“si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido”* ya que *“la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”*.

CUARTA.- Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron al paciente, debemos partir de lo que constituye regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. Así, según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo que se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 9 de marzo de 2016 (r. 658/2015) *“la prueba de la relación de causalidad entre la actuación administrativa y el daño causado, así como la existencia y contenido de éste, corresponde a quien reclama la indemnización, sin que proceda declarar la responsabilidad de la Administración cuando esa prueba no se produce”*.

En este sentido, como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su Sentencia de 18 de marzo de 2016 (r. 154/2013) *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales medicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y como este Tribunal carece de conocimientos técnicos-médicos necesarios debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado”*, (en idéntico sentido, las Sentencias del mismo Tribunal de 15 y 16 de octubre de 2018- r. 394/2016 y 42/2017).

En el presente caso, el reclamante formula dos reproches, el primero relativo a la inadecuada asistencia sanitaria que, afirma, ha conllevado que las intervenciones quirúrgicas no solo no hayan solucionado su problema sino que lo han agravado y el segundo consistente en la falta de información pues afirma no recordar haber firmado los consentimientos informados de las tres intervenciones a las que fue sometido.

Respecto a la primera cuestión el reclamante no ofrece ninguna prueba que permita entender que, efectivamente, no existió una adecuada práctica de la intervención en tanto que el informe de la Inspección Sanitaria y el pericial permiten entender que se actuó conforme a la *lex artis*.

Por ello no puede considerarse que exista una mala praxis por el único hecho de que la cirugía no lograra los resultados que se deseaban. En este sentido, la asistencia sanitaria implica un obligación de medios, no de resultados, atendiendo siempre a las circunstancias y los síntomas que presenta el paciente en el momento en que dicha atención tiene lugar, sin que sea posible argumentar la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error o retraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, mediante una regresión a partir del curso posterior seguido por el paciente. De esta forma, el Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de marzo de 2016 (r.c. 2228/2014) asevera que: “..., *la asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los instrumentos de que se dispone. Y es precisamente lo acaecido en este caso, en el que se han ido poniendo los medios adecuados, realizando pruebas diagnósticas, acordes con lo que sugerían, desde el punto de vista médico, las diferentes dolencias del recurrente*”.

En este caso no consta en los informes obrantes en el expediente que se haya vulnerado la *lex artis* y la explicación que ofrecen a todas y cada una de las cuestiones planteadas por el reclamante determina que se actuó conforme a la *lex artis*.

QUINTA.- Cuestión distinta es lo relativo a la información previa a la intervención suministrada al reclamante.

Como ya hemos señalado, entre otros, en el Dictamen 104/18, de 1 de marzo, no cabe duda de la importancia de la información que ha de

suministrarse a los pacientes para que presten su consentimiento, tal y como se regula en la actualidad 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, cuyo artículo 3 lo define 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 afecta a la salud”*, información que incluye los posibles riesgos que se puedan producir (artículo 8.3 Ley 41/2002).

La finalidad de la información es permitir al paciente tomar la decisión de someterse a la técnica médica de que se trate con conocimiento de los riesgos que pueden derivarse de la misma y la falta de información equivale a una limitación del derecho a consentir o rechazar una actuación médica determinada, inherente al derecho fundamental a la integridad física y moral contemplado en el artículo 15 de la Constitución según tiene declarado el Tribunal Constitucional en la STC 37/2011, de 28 de marzo.

En el presente supuesto resulta acreditado que el reclamante firmó los documentos de consentimiento informado para anestesia de todas las intervenciones a las que fue sometido y que, asimismo, firmó los consentimientos relativos a las intervenciones (segunda y tercera) y, respecto a la primera, si bien aparece registrado en el programa informático que se generó el documento de consentimiento informado, no se ha localizado dicho documento firmado por el paciente. En este supuesto se produce una inversión de la carga de la prueba y corresponde a la Administración probar que proporcionó al paciente toda la información necesaria en relación con la intervención por lo que no existiendo el documento de consentimiento informado firmado por el paciente, ha de entenderse que se ha vulnerado el derecho a la información del reclamante y se le ha ocasionado un daño moral.

En estos casos la valoración de dicho daño es extremadamente complicada por su gran subjetivismo -sentencias del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2010 (r. 592/2006) y 23 de marzo de 2011 (r. 2302/2009)-. En cuanto a su concreta indemnización, la reciente Sentencia de 11 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (r. 1018/2013), resalta la dificultad de cuantificar ese daño moral, para lo cual deberán ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso a la hora de determinar la cuantía *“de un modo estimativo atendiendo a las circunstancias concurrentes, sin que, ni siquiera con carácter orientativo, proceda fijar la cuantía de la indemnización con base en módulos objetivos o tablas indemnizatorias como las contempladas en las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones”*.

Esta Comisión viene valorando el daño ocasionado por la falta de consentimiento en 6.000 euros.

En mérito a cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada por mala praxis al no haberse acreditado la información facilitada al reclamante en la primera intervención quirúrgica, lo que ha causado un daño moral que debe indemnizarse con un importe de 6.000 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el

plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 25 de julio de 2019

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 311/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid