

Dictamen n.º: **138/25**  
Consulta: **Consejera de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **13.03.25**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 13 de marzo de 2025, 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 Dña. ....., (en adelante “*la reclamante*”), por los daños y perjuicios que entiende sufridos, atribuidos a una incorrecta asistencia médica en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz, con ocasión de la realización de una discectomía.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Con fecha 13 de octubre de 2021, la reclamante, actuando representada por abogado, registra escrito de responsabilidad patrimonial, por los daños y perjuicios que entienden se le han generado como consecuencia de una incorrecta asistencia médica en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz (en adelante HUFJD).

La reclamación relata que en el mes septiembre del año 2020, la interesada sufrió una lesión mientras se encontraba en un entrenamiento, a raíz de la que mantuvo una consulta telefónica con el

Centro de Salud de Santa Mónica, dónde le fue pautado un tratamiento conservador, acudiendo igualmente a sesiones de fisioterapia.

Toda vez que su situación no mejoraba, acudió vía urgencia a su centro de Atención Primaria, donde se le decidió administrar Enantyum inyectado y solicitar la realización de radiografías en el Hospital Universitario del Sureste.

Continúa señalando que ante la intensidad de los dolores y la lista de espera existente en el meritado centro hospitalario, decidió solicitar una canalización para ser vista en el Centro de Especialidades de Pontones, adscrito al HUFJD.

La consulta con el Servicio de Traumatología tuvo lugar el día 30 de septiembre de 2020. Tras las exploraciones oportunas el facultativo advirtió a la reclamante que era probable que tuviera dañado el disco de la vértebra L-5, solicitando la realización de una RMN, que se efectuó el 6 de octubre de 2020, informando de la presencia de una anomalía transicional de lumbarización parcial de S1 y una hernia discal en L5-S1 que producía estenosis severa.

Ante estos resultados, la traumatóloga comunicó telefónicamente a la reclamante que la derivaba al Servicio de Neurocirugía para que valorasen si aplicar un tratamiento conservador o proceder con una intervención quirúrgica.

Así, el día 20 de octubre de 2020, acudió a consulta del Servicio de Neurocirugía del HUFJD, donde el facultativo indicó que no era viable un tratamiento conservador y que era necesario proceder con la cirugía a la mayor brevedad, pues de no ser así podría no recuperarse la fuerza y sensibilidad en la pierna izquierda.

El 3 de noviembre del año 2020, se llevó a cabo la intervención. Según se describió en el informe correspondiente la misma consistió en

una discectomía en L5-S1 izquierda. Dados los dolores que presentaba en el postoperatorio se le realizó una RMN, siendo posteriormente dada de alta.

Según se indica, ya en su domicilio accedió al “*Portal del Paciente*” para comprobar si ya estaban los resultados de la RMN, apercibiéndose en ese momento que el radiólogo informaba que persistía la hernia discal lumbar L5-S1, por lo que se puso en contacto telefónico con el HUFJD para poner en conocimiento lo evidenciado en la RMN, señalando la facultativa actuante que se había equivocado de disco y había operado L4-L5.

Por ello, el día 13 de noviembre del año 2020, fue sometida a una nueva intervención en la que se llevó a cabo la discectomía en el espacio vertebral correcto.

El día 3 de diciembre de 2020, acudió a revisión, dónde se le pautó tratamiento de rehabilitación y se citó en abril del año 2021 para realizar una RMN de control y consulta.

Se reseña finalmente que la reclamante se encuentra aún a fecha de la reclamación, en seguimiento por estos hechos, habiendo acudido a diversas consultas (27 de marzo; 8 de abril; 9 de junio 11 y 13 de agosto, todas ellas del año 2021) a consecuencia de la clínica que aun presenta, entre la que destaca la existencia de dolores e incluso algún episodio de falta de control del esfínter anal.

Sobre la base de lo expuesto, los reproches asistenciales formulados a la asistencia prestada vienen referidos a:

- Vulneración de su derecho a la libre autodeterminación, en tanto que el documento de consentimiento informado que se le ofreció y

suscribió, lo era para realizar una cirugía distinta de la que efectivamente se llevó a cabo.

- La indicación del tipo de cirugía en vista del tamaño de la hernia.
- Operar en un espacio equivocado (un disco sano) dejando sin solucionar el problema que presentaba la reclamante.
- Un incorrecto seguimiento postoperatorio, llegando a darse el alta a la reclamante sin conocer los resultados de la RMN realizada que evidenciaba que la intervención no se llevó a cabo en el lugar correcto.

No se cuantifica la indemnización pretendida.

Se adjunta a la reclamación, copia de escritura pública de poder general para pleitos, de 29 de septiembre de 2021, otorgada por la reclamante en favor del abogado actuante.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, el órgano instructor solicitó la historia clínica, pudiéndose extraer los siguientes hechos de interés:

La reclamante, de 22 años de edad a la fecha de los hechos objeto de reclamación, carecía de antecedentes médicos relevantes a los efectos de la reclamación interpuesta.

El 22 de septiembre de 2020, tiene lugar una consulta telefónica con el facultativo de Atención Primaria del Centro de Salud Las Acacias, ante la lumbociática padecida desde hace 14 días, pautándose dexketoprofeno y Diazepam.

El día 24 de igual mes y año, acude a dicho centro de salud, por empeoramiento. En anotación se consigna *“nota calambres en Mli. Lasséque negativo, no alteración NV distal, consigue ponerse en pie y carninar suavemente. Indico aine lm ahora. No vasovagal. Explico ejercicio*

*suave, calor local, analgesia y valorar evolución*". Se pauta la realización de una radiografía.

El 6 de octubre de 2020, se realiza resonancia de columna lumbar sin contraste, que se informa como "ANOMALIAS TRANSICIONALES lumbarización parcial de S1.

*VERTEBRAS: Altura, morfología y señal normal*

*ESTÁTICA VERTEBRAL: Normal*

*ALINEACIÓN VERTEBRAL: Normal*

*DISCOS INTERVERTEBRALES: Discopatía degenerativa:*

*L5-S1: protrusión discal subarticular izquierda de 9 x 8 x 9 mm (T x AP x L) con estenosis severa del receso lateral y compromiso de la raíz de L5 izquierda*

*ART. INTERAPOFISIARIAS: Normales*

*CANAL RAQUÍDEO: Estenosis Secundaria del receso lateral L5-S1 izquierdo por la protrusión referida.*

*CONO MEDULAR: Normal, a la altura de L1*".

Concluyéndose en la presencia de una protrusión discal focal L5-S1 subarticular izquierda con compromiso de la raíz de L5 izquierda.

El 3 de noviembre de 2020, ingresa en el HUFJD para cirugía programada. En cuanto a la intervención quirúrgica se consigna "procedimiento Quirúrgico: Microdiscectomía L5-S1 izquierda.

*Abordaje: Abierto.*

*Lateralidad: Izquierda.*

*Con drenaje: No.*

*- Vía de acceso: Interlaminar*

*-Hallazgos: Hernia discal L5-S1 izquierda*

*- Técnica Intervención: Tras consentimiento informado y bajo anestesia general se procede al marcaje de incisión con rx intraoperatorio.*

*Se realiza disección subperiostica del espacio L5-S1, se confirma espacio L5-S1 con rx.*

*Se realiza flavectomia, hemilaminectomia parcial de L5 izquierda.*

*Se identifica raíz S1 izquierda, y hernia discal L5-S1.*

*Se realiza microdiscectomía L5-S1 evidenciándose disco muy friable, hasta liberación de raíz.*

*Hemostasia. Se aplica dexametasona en región quirúrgica.*

*Cierre por planos”.*

El 4 de noviembre de 2020, se interesa RMN lumbar. Al día siguiente, se procede con la RMN pautaada, al tiempo que se decide el alta domiciliaria con previsión de revisión en consulta.

La RMN realizada acredita la persistencia de la hernia discal L5-S1 izquierda y del compromiso radicular, por lo que se decide reintervención quirúrgica mediante nueva discectomía lumbar.

El 13 de noviembre de 2020, se procede con dicha reintervención quirúrgica, consignándose en la historia clínica al respecto de la misma “*PROCEDIMIENTO: Discectomía L5-S1 izquierda. Reintervención. (.....)*”

- *Técnica Intervención: Anestesia general. Decúbito prono sobre soporte lumbar. Se amplía incisión previa al espacio discal inferior*

*L5-S1 (anomalía de transición con lumbarización de S1). Abordaje unilateral izquierdo. Flavectomía y hemilaminectomía parcial*

*L5-S1. Con visión de microscopio quirúrgico se observa raíz nerviosa muy comprimida por cúpula herniaria subyacente. Se practica discectomía del espacio con ayuda de curetaje, gancho y pinzas de disco. El tejido discal está muy gomoso y adherido a planos de ligamento vertebral común y de platillos. Se va extrayendo a pequeños fragmentos, y en algún momento sale algún fragmento más grande. Al finalizar se consigue vaciado de la mayor parte del espacio discal y la raíz nerviosa queda libre de compresiones y perfectamente desplazable. Se instila dexametasona epidural. Cierre de forma convencional sin complicaciones”.*

En cuanto a la evolución postquirúrgica de la reclamante, se recoge “durante la evolución postoperatoria la paciente presenta mal control del dolor y mala tolerancia a ciertos analgésicos IV, situación que va mejorando algo posteriormente. Refiere que el dolor ha tenido un cambio de patrón, que es sobre todo en talón izquierdo, y ambas rodillas. La ciática es menos intensa y no tiene apenas dolor lumbar. No pérdida de fuerza motora”.

El 16 de noviembre de 2020, es dada de alta con previsión de revisión en Neurocirugía en dos a tres semanas.

El 3 de diciembre de 2020, acude a revisión en dicho Servicio de Neurocirugía. Consta al respecto de la misma “buena evolución. Sin lumbalgia y la ciatalgia ha remitido casi por completo.

*Quedan todavía molestias en gemelo izquierdo, algo de quemazón en planta de pie y dolor puntual en nalga*

*Se solicita valoración para tto. Rehabilitador.*

*Se recomienda continuar con adecuados cuidados posturales de columna lumbar. Durante los primeros 3 meses tras la cirugía no realizar sobrecargas importantes con la columna”.*

Se prevé revisión en cuatro meses, con RMN lumbar de control.

En dicha fecha se procede a su inclusión en la lista de espera de Rehabilitación, constando en la historia clínica que el 30 de diciembre de 2020, tiene lugar el fin del tratamiento, figurando que ha recibido tres sesiones.

El 8 de abril de 2021, acude nuevamente a consulta de revisión en Neurocirugía, reflejándose en relación a la misma “*evolución favorable si bien queda dolor residual en zona sacroiliaca derecha y en menor intensidad algo de lumbalgia. No ciatalgia. Algo de acorchamiento en muslo no constante. Está haciendo tratamiento de fisioterapia, y realiza ejercicios de natación.*

*\*\*RM lumbar: Buen resultado radiológico sin hernias discales ni compresiones radiculares en el momento actual.*

*Mínimos cambios posquirúrgicos y degenerativos en zonas discales*

*Se recomienda continuar con adecuados cuidados posturales de columna lumbar y medidas rehabilitadoras.*

*Incrementar progresivamente según tolerancia su actividad física*

*No precisa más revisiones salvo empeoramiento”.*

**TERCERO.-** Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial de acuerdo con la Ley

39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Por escrito de la instrucción de 21 de octubre de 2021, dirigido al abogado actuante se le informa de la admisión a trámite de la reclamación, de la normativa de aplicación, del plazo de resolución y de los efectos del silencio administrativo para el caso de inexistencia de resolución expresa.

Por escrito de la instrucción notificado en igual fecha, se pone en conocimiento del HUFJD la interposición de la reclamación, emplazándole para su personación en el expediente, requiriendo copia de la historia clínica e informe del servicio afectado. De igual modo se les requiere para que informen si la atención fue o no prestada a través del concierto existente con la Consejería de Sanidad, y si los facultativos intervinientes en dicha atención pertenecen a la Administración Sanitaria Madrileña.

Por escrito de 28 de octubre de 2021, la aseguradora del SERMAS acusa recibo de la comunicación de la interposición de la reclamación que nos ocupa, señalando al respecto que *“observamos que los hechos reclamados ocurren en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz.*

*Al no estar asegurado por SHAM dicho centro sanitario, informamos que no podemos dar garantía a la asistencia prestada en el mismo, rogando se informe a la compañía aseguradora del mismo de esa nueva declaración”.*

Con fecha 18 de noviembre de 2021, el HUFJD se persona en el expediente tramitado, aportando copia de la historia clínica del reclamante, informe del Servicio de Neurocirugía, informando igualmente que la asistencia fue prestada al amparo del concierto existente.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 81.1 de la LPAC, figuran en el expediente, los correspondientes informes de los servicios médicos del HUFJD que prestaron la asistencia médica objeto de reproche.

Así, fechado el 4 de noviembre de 2021, figura informe del Servicio de Neurocirugía, en el que al respecto de la asistencia reclamada se señala *“tras valorar la Resonancia realizada la Dra. (...) observa que queda hernia discal, y los datos sugieren: que se operó el espacio superior al afectado, es decir el L4-L5, pese a comprobarlo con radiología intraoperatoria. Explicó en ese momento a la paciente que puede deberse a la anormal situación de tener una lumbarización parcial. La lumbarización es una anomalía en la que la diferenciación entre las vértebras lumbares y el sacro no es completa, hay alguna vértebra sacra que parece un poco una normal. Esto es una variante anatómica que dificulta el recuento de las vértebras. La paciente había sufrido nuevo deterioro importante, por lo que se recomienda nueva cirugía.*

*Posteriormente se realizó una segunda intervención, para la que se asignó a otro neurocirujano por deseo de la paciente. El 13 de noviembre se realizó la extirpación de la hernia, es decir, 23 días después de la primera valoración en Neurocirugía y un mes y 17 días después de la resonancia que diagnosticó la hernia”.*

Continúa señalando que *“de los hechos descritos, es cierto que en la primera intervención no se extirpó la hernia L5S1 sino un pequeño fragmento del disco superior.*

*La explicación de que ocurriera eso radica en que para la intervención de microdiscectomía no existe un sistema perfecto de orientación que permita ver el disco herniado, se puede utilizar, y así se hizo en este caso, un sistema de radiología simple. Los Rayos X simples, no muestran la hernia, sino los cuerpos vertebrales, el cirujano debe interpretar la imagen de los cuerpos vertebrales, y compararla con la imagen la RM para llegar*

*al espacio correcto. Es una maniobra que no siempre es perfecta. Por ese motive, el consentimiento informado de la cirugía de hernia discal indica que existe un riesgo del 1% de operar un espacio diferente. En este caso ocurrió pese a utilizar la radiología dentro del quirófano, es decir, se usaron los medios disponibles, y se hizo conforme a la lex artis. Esta situación no debe confundirse con los casos en los que se comete un error y se opera el lado equivocado, o un procedimiento incorrecto. En este caso, es algo que está en consentimiento informado porque no existe la forma perfecta de evitarlo y hacerlo riesgo 0.*

(.....)

*Los datos no sugieren que la paciente haya sufrido un daño por la primera intervención, más allá de los 10 días de retraso. Queda la cuestión de la pequeña lesión producida en el disco L4L5, la cual es mínima, como se pone de manifiesto en que la Resonancia postoperatoria, no observa diferencias, hasta el punto de que el radiólogo no es capaz de apreciar en su informe lo que ha ocurrido”.*

De igual modo, figura informe de facultativo de Atención Primaria, del Centro de Salud Santa Mónica, de 4 de enero de 2022, en el que se limita a dar cuenta de la asistencia prestada a la reclamante.

Por la Inspección Médica se emite el correspondiente informe el 19 de enero de 2023, en el que se entiende que ha habido una actuación contraria a la *lex artis ad hoc*, en lo referido al documento de consentimiento informado firmado por la reclamante en octubre de 2020, en el que no se recogía la complicación por ella sufrida, al ser para otro tipo de intervención quirúrgica.

Figura en el expediente, escrito de la aseguradora del HUFJD, de 4 de julio de 2024, en el que se indica que la negociación entablada con la

reclamante ha fracasado “*dada la imposibilidad de acercamiento de posturas sobre la valoración del daño*”.

En línea con ello, obra informe de valoración del daño elaborado por licenciada en Medicina y Cirugía, en el que se recoge una indemnización por importe de 14.414,28 euros, con el desglose que es de observar, a lo que indica debería añadirse la indemnización por la incorrección del documento de consentimiento informado que no se valora al no estar sujeto a baremo.

El 14 de octubre de 2024, se notifica el preceptivo trámite de audiencia a la reclamante, formulándose alegaciones con esa misma fecha, en las que se limita a reiterarse en la reclamación interpuesta, mostrando su disconformidad con la indemnización propuesta en el expediente.

Concedido igual trámite de audiencia al HUFJD, se formulan alegaciones el 23 de octubre de 2024, en las que solicita se dicte resolución que contemple que se ha actuado conforme *lex artis*, estimando parcialmente la reclamación exclusivamente en razón de que no se recogió el error en la identificación del espacio intervertebral en el consentimiento informado firmado por la paciente para su intervención.

Por la viceconsejera de Sanidad se formula el 11 de febrero de 2025, la oportuna propuesta de resolución en la que se interesa estimar parcialmente la reclamación interpuesta, reconociendo a la reclamante una indemnización por importe de 17.483,83 euros.

**CUARTO.-** El 19 de febrero de 2025, tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial. Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente 97/25 al letrado vocal D. Javier Espinal Manzanares que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de

esta Comisión Jurídica Asesora en sesión del día citado en el encabezamiento.

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 indeterminada, y a solicitud de la consejera de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en 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 de conformidad con su artículo 1.1, 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 (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

En cuanto a la legitimación, la reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la LRJSP, al ser la directamente afectada por la actuación médica objeto de reproche.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria fue dispensada por el HUFJD, en virtud del concierto suscrito con la misma. En este punto cabe indicar que 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 ha manifestado esta Comisión Jurídica Asesora (dictámenes 112/16, de 19 de mayo; 193/17, de 18 de mayo y 107/18, de 8 de marzo, entre otros muchos) asumiendo la reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada, entre otras, en las sentencias de 30 de enero (recurso 1324/2004, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 8ª) y de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 9ª).

En esta misma línea se sitúa la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Décima, de 16 de octubre de 2023 (rec. 50/2022) al señalar *“en la contestación de la Comunidad sobre la exoneración de responsabilidad de la Administración de la Comunidad pues la relación que tiene con IDC Salud-Valdemoro es la propia de un concierto, y, en cuanto tal es IDC Salud quien tiene que asumir esa responsabilidad. No es cierto, la responsabilidad frente al perjudicado es solidaria, y existen numerosos argumentos para llegar a tal conclusión, y a ellos nos referimos en nuestra reciente sentencia de fecha de 9 de junio de 2022 (Rec. 500/2020) en que nos remitíamos a otros muchos pronunciamientos anteriores de esta Sala, pero vamos a destacar, por su similitud con el presente caso, la ratio decidendi contenida en la sentencia de esta misma Sala y Sección de fecha 7 de octubre de 2015 (recurso nº 1365/2012), resolución en la que con reiteración de lo declarado en la precedente de 17 de julio de 2014”*.

En lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 67.1 LPAC, el derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo, precisando que, 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. En el presente caso, la reclamación se formula con fecha 13 de octubre de 2021, constando en las actuaciones que la asistencia médica reprochada se produce el 3 de noviembre de 2020, por lo que considerando estas fechas cabe entender que la reclamación ha sido formulada dentro del plazo legalmente previsto.

Por lo que se refiere al procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se observa que en cumplimiento del artículo 81 de la LPAC, se han emitido informe por el servicio médico del HUFJD que intervino en la asistencia prestada al reclamante, así como por el facultativo de Atención Primaria. De igual modo consta incorporada la historia clínica de la asistencia prestada al paciente en el citado HUFJD. Tras ello, se confirió trámite de audiencia a la reclamante y al HUFJD que hicieron uso del trámite concedido en los términos expuestos.

Finalmente se redactó la propuesta de resolución de estimación parcial de la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada.

En suma, pues, de todo lo anterior, 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, 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 por la LRJSP.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, 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 de casación 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 el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de

2022 (recurso 771/2020), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo: *«el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes, al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de antijurídico, es decir: que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar», debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido (cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la lex artis ad hoc».*

*En consecuencia lo único que resulta exigible a la Administración Sanitaria " ... es 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 este tipo de responsabilidad es una indebida aplicación de medios para la obtención de resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente" ( STS Sección 6ª Sala C-A, de 7 marzo 2007).*

*En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia (SSTS de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).*

*En definitiva, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o*

*anormal de los servicios de asistencia sanitaria, no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo, sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, que puede producirse por el incumplimiento de la lex artis o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.*

*A lo anterior hay que añadir que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento que se producen aquéllos, de suerte que si la técnica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar y ello aunque existiera un nexo causal.*

*En la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello causó el daño o más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente».*

**CUARTA.-** En este caso, como hemos visto en los antecedentes, la reclamante entiende que se ha producido una incorrecta asistencia médica, con ocasión de la intervención quirúrgica de discectomía a la que fue sometida.

En este caso, de acuerdo con las alegaciones efectuadas en la reclamación, lo relevante a la hora de enjuiciar la responsabilidad patrimonial es si efectivamente se incurrió en la mala praxis denunciada, pues como hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, en la medicina curativa nos encontramos ante obligaciones de medios y no de resultado, de tal forma que se cumple la *lex artis* cuando se utilizan todos

los medios (de diagnóstico, de tratamiento, etc.) de los que se dispone. También hemos dicho con frecuencia que esta obligación de medios debe entenderse ceñida al contexto del momento y las circunstancias en que se efectúa la asistencia, es decir, a los síntomas que presenta el paciente y a las probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología. En este sentido, con cita de la jurisprudencia, hemos recordado que lo que procede es un empleo de medios ordinarios y diligencia para cerciorarse de los diagnósticos que se sospechen, sin que se pueda cuestionar el diagnóstico inicial por la evolución posterior de los acontecimientos.

Centrado así el objeto de la reclamación, vamos a analizar los reproches formulados, partiendo de lo que constituye la regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 8 de abril de 2022 (recurso 1079/2019), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Además, como añade la citada sentencia, *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica”*.

Partiendo de lo señalado, entendemos que la reclamante no ha aportado prueba alguna que venga a acreditar que la asistencia prestada fuera incorrecta en los términos que son objeto de reproche, mientras que, por el contrario, los informes médicos que obran en el expediente contrastados con la historia clínica examinada descartan la mala praxis denunciada.

Particularmente, la Inspección Sanitaria, tras analizar el proceso asistencial que consta en las actuaciones, ha considerado que la actuación asistencial prestada fue conforme a la *lex artis*, sin perjuicio de

lo señalado en relación a la información suministrada a la paciente. En este punto cabe recordar el especial valor que esta Comisión Jurídica Asesora atribuye a la opinión de la Inspección Sanitaria, pues, tal y como recuerda el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así su Sentencia de 24 de mayo de 2022 (recurso 786/2020), *“sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen también 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”*.

Refleja en primer lugar el inspector actuante que el HUFJD actuó de manera diligente con la paciente, señalando como consideración general que *“no haber tratado con esa diligencia a la paciente podía haber tenido consecuencias definitivas y no haber podido recuperar fuerza y sensibilidad como se ha conseguido en este caso”*.

Por lo que se refiere al aspecto técnico de la asistencia prestada a la paciente, señala la Inspección que *“la RNM que se hace el 6 de octubre de 2020 en la FJD demuestra que hay una hernia de disco, además de una lumbarización parcial , es decir que parece que el paciente tenga una vértebra más y sea más fácil la equivocación en la intervención pese a que se utilice apoyo radiológico en la intervención y es por eso que se asume que puede existir una posibilidad de error del 1 % y eso se refleja en el consentimiento informado de las intervenciones de hernia discal , y así se hizo en la segunda intervención del día 13”*.

Continúa señalando al respecto el informe de la Inspección que *“la intervención se realizó contando con todos los medios necesarios como es contar radiología dentro del quirófano y en el parte de quirófano se afirma que se realizó disección del espacio con radiología”*.

Con independencia del reproche formulado por la Inspección en relación a la información suministrada a la paciente, al que luego nos referiremos, es lo cierto que el error padecido por la cirujana actuante figura, en el documento de consentimiento informado, como riesgo general de la discectomía lumbar practicada a la interesada, indicándose que el error de espacio intervertebral concurre en un porcentaje de casos que se sitúa en una horquilla de entre el 0 al 1,4%.

Descarta, por otro lado, un eventual incorrecto seguimiento postoperatorio de la primera intervención, indicando al respecto que *“un aspecto relevante para conocer los hechos y el resultado de la intervención es la actitud diligente del centro que al no ceder el dolor tras la intervención, la hacen una RNM antes de dar el alta a la paciente lo que consideramos otro factor determinante de buena práctica”*.

Cabe estar por tanto a la conclusión alcanzada por la Inspección al entender que *“en líneas generales, no se ha podido objetivar ningún comportamiento negligente ni dejadez del deber del cuidado en los profesionales sanitarios que atendieron a D<sup>a</sup> (...) los días 3 y 13 de noviembre de 2020 en el Hospital Universitario Fundación Jiménez Díaz sino que al contrario se actuó de forma diligente para lograr el mejor resultado para la recuperación de su salud, actuando de forma diligente en todo momento”*.

**QUINTA.-** En línea con lo expuesto, resta por abordar el reproche formulado por la reclamante, referido a la eventual vulneración de su derecho a la libre autodeterminación, en tanto que el documento de consentimiento informado que se le ofreció y suscribió, lo era para realizar una cirugía distinta de la que efectivamente se llevó a cabo.

Conforme se ha visto anteriormente, esta queja es asumida por la Inspección Médica, considerando que es el reproche del que resulta acreedora la asistencia prestada.

La Sentencia de 19 de julio de 2024, de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Décima, sintetiza la posición jurisprudencial sobre la previsión que nos ocupa, señalando *“en lo que ahora interesa, entre muchas otras, la sentencia de Tribunal Supremo de 4 de diciembre de 2012, con cita de la de 26 de marzo del mismo año, declaraba lo siguiente: «Resulta claro que tanto la vigente regulación, más detallada y precisa, como la anterior coinciden en un punto esencial, esto es la exigencia del "consentimiento escrito del usuario" (art. 10.6 Ley General de Sanidad, 14/1986, art. 8.2. Ley 41/2002) para la realización de intervenciones quirúrgicas. Si bien actualmente también se prevea respecto de procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgo o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente.*

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

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

*.../...Por ello la regulación legal debe interpretarse en el sentido de que no excluye de modo radical la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito. Sin embargo, al exigir que el consentimiento informado se ajuste a esta forma documental, más adecuada para dejar la debida constancia de su existencia y contenido, la nueva normativa contenida en la Ley General de Sanidad tiene virtualidad suficiente para invertir la regla general sobre la carga de la prueba, (según*

*la cual, en tesis general, incumbe la prueba de las circunstancias determinantes de la responsabilidad a quien pretende exigirla de la Administración)".*

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

*... En fecha reciente el Tribunal Constitucional ha declarado (FJ 7º) en su STC 37/2011 de 28 de marzo de 2011, estimando un recurso de amparo por quebranto de los arts. 15 y 24.1. CE que "no basta con que exista una situación de riesgo para omitir el consentimiento informado, sino que aquél ha de encontrarse cualificado por las notas de inmediatez y de gravedad".*

*Nuestra jurisprudencia (SSTS 29 de junio 2010, rec. casación 4637/2008, 25 de marzo de 2010, rec. casación 3944/2008), sostiene que no solo puede constituir infracción la omisión completa del consentimiento informado sino también descuidos parciales.*

*Se incluye, por tanto, la ausencia de la obligación de informar adecuadamente al enfermo de todos los riesgos que entraña una intervención quirúrgica y de las consecuencias que de la misma podían derivar una vez iniciada una asistencia hospitalaria con cambio de centro médico y tipo de anestesia.*

*Debe insistirse en que 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.*

*Además, hemos desvinculado la falta o insuficiencia de consentimiento informado, de la existencia de mala praxis, pues el defecto o insuficiencia en el consentimiento constituye, en sí mismo, mala praxis. Así lo acabamos de afirmar en nuestra sentencia de fecha 30 de septiembre de 2011, recurso 3536/2007 y las que en ella se citan”».*

*Justifica la Inspección el reproche sostenido en relación a la información suministrada a la paciente con ocasión de la primera intervención quirúrgica, indicando que “esta vez sí contó con un consentimiento informado que recoge que en las hernias de disco se puede producir un error de localización del espacio intervertebral del 0 al 1,4 %, esta apreciación que se hace en este consentimiento previo a la segunda intervención para paliar los efectos la primera intervención 10 días después , no figura en el consentimiento firmado para la intervención que se hizo la primera vez días antes y donde además se filio la intervención en vez de discectomía lumbar como se hizo en la segunda ocasión , se filio como por Laminotomía y foraminotomía y posible fijación interespinosa y este es el reproche que encontramos en la actuación, el inadecuado consentimiento informado que se firmó previamente a la primera intervención”.*

*Concluyendo que “no es menos cierto que la posibilidad de que se produjera el error en la identificación del espacio intervertebral a intervenir, no se recogió en el consentimiento informado que la paciente firmo el 20 de octubre de 2020, que trataba sobre laminotomía y foraminotomía, lo que supone una actuación contraria a la Lex artis ad hoc y desgraciadamente en este caso se produjo el error de identificación no contemplado previamente en el consentimiento”.*

*Se infringió por tanto el derecho a la información adecuada de la paciente desde el momento en que se le ofreció un documento de*

consentimiento informado propio de otra intervención quirúrgica distinta a la que se le realizó, siendo así que como tal documento ajeno a la misma no recogía como posible error general el que efectivamente concurrió, que ya hemos visto sí que figuraba como tal en el documento de consentimiento propio de la discectomía que se le practicó a la paciente en las dos ocasiones de referencia y que únicamente se le entregó para la segunda de ellas.

**SEXTA.-** Sentado lo anterior, procede pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

La reclamante no cuantifica la indemnización pretendida ni en su escrito de reclamación inicial ni en las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia.

La propuesta de resolución, sobre la base del informe de valoración del daño corporal antes mencionada, viene a reconocer como conceptos a indemnizar los referidos a:

- Lesiones temporales, desde la fecha de la segunda cirugía, hasta la fecha del electromiograma en que se considera establecido el cuadro residual.

- Segunda cirugía, clasificada como grupo IV.

- Secuelas del nervio ciático común.

- Consentimiento informado parcial.

Expuesto en consideraciones anteriores que, siguiendo el razonamiento ofrecido por la Inspección Médica, entendemos que no hay infracción alguna de la *lex artis ad hoc* en lo referido a la primera de las intervenciones quirúrgicas de las que fue objeto la paciente, se impone señalar que conforme a ello sería improcedente la consideración como

indemnizables de los conceptos previstos en la propuesta de resolución referidos a las lesiones temporales, segunda cirugía y secuelas del nervio ciático, que exigirían una previa infracción acreditada de la *lex artis* que no concurre en el expediente que nos ocupa, en el que únicamente se ha producido uno de los errores generales propios de la intervención quirúrgica desarrollada, tal y como se ha señalado con anterioridad.

Así las cosas, el único daño susceptible de ser indemnizado es el referido a la infracción del derecho de información de la paciente, al habersele proporcionado el documento de consentimiento informado de una intervención quirúrgica distinta de la que realmente se le realizó.

La propuesta de resolución entiende que ha habido un incumplimiento parcial de la obligación de información por cuanto en la historia clínica, consulta clínica del 20 de octubre de 2020, se refleja que se explicó a la reclamante la cirugía programada.

No se comparte por esta Comisión Jurídica Asesora dicho parecer, toda vez que se desconoce el alcance de la información que se le proporcionó a la paciente en la consulta de referencia, siendo lo cierto y relevante que el documento escrito que se le proporcionó y que sirve para que puede alcanzar un conocimiento completo y detallado de la intervención a realizar, sus eventuales complicaciones, riesgos personalizados y demás circunstancias relevantes, es como se ha señalado ajeno a la intervención realizada, que tenía su propio documento de consentimiento informado en el que sí que se reflejaba el eventual error que luego concurrió, respecto del que la paciente no tenía conocimiento alguno previamente a la intervención, por lo que no cabe considerarlo como un mero descuido parcial, máxime cuando efectivamente se produjo una de las posibles complicaciones propias de la cirugía realizada.

Como señalábamos en nuestro dictamen 189/24, de 11 de abril, “*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 (recurso 592/2006) y 23 de marzo de 2011 (recurso 2302/2009)-. En punto a su concreta indemnización, la reciente Sentencia de 11 de mayo de 2016 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso. 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”.*

Procede al señalar al respecto de esta valoración que esta Comisión Jurídica Asesora viene valorando el daño ocasionado por la falta de consentimiento informado en la cantidad de 9.000 euros, por lo que se impone estar a dicha valoración al no concurrir otras circunstancias que justifiquen una eventual variación.

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

### **CONCLUSIÓN**

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada, por vulneración del derecho a la información de la paciente, que deberá ser indemnizada en la cantidad global y actualizada de 9.000 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 13 de marzo de 2025

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen n.º 138/25

Excma. Sra. Consejera de Sanidad

C/ Aduana, 29 - 28013 Madrid