

Dictamen nº: **220/18**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **17.05.18**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 17 de mayo de 2018, emitido ante 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 Dña. (en adelante “*la reclamante*”, “*la interesada*” o “*la paciente*”) en relación con la asistencia sanitaria dispensada por el Hospital Universitario Rey Juan Carlos al realizarle infiltraciones sin resultados y con defectos de información.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el registro del Cuartel General del Ejército del Aire el 26 de febrero de 2016, la interesada antes citada, que dice actuar asistida de los letrados que relaciona, formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por la, a su juicio, atención irregular prestada a la misma por el Hospital Universitario Rey Juan Carlos. Según refiere en su escrito, en octubre de 2013, cuando tenía 36 años de edad acudió a su médico de cabecera por sufrir un cuadro intenso de lumbociática de repetición irradiado a los miembros inferiores por lo que se le dio de baja y se le derivó a especialistas, quienes tras ver una resonancia magnética (RNM)

que le hicieron en junio, le diagnosticaron “*lumbociatalgia izquierda*” le pautaron tratamiento y le prescribieron nueva RNM, hecha el 29 de octubre, que objetivó, según consta en revisión de fecha 4 de noviembre, “*leve hiperlordosis lumbar. Mínimo Abombamiento L4-L5 sin aparente compromiso radicular*”, por lo que la remitieron al Servicio de Rehabilitación donde no logró mejoría clínica.

Refiere que en enero de 2014 le indicaron un electromiograma que arrojó resultados normales, por lo que en febrero de 2014 el médico Traumatólogo le dio el alta médica y la derivó al Servicio de Neurología y a la Unidad del Dolor del Hospital Universitario Rey Juan Carlos. En la consulta de Neurología de febrero de 2014 le confirmaron el diagnóstico de “*lumbociatalgia izquierda sin claros signos de radiculopatía ni neuropatía*” y le solicitaron RNM Lumbosacra, y en marzo de 2014, la Unidad del Dolor le diagnosticó “*síndrome miofascial cintura pélvica izquierda*” para cuyo tratamiento de pautaron infiltraciones y fármacos.

Reprocha que le realizaron tres infiltraciones deficientes en que empeoró su estado al ser distinto el facultativo que la prescribía y el que la ejecutaba. Especifica que en la de 8 de mayo de 2014 había firmado un consentimiento informado para infiltración mediante control radiográfico y, sin embargo, se la realizaron mediante ecógrafo; que en la de 12 de agosto le hicieron la punción sobre los músculos del “*cuadrado lumbar, psoas ilíaco y piriforme izquierdo*”, cuando en junio le habían prescrito la punción en el “*cuadrado lumbar y piriforme izquierdo*”, sin que su dolor mejorara sino que se acentuó, recibiendo el alta el 11 de septiembre de 2014 y derivación a seguimiento de Unidad del Dolor; y que en diciembre de 2014 le abordaron en la zona sacroilíaca izquierda, cuando en octubre le habían prescrito que la punción fuera sacrococcigea, sin que, en todo caso, se le brindara consentimiento informado para esta tercera infiltración, sufriendo mayor parestesia, calambre y dolor.

Añade que en la revisión de 12 de enero de 2015 mostró su insatisfacción en la Unidad del Dolor porque no había mejorado, por lo que la propusieron una cuarta infiltración, que se realizó el 23 de enero bajo sedación superficial, pese a lo que no se mitigó su sintomatología dolorosa, por lo que en mayo de 2015 solicitó segunda opinión médica en el Hospital Universitario Puerta de Hierro; que le realizaron un electromiograma el 29 de mayo que *observó “algunos potenciales de denervación crónica de S1”*, y que en la Unidad del Dolor a que acudió el 10 de agosto, confirmaron el diagnóstico de *“hiperlordosis lumbar”* y le propusieron como tratamiento alternativo de bloqueo diagnóstico terapéutico, una *“radiofrecuencia intracanal del ganglio de raíces dorsales”*, que le realizaron en agosto y octubre de 2015, con el que ha experimentado notable mejoría.

Considera que por las infiltraciones realizadas en el Hospital Universitario Rey Juan Carlos sufrió padecimientos y que hoy tiene limitaciones en actividades de cargas y posturas forzadas que afectan a su profesión de enfermera, que ejerce en situación de alta con limitaciones.

Solicita una indemnización que no cuantifica y aporta diversos informes médicos de la historia clínica así como de salud laboral del hospital en el que trabaja (folios 1 a 64 del expediente administrativo).

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

La reclamante es vista en enero de 2014 por los Servicios de Traumatología y Rehabilitación del Hospital Universitario Rey Juan Carlos en relación con una lumbalgia mantenida desde octubre del 2013 que la interesada describía como muy incapacitante. Con una RNM lumbar, realizada en octubre del 2013, en la que se descarta compresión radicular y un electromiograma realizado en enero de 2014 que descarta

radiculopatía o neuropatía periférica, el Servicio de Terapéutica del Dolor del citado hospital la ve el 5 de marzo del 2014, y tras una exploración compatible le diagnostica síndrome miofascial de cintura pélvica izquierda (fundamentalmente piriforme, pero también cuadrado y psoas). Con este diagnóstico, se programa infiltración diagnóstica de dichos músculos, tratamiento farmacológico con *etoricoxib* y *yurelax* y se programa revisión en consulta en tres meses.

El 8 de mayo se realiza bloqueo de dichos músculos bajo control ecográfico sin incidencias. Se inyecta anestésico local y esteroide como es habitual en este tipo de procedimiento. El 6 de junio es vista de nuevo en consulta donde dice haber notado una mejoría de un 20% en el dolor tras la infiltración. Nota mejoría en la zona correspondiente al músculo psoas y menos en los músculos lumbar y piriforme. Se encuentra en ese momento sin tratamiento oral. Se decide citarla de nuevo para una nueva infiltración, esta vez de los músculos cuadrado lumbar y piriforme, y se pide revisión en 3 meses.

El 12 de agosto se realiza la infiltración bajo control radiológico sin incidencias (músculos cuadrado lumbar, psoas ilíaco y piriforme izquierdos). El 25 de agosto es vista de nuevo en consulta y allí refiere no haber mejorado nada. Tampoco ha tolerado el tratamiento oral con *Zaldiar*. Se encuentra en tratamiento con *diazepam*. También refiere ausencia de mejoría tras tratamiento rehabilitador. A la exploración, presenta dolor en puntos gatillo para músculo piriforme izquierdo, siendo negativos para el resto de músculos. También presenta algunos signos de dolor a nivel de la articulación sacroiliaca. Se inicia tratamiento con *tryptizol* y *palexia*, y se plantea posibilidad de repetir técnica si no mejora en la siguiente revisión en mes y medio.

En la revisión del día 10 de octubre y en vista de la no mejoría, pese a las dos infiltraciones previas y al tratamiento farmacológico se plantea la posibilidad de un bloqueo de articulación sacroccigea. Se disminuye la dosis de *tryptizol* con idea de suspenderlo (la paciente asocia la toma de

este fármaco a la aparición de migrañas). También se comenta que en la siguiente revisión se valorará realizar un bloqueo diagnóstico de la articulación sacroiliaca *vs* bloqueo caudal en el caso de que no exista mejoría clínica. Se recomienda tomar analgesia por vía oral a demanda y continuar con fisioterapia.

El día 4 de diciembre, se le realiza un bloqueo de articulación sacroiliaca izquierda con control radiológico. Durante la realización de la prueba, la imagen radiológica muestra una mala distribución del contraste, pese a que "*la sensación al tacto fue buena*", por lo que la doctora da la infiltración por finalizada. La doctora plantea la posibilidad de repetir la infiltración por otro abordaje o con control ecográfico en caso de que no resulta eficaz.

El 12 de enero de 2015 la paciente es vista en consulta y se encuentra muy indignada por la falta de mejoría tras los bloqueos. Refiere que se le hizo una infiltración sacroiliaca en lugar de la sacrococcigea que se le indicó en primera instancia. Tras explorarla se considera que padece una radiculalgia S1 izquierda con diagnóstico diferencial de dolor secundario a rotación de disco sacrococcigeo. El 23 de enero se le realiza bloqueo del ganglio impar y bloqueo intradiscal sacrococcigeo + radiofrecuencia pulsada de nervio coccígeo izquierdo, junto con bloqueo caudal S3-4 bajo sedación superficial.

El 23 de febrero del 2015 se ve a la reclamante en consulta, quien refiere mejoría a nivel sacrococcigeo, aunque continúa con dolor irradiado por la cara externa del miembro inferior izquierdo (MII) (possible discopatía L4-5). Se continúa con la misma terapia y se deja como opción futura la realización de radiofrecuencia epidural con catéter. Se programa revisión en dos meses.

El 20 de abril de 2015, es vista de nuevo en consulta y refiere que el dolor parece estar controlado pero que las molestias en su MII siguen igual. Solo toma como tratamiento *enantyum*. Se indica la radiofrecuencia

epidural con catéter a ese nivel, pero la reclamante no se somete a este procedimiento y no es vista de nuevo en consulta del Hospital Universitario Rey Juan Carlos.

El 19 mayo de 2015 acude a consulta de Neurología del Hospital Universitario Puerta de Hierro, que refiere “*en el momento actual entre los posibles diagnósticos de radiculopatía S1 izquierda y dolor secundario a rotación de disco sacrococcigeo*”. El 29 de mayo de 2015 le realizan un electromiograma con exploración de las raíces desde la L5 a S2 sin observarse denervación aguda y se observan algunos potenciales de denervación crónica en S1, por lo que se concluye que “*no se observa radiculopatía activa en este estudio*”.

El 10 de agosto de 2015, la Unidad del Dolor de dicho hospital establece el juicio crítico de “*lumbociática izquierda crónica, territorio L5-S1. No ha respondido a bloqueo de músculo piramidal*”, y propone un bloqueo diagnóstico terapéutico “*BRS del GRD L5 y S1 + RFP*”, que se le realiza el 12 de agosto. El 21 de octubre de 2015 le realizan también “*radiofrecuencia epidural con catéter de raíces L5 y S1 izdas (45V 240seg 42°C). Además bloqueo epidural adyacente a dichas raíces administrando 4ml de L-Bupi 0,06 + 3mg de betametasonal*”.

TERCERO.- Presentada la reclamación se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC) y el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP), para notificación a la interesada y al Hospital Universitario Rey Juan Carlos (folios 65 a 68). El centro hospitalario contestó con escrito de 7 de abril de 2016, que la atención a la reclamante fue en virtud del concierto suscrito con la Comunidad de Madrid, siendo los facultativos, personal de la empresa que gestiona los servicios sanitarios de ese hospital.

En cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha incorporado al expediente, además de la historia clínica el informe preceptivo del Servicio médico afectado, en concreto el informe de 5 de abril de 2016 del jefe del Servicio de Anestesia, Reanimación y Terapéutica del Dolor del Hospital Universitario Rey Juan Carlos (folios 144 y 145). Dicho informe refiere la atención dispensada a la reclamante y concluye que la atención fue conforme a la *lex artis* ya que tienen capacidad material y personal para realizar las técnicas que emplearon con la reclamante, actuándose en obligación de medios conforme a unas molestias y una clínica, a lo que se suma que el médico que realiza las infiltraciones tiene tanta capacidad como el que las indica en consulta, siendo posible cambiar la zona infiltrada en razón de la sintomatología con el consentimiento del paciente.

Se ha incorporado al expediente, el informe de fecha 17 de junio de 2016 de la Inspección Médico Sanitaria (folios 365 a 370), que tras examinar la reclamación, la documentación obrante en el expediente y los hechos acontecidos, concluye que:

“1º El tratamiento del dolor lumbar es complejo en sí mismo

2º Hay numerosas técnicas que se pueden aplicar y a esa paciente se la han aplicado todas ellas, de forma sucesiva, aunque no haya tenido éxito en la obtención de resultados.

3º En la sanidad pública, no se da siempre en los servicios especializados la necesaria, la continuidad asistencial y uno es el que sienta la indicación y otro el que realiza la técnica, que es lo que pasó en este caso y no por ello es sinónimo de mala praxis.

4º las consecuencias de la infiltración, en el sacro ilíaco en lugar del sacrococcigea son reversibles y desaparecen con el tiempo. No apreciamos que se hayan producido consecuencias o daño permanente a la paciente por esta actuación

5º la paciente desestimó seguir tratamiento en ese centro las opciones terapéuticas que le dieron

Entendiendo que la paciente, este disgustada por no obtener los resultados esperados y porque inicialmente le dijeron en una ocasión infiltración en la articulación sacrococcigea en lugar de la articulación sacroilíaca que es en la que se la hicieron consideramos que no se ha producido mal praxis en este caso”.

Obra en el expediente un informe médico pericial de la aseguradora del Servicio Madrileño de Salud, de fecha 27 de septiembre de 2016 (folios 371 a 381), que concluye que el síndrome de dolor miofascial lo presentan el 80% de los pacientes que acuden con dolor crónico de espalda a la consulta, siendo un diagnóstico clínico cuyo tratamiento no es fácil, entendiendo que se hizo lo correcto al pasar a las técnicas invasivas con anestésicos locales, realizadas mediante TAC, ECO, fluoroscopia y neuroestimulación, por lo que “*en todo momento se actuó de acuerdo a la lex artis*”.

Tras la incorporación al procedimiento de los anteriores informes, se ha evacuado el oportuno trámite de audiencia, notificado al Hospital Universitario Rey Juan Carlos y a la reclamante en fechas 11 de junio y 13 de julio de 2017, respectivamente (folios 382 a 387).

El hospital concertado presenta escrito de alegaciones el 20 de julio de 2017, en el que afirma que ha quedado probado del expediente la actuación del hospital ha sido conforme a la *lex artis ad hoc* y solicita que se desestime la reclamación (folios 388 a 390).

Consta en el expediente que la interesada presenta escrito de alegaciones en fecha 4 de agosto de 2017, en el que indica que es indubitable que la infiltración se le hizo en la zona sacroiliaca en lugar de la sacrococcigea, que ha habido un funcionamiento anormal de la Administración, que se infringió el derecho a la información a la paciente y que no mejoró tras el tratamiento, e incluso empeoró (folios 391 a 398).

Con fecha 20 de marzo de 2018, el viceconsejero de Sanidad formula propuesta de resolución que desestima la reclamación al considerar que no se ha demostrado una mala *praxis* (folios 399 a 402).

CUARTO.- Por escrito del consejero de Sanidad, de 13 de abril de 2018 con registro de entrada en ésta Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 16 de abril de 2018, se nos formuló preceptiva consulta.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 175/18, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 17 de mayo de 2018.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, que se considera 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, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid (en adelante, ROFCJA), aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno, (“será recabado (...) por el Presidente de la

Comunidad de Madrid, el Consejo de Gobierno o cualquiera de sus miembros”).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado a solicitud de interesada según consta en los antecedentes, se encuentra regulada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC), al igual que lo hacían los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el RPRP.

La disposición transitoria tercera de la LPAC dispone que “*a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior*”, por ello, al haberse iniciado el procedimiento de responsabilidad patrimonial con anterioridad a la entrada en vigor de la LPAC según su disposición final séptima, la tramitación se regirá por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el RPRP.

La reclamante está legitimada activamente, conforme al artículo 139 de la LRJ-PAC, en tanto que recibió la asistencia sanitaria a la que imputa el daño.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid por cuanto el daño cuyo resarcimiento se pretende se imputa a personal médico del Hospital Universitario Rey Juan Carlos, en virtud del concierto suscrito entre la empresa que ha asumido la prestación sanitaria en el citado centro hospitalario y la Comunidad de Madrid. 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 nos hemos manifestado en numerosos dictámenes haciendo nuestro el criterio del

Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (valgan por todos los dictámenes 211/12, de 11 de abril y el 3/15, de 21 de enero), 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 8^a) y de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9^a).

El plazo para el ejercicio de la acción indemnizatoria, es de un año, a contar desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). El hecho originante lo sitúa la interesada en las infiltraciones practicadas entre el 8 de mayo de 2014 y 23 de enero de 2015 que afirma no le surtieron efecto, al punto de acudir el 19 de mayo de 2015 a otro centro sanitario donde tras dos bloqueos afirma que ha notado respuesta positiva al dolor, y la reclamación la formula el día 26 de febrero de 2016, por lo que no cabe duda que se haya presentado en plazo legal con independencia de la fecha de curación o de estabilización de las secuelas.

En otro orden de cosas, no se observa ningún defecto en el procedimiento tramitado. Se han observado los trámites legales y reglamentarios, marcados en la LRJ-PAC y en el RPRP. Se ha recabado el informe, de acuerdo con el artículo 10 RPRP, del Servicio afectado del Hospital Universitario Rey Juan Carlos, y el instructor del procedimiento ha solicitado informe a la Inspección Sanitaria.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se ha dado audiencia a la reclamante y al hospital que prestó los servicios por concurso de conformidad con los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, y 82 y 84 de la LRJ-PAC.

Por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, tal y como establece el artículo 12.1 en relación con el artículo

13.2 del RPRP, propuesta remitida, junto con el resto del expediente a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

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.

Se ha superado el plazo de seis meses previsto en el artículo 13.3 del RPRP conforme al artículo 42.2 de la LRJ-PAC. Como hemos mantenido en anteriores dictámenes, el transcurso del plazo de resolución y notificación, no exime a la Administración de su obligación de resolver expresamente y sin vinculación alguna con el sentido del silencio desestimatorio producido (artículos 42.1 y 43.3.b) y 142.7 de la LRJ-PAC y 13.3 del RPRP), ni, en consecuencia, a esta Comisión Jurídica Asesora de informar la consulta.

TERCERA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el art. 106.2 de la Constitución, 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 los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, al igual que hoy se hace en la LPAC y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP).

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2015 (recurso de casación 3547/2013) y 25 de mayo de 2014 (recurso de casación 5998/2011), requiere conforme a lo establecido en el art. 139 de la LRJ-PAC:

- 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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que “*es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público* (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo, 10 de octubre y 25 de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996, 16 de noviembre de 1998, 20 de febrero, 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)”.

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 cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 (recurso de casación 1515/2005 y las 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*”.

CUARTA.- En la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la

lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), 23 de febrero de 2009 (recurso nº 7840/2004) y 29 de junio de 2011 (recurso nº 2950/2007) disponen que “*se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316) y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825)] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos*”.

La misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencias de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000) y 4 de abril de 2011 (recurso de casación nº 5656/2006), afirma que “*lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis*”.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 4^a) de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010), 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 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) 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*”.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las Sentencias de 2 de enero de 2012 (recurso de casación núm. 3156/2010) y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales “*puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido*”, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

QUINTA.- En el presente caso, resulta acreditado en el expediente que a la reclamante se le pautaron sucesivamente unas infiltraciones musculares de carácter diagnóstico y terapéutico que fueron practicándose en función de los resultados que iba ofreciendo cada una de ellas, junto con el tratamiento farmacológico correspondiente. Tales infiltraciones fueron realizadas por el Servicio de Anestesia, Reanimación y Terapéutica del Dolor una vez que los Servicios de Traumatología y Rehabilitación habían diagnosticado una lumbalgia mantenida en el tiempo que la reclamante definía como muy incapacitante y se le habían realizado pruebas de imagen que descartaban compresión radicular, radiculopatía o neuropatía periférica, por lo que el Servicio de Terapéutica del Dolor diagnosticó “*síndrome miofascial de cintura pélvica*”.

Según resulta del expediente, la primera infiltración y la cuarta son las que produjeron mejoría del dolor según refirió la propia reclamante, no así la segunda y la tercera. Hay que esperar a otros dos bloqueos practicados en otro centro sanitario para que la reclamante refiera que tiene mejoría en el tratamiento de la sintomatología dolorosa que padece.

Queda acreditado igualmente que los médicos que le atendían en consulta y prescribían las infiltraciones eran profesionales diferentes a los que las materializaban, que la primera infiltración se había informado con control radiológico y se practicó con control ecográfico, que la segunda se extendió al músculo psoas ilíaco sin estar prescrita en consulta y que la tercera se prescribió en zona sacroccígea y sin embargo, se practicó en zona sacroiliaca, sin que conste el consentimiento informado en el expediente remitido.

Como señalamos anteriormente, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es a la parte reclamante a la que incumbe, como regla general ordinaria, la carga de la prueba. Así lo entendió también el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Sentencia núm. 1707/2008, de 17 de septiembre, al matizar que “*corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos*

de la obligación cuya existencia se alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama” y en la Sentencia de 20 de septiembre de 2016 (recurso 60/2014), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

En este caso, la reclamante no ha aportado al procedimiento tampoco criterio médico o científico avalado por profesional competente, que sirva para acreditar técnicamente, que haya sufrido un empeoramiento de su patología dolorosa a consecuencia de las infiltraciones realizadas, ni que la situación limitativa por dicho dolor que presenta en el momento de la reclamación traiga causa de las actuaciones que reprocha. Por el contrario, como indican los informes y resulta del expediente, tal sintomatología es previa a las actuaciones por las que reclama, y las actuaciones médicas fueron dirigidas precisamente a su diagnóstico y tratamiento.

El informe de la Inspección Médico Sanitaria es concluyente con la corrección de la actuación sanitaria dispensada a la reclamante, en los términos que anteriormente hemos reproducido, al incidir que el hecho de que en la sanidad pública un médico sea el que sienta la indicación y otro el que realiza la técnica no permite hablar de mala praxis, incidiendo en que a la paciente se le practicaron sucesivamente todas las técnicas aunque no se haya tenido éxito en la obtención de resultados.

Es reiterada la doctrina de esta Comisión que reconoce el especial valor de la opinión de la Inspección Sanitaria tal y como reconoce el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así la sentencia de 16 de marzo de 2017 (recurso 155/2014) recuerda que: “*Ha de tenerse en cuenta que, si bien tanto el informe de la Inspección Sanitaria como el resto de los que obran en el expediente administrativo no constituyen prueba pericial en sentido propiamente dicho, 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”.

Por su parte, el informe del Servicio afectado destaca que la reclamante acudió a ellos con un dolor de larga duración tras haberse descartado patología que se pudiera beneficiar de tratamiento quirúrgico, por lo que las únicas opciones terapéuticas eran la optimización del tratamiento farmacológico y el descarte de patologías subsidiarias de mejoría con infiltraciones realizadas a distintos niveles con actitud diagnóstica a la vez que terapéutica.

Destaca asimismo que primera infiltración se realizó mediante ecógrafo por personal cualificado en ello y que la tercera se hizo en la articulación sacroiliaca aunque se planteó en sacroccigea para la que firmó consentimiento, si bien se lo habían planteado a la reclamante anteriormente, así como que todas las técnicas se realizaron por profesionales con acreditada experiencia en la realización de las mismas. Añade que “*en todo momento se actuó en respuesta a unas molestias y a una clínica que dictaban el diagnóstico diferencial y siempre intentando realizar las opciones menos agresivas primero y con una mayor posibilidad de mejoría. El médico que realiza las infiltraciones diagnósticas está tan capacitado para ello como el que lo indica en la consulta*”.

Por tanto, consideramos que la actuación médica, coincidiendo los informes obrantes en el expediente y sin que conste en el expediente ninguna prueba pericial médica practicada en contrario, ha sido correcta desde el punto de vista sanitario, salvo en el aspecto relativo al derecho de información que ostenta la paciente para decidir si se somete a una concreta intervención, como a continuación expondremos junto con sus efectos en orden a la reclamación formulada

SEXTA.- Es importante destacar la relevancia de la información que ha de suministrarse al paciente, tal y como se regula en la actualidad en la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que define el consentimiento informado como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud. El artículo 8.1 de la misma ley dispone sobre el consentimiento informado que: *“Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso”*. Añade el apartado 2 del mismo artículo: *“El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”*.

Como manifestó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes (con doctrina fijada en el Dictamen 483/11, de 14 de septiembre), y hemos sostenido reiteradamente en nuestros dictámenes (90/16, de 12 de mayo, 291/16, de 7 de julio y 502/16, de 3 de noviembre, entre otros), la Administración sanitaria ha de ser quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, en virtud del principio de facilidad probatoria, ya que se trata de una de sus obligaciones fundamentales en orden a determinar la suficiencia o insuficiencia de la información y consiguiente formalización del consentimiento o conformidad a la intervención.

El incumplimiento de brindar información suficiente al paciente, y la consiguiente omisión del consentimiento informado, constituyen una

mala praxis. Según ha señalado el Tribunal Constitucional (STC 37/2011, de 28 de marzo) “*El consentimiento y la información se manifiestan como dos derechos tan estrechamente imbricados que el ejercicio de uno depende de la previa correcta atención del otro, razón por la cual la privación de información no justificada equivale a la limitación o privación del propio derecho a decidir y consentir la actuación médica, afectando así al derecho a la integridad física del que ese consentimiento es manifestación*”.

Del expediente resulta que el consentimiento informado para la primera infiltración consignaba un medio radiológico y finalmente se hizo ecográfico, por lo que, aunque se hiciera por profesional capacitado para ello, no consta la información adecuada a la reclamante; por otra parte, también resulta que en la segunda infiltración se actuó sobre el músculo psoas sin que conste la previa información a la interesada; y finalmente, que en la tercera infiltración se actuó en una zona distinta a la prescrita en consulta aunque se hubiera planteado dicha posibilidad anteriormente como dice el Servicio afectado, sin que conste el consentimiento informado en el expediente remitido.

Esto es, en el caso examinado nos encontramos con que no existe constancia fehaciente de que la paciente recibiera la información a la que tenía derecho, por ello, consideramos que se le ha ocasionado un daño moral.

Como recuerda la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de noviembre de 2015 (recurso 328/2013) “*En la determinación del importe de la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la falta de información adecuada al paciente, ha de tenerse en cuenta que el Tribunal Supremo ha admitido en numerosas sentencias, por todas las de 22 de octubre de 2009 , 25 de marzo de 2010 , 27 de diciembre de 2011 y 26 de marzo de 2012 , que la omisión o defectos sustanciales del consentimiento informado constituye vulneración de la lex artis y funcionamiento anormal del servicio público sanitario que produce*

un daño moral económicamente indemnizable al paciente, siendo la cuantificación de la reparación difícil de valorar por los Tribunales dada la subjetividad que acompaña siempre a ese daño moral, por lo que debe ponderarse la cuantía a fijar 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 contemplada en las resoluciones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones que resultarán de aplicar en los diversos períodos anuales el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación regulado en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, ya que los mismos abarcan la indemnización conjunta de los resultados materiales y del daño moral derivado de ellos, pero no prevén módulos exclusivamente indemnizatorios del daño moral causado por falta o defecto de la debida información”.

Es decir, en la cuantificación del importe de ese daño moral por la falta de información al paciente, no resultan de aplicación ni siquiera con carácter orientativo los módulos o tablas indemnizatorias citadas.

Por todo lo anterior, esta Comisión considera adecuada la cantidad de seis mil euros para la reclamante.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar la presente reclamación reconociendo a la reclamante, una indemnización de seis mil 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 17 de mayo de 2018

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 220/18

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid