

Dictamen n.º: **800/24**
Consulta: **Consejera de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **19.12.24**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 19 de diciembre de 2024, sobre la consulta formulada por la consejera 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., por los daños y perjuicios que atribuye a una cirugía de columna realizada en el Hospital Universitario de Torrejón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 28 de octubre de 2022, la persona citada en el encabezamiento, asistida por un abogado, presenta en el Servicio Madrileño de Salud (SERMAS) una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que solicita una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la cirugía de columna realizada en el Hospital Universitario de Torrejón (en lo sucesivo, el hospital).

En el escrito se relata que el día 25 de noviembre de 2021, se produce un caso de mala praxis médica en una intervención quirúrgica de columna lumbar de artrodesis vertebral, realizada el 25 de noviembre de 2021.

En concreto, refiere que se realiza discetomía y colocación de implante intersomático en L4-L5 y discetomía L5-S1. Pero que durante el implante insertomático se produce una migración de éste hacia el interior tratándose de recuperar sin éxito. Como consecuencia del desplazamiento del implante intersomático, éste queda completamente fuera del disco en la región prevertebral afectando a terminaciones nerviosas, y produciendo al paciente como consecuencia directa un déficit total de la flexión del tobillo izquierdo, que le impide caminar.

En virtud de lo expuesto, solicita una indemnización cuya cuantía no concreta. Adjunta a su escrito el certificado de inscripción del apoderamiento en el archivo electrónico de Apoderamientos Judiciales.

Por el instructor del expediente se requiere al abogado del reclamante para que subsane *“dado que el poder para pleitos aportado es para intervenir en "cualquier actuación judicial" (y no administrativa), deberá firmar la reclamación o bien acreditarse la representación que ostenta por cualquier medio admitido en derecho”*.

Se presenta escrito el día 11 de noviembre de 2022, adjuntando un documento privado de representación a favor del abogado, firmado por el reclamante con copia del anverso de su DNI.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés, todos ellos en el hospital:

1.- El reclamante, de 55 años de edad en el momento de los hechos, estaba siendo atendido de su lumbalgia, desde el año 2020 en el Servicio de Traumatología.

En el año 2021, el paciente acude a consulta el 16 de febrero, por el dolor de la lumbociatalgia que no cede con la analgesia. En la consulta del 29 de marzo, presenta parestesias en el miembro inferior izquierdo (MII) hasta los dedos del pie. La RM realizada informa de discopatía por

hernia discal lumbar en L4-L5 del lado izquierdo. Se pauta tratamiento farmacológico y revisión posterior.

Tras la realización de otra resonancia magnética, en la consulta del 20 de septiembre de 2021, se informa que *“a nivel L4-L5 existe protrusión discal focal de base ancha paramediana izquierda que ocupa el receso lateral izquierdo, sin plano de separación graso con la salida de la raíz L5 izquierda, a correlacionar con la clínica del paciente. Discopatía degenerativa”*. Se plantea la cirugía de artrodesis lumbar que el paciente acepta, firmando ese día el documento de consentimiento informado (folios 93 a 96 del expediente).

En la consulta del Servicio de Anestesia del 19 de noviembre de 2021, se declara al paciente apto para la cirugía y firma el documento de consentimiento informado.

El paciente ingresa el 25 de noviembre de 2021 para la cirugía programada: discectomía y colocación de implante intersomático en L4-L5. Según el protocolo quirúrgico, durante el implante intersomático *“se produce migración del mismo hacia ... , se trata de recuperar, sin éxito”*.

El postoperatorio, sin incidencias *“salvo debilidad objetivable de los músculos inervados por la raíz L5 izquierda (dorsiflexión del tobillo y hallux)*. Se solicita un TAC de columna el día 26, que informa de la correcta colocación de los tornillos en L4-L5 y S1, del dispositivo intersomático L4-L5 normoposicionado. Dispositivo intersomático L5-S1 completamente fuera de disco en la región prevertebral, cambios inflamatorios adyacentes, sin contactar con asas intestinales ni estructuras vasculares. Laminectomía L4-L5 bilateral. Se decide el tratamiento conservador pautando farmacología y revisión en un mes. Se da el alta hospitalaria el 1 de diciembre.

2.- El 10 de enero de 2022, el paciente acude a su primera revisión post-cirugía. *“Mejoría del dolor lumbociático, persiste déficit motor L5 izquierda. Revisión con radiografía y control”*.

En la consulta del 11 de abril, figura *“dolor lumbar resuelto, déficit motor sin mejoría. Dificultad para la flexión lumbar secundario a artrodesis”*. Se indica caminar con órtesis y se remite al paciente al Servicio de Rehabilitación, solicitándose resonancia magnética y electromiograma.

El día 22 de abril, acude a la primera consulta de Rehabilitación: *“remitido por déficit de extensión del primer dedo y dificultad para la deambulación. El paciente refiere parestesias desde hueso poplíteo hasta 1º dedo pie izquierdo. No dolor, sí “latigazo” en la pierna. Precisa usar dos muletas para deambular por arrastre del pie izquierdo. Antes de cirugía, NO déficit motor”*. La exploración física del MII: balance muscular psoas 4/5, cuádriceps 4/5, tibial anterior 2/5 peroneos 1/5, tibial posterior 1/5, déficit para la flexión dorsal de pie izquierdo, flexión plantar 3/5. Se pautan 15 sesiones de fisioterapia para potenciar el balance muscular y electroestimulación muscular del tibial anterior.

El 11 de julio, acude a la consulta de Rehabilitación para seguimiento. *“Menos tropiezos con la deambulación, camina apoyando en muletas, marcha con flexión de cadera más marcada”*. Exploración física sin cambios respecto de la consulta anterior, 15 sesiones más.

El día 26 de julio, acude a consulta de Traumatología: dolor lumbar controlado, dolor irradiado a la zona posterior del muslo, déficit persistente de la flexión dorsal en el pie izquierdo. Rotura de ligamento anterior con desplazamiento del implante intersomático. El EMG objetiva una afectación radicular motora en raíz L5-S1 izquierda con predominio en L5, signos agudos de denervación, lesión axonal aguda en evolución de músculos dependientes de dicha raíz. Datos compatibles con polineuropatía sensitivo-motora crónica mixta (axonal y desmielinizante)

de grado moderado-severo, afectación preferente sensitiva y carácter axonal. La resonancia informa de cambios fibrocicatriciales.

El 14 de septiembre, seguimiento en Rehabilitación: sin mejoría clínica, situación estacionaria. Se pauta órtesis antiequina y otras 12 sesiones de tratamiento, tras constatar *pie caído izquierdo*.

El 15 de noviembre de 2022, nueva consulta en Rehabilitación: se le da el alta, por ausencia de mejoría de la flexión dorsal; hay discreta mejoría de la marcha con la órtesis antiequina. El diagnóstico es pie caído izquierdo, polineuropatía mixta. Artrodesis L4-S1.

El 13 de diciembre de 2022, el reclamante acudió a consulta de Psiquiatría (Hospital Universitario Príncipe de Asturias). Empeoramiento emocional tras la consulta de Traumatología en julio “*cuando perdió esperanza alguna de recuperar movilidad del pie*”.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

- Consta que se dio traslado del inicio del procedimiento al hospital, en cuanto centro concertado con la Comunidad de Madrid, que remitió la historia clínica del interesado, el informe del Servicio de Medicina Física y Rehabilitación, y el de Traumatología y Cirugía Ortopédica (folios 16 a 98 del expediente).

En el informe de este último servicio se pone de manifiesto que el paciente firmó el documento de consentimiento informado para la cirugía, entre cuyos riesgos figuraba el porcentaje de un *2-3% de lesiones vasculares y nerviosas*, embolia grasa, parálisis...). Y también, la

posibilidad de un fallo del instrumental, *“movilización o mala posición de los implantes”*.

Añade que, en la realización de esta cirugía, *“los sistemas están diseñados para avanzar en la dirección deseada durante su colocación sin posibilidad de retroceso”*; que el desplazamiento anterior de la caja intersomática no se considera el causante del déficit radicular observado y en ocasiones como ésta en la que el dispositivo no causa daño en las estructuras anatómicas adyacentes no se requiere de re-intervención.

El 30 de noviembre de 2022, emite informe el Servicio de Medicina Física y Rehabilitación, en el que se detalla la asistencia prestada al reclamante, indicando que la primera valoración fue el 22 de abril de 2022 y que tras completar 42 sesiones de fisioterapia, se le dio de alta el 15 de noviembre de 2022.

- Consta también, el informe de la Inspección Sanitaria de 29 de noviembre de 2023 en el que, tras analizar la historia clínica del interesado y los informes emitidos, así como realizar las oportunas consideraciones médicas, concluyó que *“el abordaje diagnóstico y terapéutico del pie caído postquirúrgico planteado por el equipo facultativo de Cirugía Ortopédica y Traumatología no fue acorde a lex artis”*. Y que la asistencia sanitaria prestada por el Servicio de Rehabilitación sí fue acorde a las recomendaciones contenidas en la literatura médica consultada.

Incide en que la afectación motora aguda del paciente no estaba presente antes de la cirugía, por lo que se deduce que fue derivada de la complicación postoperatoria, por lo que se debería haber indicado la realización de pruebas como la RM o el EMG, así como, una petición de la consulta con Rehabilitación. Sin embargo, tras el alta hospitalaria el 1 de diciembre de la cirugía realizada el 25 de noviembre de 2021, no hubo ninguna petición en tal sentido.

-El 25 de enero de 2024, se emitió informe pericial de médico especialista por la compañía aseguradora del SERMAS en que señala que la asistencia sanitaria no fue acorde a la *lex artis*, por la demora -tras el alta hospitalaria de la cirugía realizada el 25 de noviembre de 2021- en la petición de EMG y en la derivación a la consulta de Rehabilitación, ambas solicitadas, el 11 de abril de 2022.

“Por el tipo neuropatía ocasionada por la lesión en la raíz L5 izquierda, sensitivo-motora de tipo mixto, axonal y desmielinizante, es posible que una actuación diagnóstica y rehabilitadora temprana hubiera podido mejorar las consecuencias de la lesión nerviosa, pero casi con seguridad no se hubiera evitado en su totalidad la secuela.

Entra dentro del terreno de la especulación ponderar el grado de mejoría que se hubiera podido lograr de haberse realizado un seguimiento y tratamiento inmediato y adecuado. La situación final fue a fecha de noviembre de 2022, que el paciente arrastra el pie izquierdo al deambular y precisa llevar prótesis antiequino y usar dos muletas”.

Por último, la valoración del daño corporal se efectúa en 46.091,16 €, por los conceptos y cuantías que se señalan (folio 116).

-Una vez instruido el procedimiento, se confirió trámite de audiencia al interesado y al centro hospitalario.

Por el hospital se formulan alegaciones, el 6 de marzo de 2024, en las que se sostiene que la actuación del centro hospitalario fue conforme a la *lex artis*, con fundamento en el informe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica y que *“la evidencia y la experiencia de las sociedades científicas nos dice que la lesión neurológica sin causa conocida (como es este caso) suele recuperarse espontáneamente en un periodo entre 6 y 12 meses debido a que suele ser una*

neuroapraxia/axonotmnesis parcial irritativa por lo que la indicación era tratamiento expectante. La rehabilitadora puede contribuir a ayudar a tratar la atrofia muscular producida, reeducación de la marcha, pero, en ningún caso, tiene un efecto directo sobre la recuperación del nervio. Por otra parte, la Neurofisiología nos indica que para evaluar con exactitud el grado de la lesión, las pruebas electromiográficas deben de realizarse pasadas unas semanas de la lesión”.

-Por la asistencia letrada del reclamante, se presentan alegaciones el 20 de marzo de 2024, en las que con base a lo informado por la Inspección Sanitaria (que consideró que hubo una mala praxis), se pone de manifiesto que se han cometido dos errores: por un lado, se produce durante la intervención, un fallo humano en la colocación por el facultativo de un implante intersomático en la zona L5-S1 de la columna vertebral del paciente, el cual de manera imprevista se desplaza, quedando completamente fuera del disco y afectando a terminaciones nerviosas.

Y por otro, que pese a conocer la dificultad del paciente para realizar la dorsiflexión del pie izquierdo, que no padecía antes de la intervención, el equipo médico, lejos de realizar de manera inmediata las pruebas clínicas recomendadas (electromiografía) y de prescribir, un tratamiento rehabilitador precoz de choque, decide dar al paciente el alta hospitalaria el día 1 de diciembre de 2021. Y no es hasta 5 meses después de la intervención cuando se propone iniciar, ya de manera extemporánea (22 de abril de 2022) un tratamiento rehabilitador, que ya no es efectivo por el tiempo transcurrido desde la lesión nerviosa. Y que ello le ha supuesto *“la imposibilidad de volver a ejercer su trabajo, de poder subir y bajar escaleras, de conducir y de utilizar la bañera de su domicilio, lo que a su vez le ha provocado llegar a un estado anímico depresivo del que está siendo tratado...”*.

Adjunta a su escrito, un informe pericial de fecha 14 de marzo de 2024, emitido por dos médicos especialistas de la Escuela de Medicina Legal y Forense de la Universidad Complutense de Madrid por los conceptos y cuantías que se especifican (folio 197).

Además, se aporta el informe del Servicio de Psiquiatría de 13 de diciembre de 2022, del Hospital Universitario Príncipe de Asturias; de la resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 10 de octubre de 2022 reconociéndole una pensión por incapacidad permanente total para su profesión habitual de celador; nóminas del interesado y presupuestos de 27.331 € de compra de un coche, así como, de 3.089,04 € de adaptación del cuarto de baño de su domicilio.

La asistencia letrada del reclamante finaliza solicitando una indemnización total de 168.710,06 €, por los conceptos y cantidades que expone (folio 161).

- Se da traslado del informe pericial emitido a la aseguradora del SERMAS, a fin de que emita un informe complementario al respecto, lo que efectúa el 29 de abril de 2024, indicando que el daño del reclamante está ya establecido y concretado aún sin haber efectuado personalmente una exploración al lesionado, ya que se colige de la documentación médica; que el nexo causal no es único, cierto y directo, ya que hay dos causas: una, la lesión quirúrgica de la raíz (sin mala praxis) y otra, el déficit de seguimiento (no conforme a *lex artis*), con un elemento de incertidumbre en el resultado que se podría haber obtenido. Después, expone una comparativa entre sus criterios y los del dictamen pericial de la parte reclamante, y concluye que se mantiene en la valoración del daño corporal ya realizada.

- Se otorga un nuevo trámite de audiencia, y el centro concertado presenta un segundo escrito de alegaciones el 28 de mayo de 2024, adjuntando nuevo informe del facultativo del servicio cuya actuación se

reprocha en el que abunda en lo ya informado e insiste en que *“la potencial recuperación del nervio es mínima y que no hubiera variado ni un ápice iniciando el tratamiento rehabilitador dos meses antes”*.

-Por la asistencia letrada del reclamante se presenta el segundo escrito de alegaciones el 12 de junio de 2024, en las que aporta un informe complementario de su anterior informe pericial en el que se corrige un error, pero se mantiene la valoración efectuada. En las alegaciones se critica el informe del servicio actuante al no aportar justificación alguna a su explicación; y en cuanto a lo manifestado por la aseguradora del SERMAS, señala que no puede afirmarse –como allí se hace- que la mayor parte del daño causado al paciente no se hubiera podido evitar aun cuando la rehabilitación se hubiera pautado antes; y que respecto de los conceptos materiales, los presupuestos de adaptación del cuarto de baño y del vehículo son así porque su cliente no puede permitirse su pago.

-Finalmente, el 11 de octubre de 2024, se formuló propuesta de resolución en la que se estima parcialmente la reclamación al entender que –conforme al informe de la Inspección Sanitaria- ha habido una mala praxis, que el reclamante no tenía obligación jurídica de soportar, reconociendo –conforme a la valoración del daño corporal realizada por la aseguradora del SERMAS- una indemnización de 46.091,16 euros.

CUARTO.- El 29 de octubre de 2024, tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora, la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

El presente expediente 725/24, correspondió a la letrada vocal Dña. Silvia Pérez Blanco, que formuló la propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en la sesión indicada en el encabezamiento de este dictamen.

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 15.000 euros, y a solicitud de un 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, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se regula en la LPAC, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 LRJSP, en cuanto es la persona que recibió la asistencia sanitaria reprochada. Actúa en el procedimiento mediante un abogado, y sin embargo, no se ha acreditado la representación, por cuanto que lo aportado en el trámite de subsanación es un documento privado.

A tal efecto, como viene señalando esta Comisión Jurídica Asesora, es necesario que la representación se acredite por un medio válido en derecho, esto es, mediante un poder notarial, o *apud acta* otorgada ante

un funcionario. La Administración ha dado por válida la representación, por lo que hemos de entrar a conocer el fondo del asunto, sin perjuicio de que antes de resolver el procedimiento, se exija por el instructor que la representación se acredite de la forma debida.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria se prestó por el Hospital Universitario de Torrejón, centro concertado con la Comunidad de Madrid.

Como hemos dicho reiteradamente, es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder. En este sentido se manifestó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (Dictámenes 211/12, de 11 de abril y 13/15, de 21 de enero) y ha sido reiterado por esta Comisión Jurídica Asesora (Dictámenes 112/16, de 20 de mayo, 203/17, de 18 de mayo y 107/18, de 8 de marzo) asumiendo la constante doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, expresada, entre otras, en las Sentencias de 30 de enero (recurso 1324/2004) y de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006).

Debe tenerse en cuenta que actualmente, tras la derogación de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), no existe un precepto equivalente a la disposición adicional duodécima de la citada norma. No obstante, se ha de considerar la Sentencia de 22 de mayo de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (recurso de apelación 69/2019) al declarar:

“Lo más decisivo es que la gestión indirecta del servicio público de salud mediante un contrato público de gestión de servicios no elimina la responsabilidad directa del titular del servicio público que sigue siendo garante y responsable del funcionamiento del servicio en relación con los daños y perjuicios causados al perjudicado y beneficiario del mismo sin perjuicio de repetir contra el centro sanitario subcontratado cuya responsabilidad solidaria puede ser declarada por la Administración en el mismo proceso administrativo de responsabilidad patrimonial.

La responsabilidad patrimonial se origina por la prestación de un servicio público por un particular, pero por cuenta y encargo de la Administración a quien le viene obligada su prestación y no se le exime de responsabilidad ya que se enjuicia el servicio público mismo con independencia de quien lo preste”.

En cuanto al 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 (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, el reclamante denuncia la mala praxis que en su opinión se produjo en la cirugía realizada el 25 de noviembre de 2021, por lo que -en todo caso- la reclamación presentada el 28 de octubre de 2022, está formulada en plazo legal, con independencia de la fecha de la curación o de determinación de las secuelas.

En cuanto al procedimiento seguido, de acuerdo con el artículo 81 de la LPAC, se recabó el informe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del hospital, implicado en el proceso asistencial del interesado y al que se reprocha su actuación. La actuación del Servicio de Medicina Física y Rehabilitación no es objeto de reproche.

También ha emitido informe la Inspección Sanitaria y además, a instancias del SERMAS, un informe pericial por su compañía

aseguradora. A continuación, se ha conferido el correspondiente trámite de audiencia al reclamante y al centro hospitalario, conforme al artículo 82 de la LPAC, presentando escritos de alegaciones. A resultas de dichas alegaciones, se emitió un informe complementario del anterior por la aseguradora del SERMAS, y se otorgó un nuevo trámite de audiencia a todos los interesados, con el resultado referido.

Finalmente, se ha redactado la propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada, acordando una indemnización de 46.091,16 €.

Por lo que cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española y 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.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada de la que es exponente la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso 5006/2016), requiere la concurrencia de varios requisitos:

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 anormal -es indiferente la calificación- 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. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso 1515/2005) y otras sentencias allí recogidas, *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”*.

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 porque el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en el parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios. Así, el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones, por todas, la Sentencia de 15 de marzo de 2018, (recurso 1016/2016) ha señalado que:

“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.- En el presente caso, como hemos visto en los antecedentes, el reclamante reprocha que en la cirugía se produjo por un error humano durante la colocación del implante intersomático, con un desplazamiento fuera del disco en región prevertebral, afectando a terminaciones nerviosas; y que por el equipo médico, no se realizaron de forma inmediata las pruebas para valorar el alcance de la complicación ni se prescribió el tratamiento rehabilitador.

En el presente caso, la realidad de estas afirmaciones resulta corroborada por la historia clínica, y por el informe de la Inspección Sanitaria; en concreto, por lo que ya hemos descrito en el antecedente de hecho segundo del protocolo quirúrgico, y en la constatación de la pérdida de la flexión dorsal del tobillo izquierdo. La Inspección Sanitaria sostiene, al respecto, lo siguiente:

“La artrodesis circunferencial lumbar realizada al paciente en L4-L5, opción quirúrgica correctamente elegida a tenor de la discopatía degenerativa que presentaba previamente, realizada el 25/11/2021 cursó sin incidencias salvo la movilización del implante intersomático L5-S1 que no fue posible recuperar; esta técnica quirúrgica no está exenta de riesgos debido a que se realiza en un área muy estrecha y cercana a raíces nerviosas, pudiendo seccionar o solo contusionar la raíz nerviosa próxima, complicación no esperable ni deseable para el paciente ni el equipo facultativo.

Sin embargo, la afectación motora aguda de los músculos inervados por la raíz L5, objetivada por los facultativos del Servicio de Traumatología, y NO presentes previamente a la cirugía, hacen sospechar

que se trata de una complicación postoperatoria inmediata y por consiguiente precisaba abordaje multidisciplinar que incluye Rehabilitación precoz, RMN o TAC pero sobretudo EMG y estudios de conducción nerviosa con el fin de localizar la lesión y gravedad de la misma para con ello decidir la actitud terapéutica más adecuada”.

En efecto, es lo cierto que tras la cirugía el día 25 de noviembre, solo se realiza al paciente un TAC de la columna vertebral (al día siguiente) que objetiva únicamente que algunos tornillos están bien colocados, y que el implante intersomático L5-S1 está fuera de donde se pretendía colocar. Y después, pese a constatarse la lesión nerviosa con la pérdida de la flexión dorsal del pie (algo que desde luego no tenía antes el paciente) se le da de alta el 1 de diciembre de 2021. No se le vuelve a ver en consulta de Traumatología hasta más de un mes después (el 10 de enero de 2022) y en ella, tampoco se piden nuevas pruebas más precisas –como el EMG- ni se pauta el inicio de rehabilitación. Trascurren otros tres meses más, y no es hasta la consulta del 11 de abril, cuando se encargan ambas cosas. En consecuencia, aquí hay una mala praxis, como señala la Inspección.

Por consiguiente, entendemos que hay que distinguir claramente dos cosas: una, la existencia de un documento de consentimiento informado con la advertencia de los riesgos posibles de la cirugía (entre ellos, el que se produjo), en cuya realización no hubo mala praxis.

Y otra, que la consecuencia no deseada de la intervención –en forma de lesión nerviosa de la raíz L5-S1- precisaba una valoración precoz, con petición de un EMG, tratamiento médico e inicio temprano de la rehabilitación; demora que, probablemente, condicionó la posibilidad de una mejoría del paciente.

En estas circunstancias, corresponde a la Administración Sanitaria dar una explicación razonable de lo sucedido, en virtud del principio de

facilidad y proximidad probatoria (artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Pues bien, en el informe del Servicio de Traumatología, el facultativo actuante se limita a constatar la existencia previa del documento de consentimiento informado, en el que se advertía tanto de la posibilidad de una migración del material quirúrgico, como de una lesión nerviosa.

Pero siendo esto cierto y produciéndose por un error humano la migración del implante intersomático, el cirujano no da ninguna explicación de por qué se produjo la falta de flexión dorsal invalidante para la movilidad del tobillo del reclamante y sobre todo, por qué no se actuó frente a ello. Alega que *“la bibliografía y la experiencia aconsejan que pasen unas 3-6 semanas para hacer pruebas de imagen”*, pero no cita dicha bibliografía (algo que sí hace la Inspección y los informes periciales aportados al procedimiento); *item* más, si esto era lo aconsejable, no se explica por qué pasaron más de cuatro meses, desde el alta el 1 de diciembre hasta que el 11 de abril del año siguiente en que se encarga el EMG, la RM y se pauta rehabilitación.

En consecuencia, como dice la Inspección, debió haberse mantenido otra actitud terapéutica en el postoperatorio para que –mediante un EMG ya que se trataba de una lesión nerviosa- se hubiera abordado la situación de otra forma. En adición a ello, hay una consulta el 10 de enero, en la que se constata *“persiste déficit motor L5 izquierda”*. Y pese a ello, solo se encarga una radiografía.

Así las cosas, dada la claridad y los razonamientos médicos del informe de la Inspección, que son asumidos por la propuesta de resolución, hemos de estar a sus conclusiones, dada la importancia que este órgano consultivo atribuye en este tipo de expedientes al informe de la Inspección Sanitaria, por cuanto obedece a criterios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias, entre ellas la

dictada el 24 de febrero de 2020 (recurso 409/2017), la de 7 de octubre de 2021 (recurso 173/2020), y más recientemente, las de 18 de mayo de 2023 (recurso 627/2021) y 5 de julio de 2024 (recurso 916/2021):

“...sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del médico inspector, y de la coherencia y motivación de su informe”.

Con estos datos, puesto que se ha acreditado la relación de causalidad entre la cirugía y la lesión nerviosa sufrida por el interesado, con la secuela invalidante referida (pérdida de la flexión dorsal del pie izquierdo), y no se ha aportado por la Administración Sanitaria una explicación razonable de la asistencia prestada tras la cirugía, hemos de concluir que estamos ante un daño antijurídico que el paciente no tiene el deber de soportar y ha de ser indemnizado.

En cuanto a la evolución que habría tenido el paciente de haberse realizado el EMG en los días posteriores a la intervención, y sobre todo, si se hubiera pautado la rehabilitación antes, el informe emitido por especialista de la aseguradora del SERMAS señala:

“Por el tipo neuropatía ocasionada por la lesión en la raíz L5 izquierda, sensitivo-motora es posible que una actuación diagnóstica y rehabilitadora temprana hubiera podido mejorar las consecuencias de la lesión nerviosa, pero casi con seguridad no se hubiera evitado en su totalidad la secuela.

Entra dentro del terreno de la especulación ponderar el grado de mejoría que se hubiera podido lograr de haberse realizado un seguimiento y tratamiento inmediato y adecuado.

La situación funcional final documentada (noviembre 2022) era: balance muscular psoas 4/5, cuádriceps 4/5, tibial anterior 2/5, peroneos 1/5, tibial posterior 1/5, déficit para la flexión dorsal de pie izquierdo, flexión plantar 4-/5. Por arrastre del pie izquierdo al deambular precisa llevar prótesis antiequino y usar dos muletas”.

Nos encontramos, por tanto, ante un supuesto de pérdida de oportunidad que se caracteriza “(...) por la incertidumbre acerca de si la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente” [Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de septiembre de 2018 (Rec. 976/2016)].

Como recordamos en el reciente Dictamen 788/24, de 12 de diciembre, en la concurrencia de una pérdida de oportunidad, el objeto de reparación no es el daño final, sino un daño moral, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable para el paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad perdida.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 recuerda que, en la pérdida de oportunidad no se indemniza la totalidad del perjuicio sufrido, sino que precisamente ha de valorarse la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida, en este caso en tiempo, pudiera haber evitado o minorado el daño. Hay que valorar dos elementos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que se hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de este mismo [sentencias del Tribunal Supremo, de 19 de octubre de 2011 (recurso nº 5893/2006) y de 22 de mayo de 2012

(recurso nº 2755/2010) y de 3 de diciembre de 2012 (recurso de casación para la unificación de doctrina nº 815/2012)].

Es importante señalar, que normalmente, la pérdida de oportunidad resulta de difícil o incierta apreciación en la mayoría de las ocasiones, pues se trata en realidad de una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo, por lo que hay que acudir a las circunstancias concretas del caso y a su valoración.

En este caso, considerando todas las circunstancias que se han puesto de manifiesto en el dictamen, esta Comisión Jurídica Asesora considera adecuado reconocer una cantidad global de 60.000 euros.

El reconocimiento de una cantidad global ha sido el criterio acogido por esta Comisión Jurídica Asesora en anteriores dictámenes, teniendo en cuenta el carácter meramente orientativo del baremo de accidentes de tráfico (así, los dictámenes 136/18, de 22 de marzo y 123/22, de 8 de marzo, entre otros). En los mencionados dictámenes nos hicimos eco de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que opta por la valoración global del daño, acogiendo la doctrina del Tribunal Supremo (así, la Sentencia de 17 de julio de 2014) en la que se dice que *“la jurisprudencia ha optado por una valoración global que, a tenor de la STS de 3 de enero de 1990, derive de una “apreciación racional aunque no matemática” pues, como refiere la Sentencia del alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se “carece de parámetros o módulos objetivos” debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el perjuicio de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la STS de 23 de febrero de 1998, “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas” en una suma dineraria”*.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer, previa acreditación de la representación del reclamante, una indemnización de 60.000 euros, cantidad ya actualizada.

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 19 de diciembre de 2024

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 800/24

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid