

Dictamen nº: **283/17**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **13.07.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 13 de julio de 2017, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Don, sobre responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos que atribuye a la cirugía para la extirpación de un lipoma en el Hospital Universitario Infanta Sofía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente remitido trae causa de la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la persona citada en el encabezamiento, bajo dirección letrada, registrada de entrada en el Servicio Madrileño de Salud el 12 de febrero de 2016 (folios 1 a 81 del expediente administrativo).

El reclamante expone que fue intervenido en el año 2013 para extirpación de un lipoma en la región paracervical, de la que se recuperó con éxito de forma inmediata, si bien al año siguiente se produjo una recidiva del lipoma y se programó una intervención en el Hospital Universitario Infanta Sofía para extirparlo. Destaca que con

carácter previo a la cirugía, la única información que recibió fue la contenida en un “*formulario genérico, parco, lacónico e inconcreto*”.

Continuando con el relato fáctico de la reclamación, el interesado manifiesta que el 10 de octubre de 2014 se procedió a la extirpación del lipoma, bajo anestesia local, si bien en el transcurso de la intervención el paciente sintió un intenso calambre, que le recorrió de la cabeza a los pies y que se repitió en varias ocasiones, a pesar de que tras cada episodio se aumentó la anestesia.

El reclamante explica que una vez pasada la anestesia sintió intenso dolor en la zona intervenida, con sensación de calambre, por lo que consultó con el centro hospitalario, donde, según dice, le explicaron que los dolores no tenían importancia alguna y que irían remitiendo. Sin embargo la remisión no se produjo, por lo que el interesado relata que el 17 de octubre acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Infanta Sofía con dolor y sensación de calambre y de parestesia en zona parietal izquierda.

Según el relato del interesado la herida quirúrgica fue mejorando, pero el dolor y los calambres no cesaron a pesar de la analgesia, por lo que fue remitido a la Unidad del Dolor del referido centro hospitalario, si bien no tuvo la primera consulta en dicha unidad hasta pasados cuatro meses. Subraya que en la mencionada consulta el juicio clínico fue rotundo: “*Neuralgia por lesión severa de nervio periférico (occipital menor/ tercer nervio occipital) en relación con cirugía resectiva de lipoma*”.

El reclamante expone que en el momento de la reclamación continua siendo tratado por la Unidad del Dolor, que en octubre de 2015 ha informado que el interesado sintomáticamente ha mejorado con los tratamientos realizados, pero la lesión persiste, por la cual, además de mantener una hipersensibilidad de la piel craneal a los cambios de temperatura o a las temperaturas extremas, sufre

intolerancia a vestir prendas en la cabeza por este mismo problema, lo que según aduce le ha supuesto un importante perjuicio a nivel laboral, ya que la profesión del interesado, vigilante de seguridad en una obra, requiere el uso diario de casco y estar sometido a constantes cambios de temperatura.

Por último refiere haber solicitado un informe pericial, que acompaña a su escrito de reclamación, en el que se concluye que la asistencia dispensada al interesado no ha sido conforme a la *lex artis*.

Por todo lo expuesto el reclamante reprocha que se la haya ocasionado una lesión iatrogénica severa, evitable e irreversible, ocasionada durante la extirpación del lipoma cervical; que hubiera retraso en el diagnóstico de la lesión y en el tratamiento de las secuelas y que no se informara al interesado del riesgo de sufrir una lesión iatrogénica de los nervios occipitales durante la extirpación del lipoma.

El reclamante solicita una indemnización de 63.000 euros en atención a 365 días impeditivos; 23 días no impeditivos; 25 puntos por secuelas; 10% de factor de corrección; gastos de farmacia y daños morales.

El escrito de reclamación se acompaña con el informe médico pericial antes citado, diversa documentación médica y recibos correspondientes a gastos en farmacia.

SEGUNDO.- Del examen de la historia clínica y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos que se consideran de interés para la emisión del dictamen:

El reclamante, de 42 años de edad en el momento de los hechos, el 25 de marzo de 2014 acudió a consulta del Servicio de Cirugía General del Hospital Universitario Infanta Sofía, remitido por su médico de Atención Primaria, por lipoma cervical recidivado. Se anotó que hace un año fue intervenido de lipoma cervical posterior y que desde hace unas semanas nota aumento de tamaño y molestias. Se programa para cirugía menor ambulatoria, con anestesia local y se incluye al paciente en lista de espera quirúrgica.

El interesado firma el 25 de marzo de 2014 el consentimiento informado para “*extirpación de lesión bajo anestesia local*”. En el documento se describe el procedimiento, los riesgos y se dice que no existe una alternativa terapéutica eficaz. En el apartado de complicaciones de la intervención se dice que a pesar de la adecuada elección de la técnica y de su correcta realización, pueden presentarse efectos indeseables, tanto los comunes derivados de toda intervención y que pueden afectar a todos los órganos y sistemas, como los debidos a la situación vital del paciente (diabetes, cardiopatía, hipertensión, edad avanzada, anemia, obesidad, etc.), y los específicas del procedimiento, que pueden ser poco graves y frecuentes: infección o hematoma de la herida quirúrgica, lesiones cutáneas por reacción alérgica a la medicación utilizada, cicatrices retráctiles o antiestéticas, molestias locales, dolor prolongado en la zona de la operación, y poco frecuentes y graves: reacción alérgica grave a los anestésicos locales que puede llegar a producir shock anafiláctico. Se dice que estas complicaciones, habitualmente, se resuelven con tratamiento médico y, a veces, pueden llegar a requerir una reintervención, en algunos casos de urgencia (evacuación de un hematoma, drenaje de un absceso, etc.). Se incluye también como riesgo bastante infrecuente el de mortalidad.

El 10 de octubre de 2014 se realiza la extirpación del lipoma, bajo anestesia local en régimen ambulatorio. En la hoja correspondiente se

anota que el reclamante ha tenido una recuperación sin incidencias. El interesado es dado de alta el mismo día de la intervención.

Consta en la historia clínica que el 17 de octubre de 2014 el reclamante acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Infanta Sofía por dolor e inflamación, posterior a la cirugía, así como sensación de calambre. Se emite el juicio clínico de complicaciones postquirúrgicas y se pauta tratamiento.

El 18 de noviembre de 2014 el reclamante acudió a la consulta de Cirugía general donde se anota que el paciente había tenido que consultar en el Servicio de Urgencias por dolor en región temporoparietal izquierda y que refiere estar muy molesto con la sensación de calambre y la hiperestesia en todo el hemicráneo izquierdo. Se solicita valoración por la Unidad del Dolor.

El reclamante es visto en la Unidad del Dolor el 19 de febrero de 2015. En la anamnesis se hace constar que desde el principio del postoperatorio el paciente refiere hipoestesia, disestesia de distribución en territorio del nervio occipital menor de lado izquierdo hasta región temporal del mismo lado, asociada a hipoestesia del área intervenida a nivel pericicatricial. También muestra importante intolerancia al frío, al calor, a las corrientes de aire localmente, a los protectores (gorro, casco). Refiere episodios de dolor de tipo eléctrico a nivel temporal que incluso le han obligado a guardar reposo en cama. Se emite el juicio clínico de neuralgia por lesión severa de nervio periférico, nervio occipital menor / tercer nervio occipital en relación con cirugía resectiva de lipoma de unos tres meses de evolución. Se solicitan pruebas diagnósticas para completar el estudio (RMN de columna cervical y craneal e interconsulta al Servicio de Neurología).

En el mes de abril de 2015 el reclamante acude al Hospital de Día para la administración de lidocaína. En la consulta de 20 de abril de

2015 se anota que el reclamante presenta mejoría parcial con las sesiones de lidocaína y el resto de medicación, solo persiste dolor al roce en área temporoparietal y ha mejorado bastante el dolor en el área mandibular y maxilar del lado izquierdo así como en el área submental.

La RMN realizada el 27 de marzo de 2015 arrojó resultados dentro de la normalidad.

En la consulta de 12 de junio de 2015 se analiza el EMG realizado y se anota que no existe prueba neurofisiológica descrita para el estudio de ramas sensitivas. En dicha consulta se emite la conclusión de que el interesado padece "*probable neuropatía occipital menor y dudosamente menor en forma de neurotmesis*".

La evolución del reclamante que refleja la historia clínica es hacia la mejoría, aunque refiere empeoramiento sintomático al final del día con sensación de parestesias. En la consulta de 22 de septiembre de 2015 se constata que el reclamante mantiene alivio significativo pero no completo de su dolor en cuanto a la frecuencia de aparición de los síntomas y la desaparición de dolor irradiado al ojo y la mandíbula izquierdos. El interesado refiere cefalea crónica bilateral desde área occipital a región retroocular bilateralmente que claramente relaciona con el uso de gorro más parche de Versatis 5%. Se anota que tolera muy mal la alodinia al roce en región occipital izquierda y que empeora especialmente con la exposición a los cambios de temperatura. Se pide informe para solicitud de cambio de puesto de trabajo y se propone el bloqueo de los nervios occipitales bilaterales derecho e izquierdo, que se realiza el 18 de noviembre de 2015.

En la revisión de febrero de 2016 en la Unidad del Dolor Crónico se anota que el reclamante presenta mayor mejoría sintomática. Se indica que persiste acorachamiento, hormigueo, sensación de que "*el agua corre*" en la zona y alodinia al roce. El reclamante se encuentra

mejor a primera hora de la mañana y peor a lo largo del día, con empeoramiento si se toca. Ha conseguido el cambio de puesto de trabajo, por lo que no tiene exposición al frío y por lo tanto tampoco necesita cubrirse con el consiguiente dolor que esta maniobra implica. Mantiene la medicación con palexia y Lyrica a dosis previas.

TERCERO.- Presentada la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud se inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) y el Reglamento del Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado mediante Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del reclamante, del Hospital Universitario Infanta Sofía (folios 82 a 105 y 202 a 207 del expediente) y del Centro de Salud Rosa de Luxemburgo (folios 187 a 200 del expediente).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se ha incorporado al procedimiento el informe de 25 de febrero de 2016 del jefe del Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital Universitario Infanta Sofía en el que tras analizar las alegaciones del reclamante y el informe pericial que ha aportado al procedimiento explica que la extirpación de un lipoma recidivado es más compleja que la cirugía inicial, al realizarse sobre un terreno cicatricial que impide al adecuado reconocimiento de las estructuras anatómicas.

El informe expone que el interesado firmó el documento de Consentimiento Informado, redactado de acuerdo con las directrices de la Asociación Española de Cirujanos, que incluye, entre otras, la posibilidad de dolor prolongado en la zona de la operación. En cuanto

al calambre que el reclamante dice que padeció durante la cirugía, el informe señala que ocurre con frecuencia durante intervenciones bajo anestesia local y que el proceder habitual es suministrar más anestésico local y además no permite anticipar una complicación postoperatoria.

Por lo que se refiere al diagnóstico de la lesión por la Unidad del Dolor el informe destaca que la primera valoración del paciente llevada a cabo el 19 de febrero de 2015, no permite demostrar una relación causa efecto, pues de hecho, en esta primera valoración, se solicitan pruebas complementarias para filiar y conocer el alcance de la lesión. En cuanto a la valoración por el Servicio de Neurología, ante la petición de Electromiograma, por “sospecha” de lesión axonal de nervio occipital menor de lado izquierdo postcirugía de resección de lipoma retrocervical, se informa como “*probable neuropatía occipital menor y dudosamente menor en forma de neurotmesis*” y se añade que no existe prueba neurofisiológica descrita para el estudio de ramas sensitivas.

A lo dicho el informe añade que no puede asegurarse que durante la cirugía se produjera la supuesta lesión yatrógena de los nervios occipitales, pues hay otras causas posibles como la propia cicatrización del lecho quirúrgico, más tratándose de una cirugía sobre un campo ya intervenido. Destaca además la pericia del cirujano, al que dice avala una gran experiencia en el campo de la especialidad de Cirugía General y del Aparato Digestivo.

Se ha incorporado al procedimiento el informe de 25 de febrero de 2016 del responsable del Servicio de Urgencias del centro hospitalario en el que, después de destacar que en la reclamación no se realiza ningún reproche a ese servicio, explica que en la asistencia al interesado, 7 días después de la cirugía, el aspecto de la herida era bueno, sin signos de infección, por lo que se emite el diagnóstico

genérico de "complicaciones posquirúrgicas", pese a ello y ante la existencia de molestias se pauta de forma preventiva tratamiento antibiótico y analgesia para el dolor, con recomendación de control por el médico de Atención Primaria y de surgir empeoramiento acudir de nuevo a Urgencias.

Consta incorporado al procedimiento el informe de 18 de mayo de 2016 de la Inspección Sanitaria (folios 209 a 215 del expediente) en el que tras analizar la historia clínica y los informes incorporados al expediente, efectúa las consideraciones médicas oportunas y expone que "*El paciente objeto de esta reclamación, acudió a su médico de familia porque presentaba un lipoma recidivado, éste le envió al Servicio de Cirugía para su exéresis y el resultado ha sido que desde entonces presenta una serie de secuelas de las que no fue explícitamente advertido.*

Es cierto que en el consentimiento informado que firmó, se advierte de la posibilidad de presentar molestias locales y dolor prolongado en la zona de la operación. Pero, el paciente desde el momento que le operaron ha presentado un dolor tan intenso que le obligó a acudir a la Unidad del Dolor, donde ha sido tratado durante muchos meses".

Por lo expuesto la Inspección Sanitaria considera que la asistencia prestada no ha sido correcta o adecuada a la *lex artis*.

También se ha aportado al procedimiento un informe pericial emitido por un especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo, a instancias del Servicio Madrileño de Salud, que considera que la práctica médica fue en todo momento correcta, no existe documentación objetiva presentada de la que pueda deducirse que existe una neuralgia occipital debido a una lesión iatrogénica de los nervios occipitales, pues no existe ninguna prueba objetiva que demuestre la lesión del nervio occipital y no existen pruebas

neurofisiológicas objetivas que diagnostiquen lesiones de los nervios occipitales y que los datos apuntan a un dolor crónico postoperatorio.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJ-PAC y el artículo 11 del RPRP se confirió trámite de audiencia al interesado. No consta que el reclamante formulara alegaciones en el trámite conferido al efecto.

Finalmente, por el viceconsejero de Sanidad -por delegación en la secretaría general del Servicio Madrileño de Salud - se dicta propuesta de resolución en fecha 7 de junio de 2017, en la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial al considerar que no se ha acreditado que se lesionara el nervio durante la cirugía y que se contemplaba en el documento de consentimiento informado el dolor prolongado en la zona operada.

CUARTO.- El día 20 de junio de 2017 tuvo entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen preceptivo procedente de la Consejería de Sanidad, en relación con el expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 256/17, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante, ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 13 de julio de 2017.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de su Ley Reguladora 7/2015, de 28 de diciembre (LRCJA), según el cual: “*3. En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de Madrid en los siguientes asuntos (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada*”.

En el caso que nos ocupa, el reclamante ha cifrado el importe de la indemnización solicitada en una cantidad superior a 15.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen de este órgano consultivo.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y al RPRP, al haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

Ostenta el reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo

139.1 de la LRJ-PAC, por cuanto es la persona afectada por la supuesta deficiente asistencia sanitaria.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico del Hospital Universitario Infanta Sofía, integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJ-PAC). En este caso, el reclamante denuncia la mala praxis en una intervención realizada el 10 de octubre de 2014, a la que imputa la neuropatía que padece así como el retraso en el diagnóstico y tratamiento de la complicación. Resulta de la historia clínica examinada que el primer diagnóstico se alcanzó en la Unidad del Dolor del Hospital Universitario Infanta Sofía el 19 de febrero de 2015, si bien el mismo no fue definitivo pues el estudio tuvo que completarse con otras pruebas diagnósticas realizadas unos meses más tarde y posteriormente el reclamante tuvo que recibir tratamiento para su patología. Así las cosas debe reputarse formulada en plazo la reclamación presentada el 12 de febrero de 2016.

En la tramitación del procedimiento se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Como se dijo anteriormente, se han recabado y evacuado los informes del Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital Universitario Infanta Sofía y del Servicio de Urgencias del mismo centro hospitalario. También durante la instrucción se ha incorporado el procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria y un informe médico pericial emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud. Asimismo, se ha conferido trámite de audiencia al

interesado de conformidad con los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP y se ha redactado la oportuna propuesta de resolución.

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.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada Ley 39/2015, si bien, como ya apuntamos anteriormente, en este caso habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP, dada la fecha de iniciación del procedimiento.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJ-PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial: a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera

de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

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 recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid de 11 de mayo de 2016 (recurso 1153/2012) “que cuando se trata de reclamaciones derivadas de actuaciones sanitarias, la doctrina jurisprudencial viene declarando 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, de manera que, si el servicio sanitario o médico se prestó correctamente y de acuerdo con el estado del saber y de los medios disponibles, la lesión causada no constituiría un daño antijurídico”.

CUARTA.- En este caso el reclamante reprocha mala praxis en la asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Universitario Infanta Sofía cuando se le realizó una cirugía para la extirpación de un lipoma en la zona cervical. Sostiene que tras la intervención se le causó una lesión en los nervios occipitales, que además fue diagnosticada y tratada con retraso. Asimismo sostiene que no fue adecuadamente informado con carácter previo a la cirugía.

No cabe duda, a tenor de lo que resulta de la historia clínica examinada y de los informes médicos que obran en el expediente, que tras la cirugía el reclamante padeció una sintomatología caracterizada principalmente por molestias con sensación de calambre e hipoestesia en todo el hemicráneo izquierdo, que ha precisado tratamiento por la Unidad del Dolor del Hospital Universitario Infanta Sofía. Por tanto, una vez acreditada la realidad del daño cabe examinar si concurren los demás presupuestos de la responsabilidad patrimonial, partiendo de la consideración de que es al reclamante a quien incumbe la carga de la prueba. Así lo proclama la jurisprudencia, de la que sirve como exponente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de

24 de enero de 2017 (recurso 390/2014), cuando señala que constituye 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*”.

El reclamante considera que en el curso de la cirugía para extirpación del lipoma se lesionaron los nervios occipitales y para apoyar dicha afirmación aporta un informe pericial, elaborado por un especialista en Medicina Interna, que sostiene dicha conclusión para imputar mala praxis a la asistencia sanitaria dispensada en el referido centro hospitalario.

Por el contrario el informe elaborado por el Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital Universitario Infanta Sofía, implicado en el proceso asistencial del reclamante, sostiene que no existe ninguna prueba objetiva que avale que durante la cirugía se produjera la lesión yatrógena de los nervios occipitales, pues el juicio clínico de la Unidad del Dolor de 19 de febrero de 2015 no era definitivo, ya que se pautaron pruebas complementarias, una RMN que arrojó resultados normales y la interconsulta al Servicio de Neurología que informó que no existía prueba neurofisiológica para el estudio de ramas sensitivas, por lo que el diagnóstico definitivo fue de probabilidad (“*probable neuropatía occipital menor y dudosamente menor en forma de neurotmesis*”).

En la misma consideración sobre la inexistencia de pruebas objetivas incide el informe elaborado por un especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo emitido en el procedimiento a instancias del Servicio Madrileño de Salud, en el que se incide además en que la cirugía para extirpación del lipoma se realizó en la zona cervical que interesa a los nervios C4 y C5, en tanto que los nervios occipitales tienen su origen en las raíces cervicales C2 y C3. Para el

mencionado especialista la sintomatología que presenta el interesado estaría asociada a un dolor crónico postoperatorio no relacionado con daños iatrogénicos a los nervios periféricos.

Por último, en cuanto a la Inspección Sanitaria, debemos destacar que en este caso no ha realizado un estudio de la asistencia sanitaria dispensada y sobre la etiología de la sintomatología padecida por el interesado, sino que sus consideraciones se han centrado exclusivamente en el defecto de información alegado por el interesado, para sostener que no se le informó de la posibilidad de padecer un dolor tan intenso que le obligara a acudir a la Unidad del Dolor, por lo que en base a esta única consideración acaba concluyendo que la asistencia prestada “*no ha sido correcta o adecuada a la lex artis*”.

Ante la concurrencia de varios informes periciales de sentido diverso e incluso contradictorio, la valoración conjunta de la prueba pericial ha de hacerse, según las reglas de la sana crítica, con análisis de la coherencia interna, argumentación y lógica de las conclusiones a que cada uno de ellos llega. En este punto recuerda la Sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de febrero de 2017 (rec. 117/2015) que “*las pruebas periciales no acreditan irrefutablemente un hecho, sino que expresan el juicio o convicción del perito con arreglo a los antecedentes que se le han facilitado...*” y que “*no existen reglas generales pre establecidas para valorarlas, salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso, aunque es claro que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside en gran medida en los antecedentes del caso de que disponga, en su fundamentación y coherencia interna, en la independencia o lejanía de los peritos respecto a los intereses de las partes, y en su capacitación técnica*”.

Sobre esta misma cuestión recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 15 de enero de 2013 (recurso 779/2012) lo siguiente:

“En controversias jurídicas como la presente, donde aparece un presupuesto fáctico, con efectos jurídicos suficientes para fundamentar una acción resarcitoria, pero que cuenta con distintos dictámenes de especialistas, es cuando la función interpretativa se pone a prueba, con el fin de discernir la posible existencia de los requisitos de la relación de causalidad. Ello no es fácil cuando dichos dictámenes llegan a una conclusión contraria entre ellos, al analizar el devenir de los acontecimientos. No obstante, este Tribunal concede siempre mayor relevancia cualitativa al informe emitido por especialista en la materia, que no al que es firmado por quien no tiene la cualificación profesional requerida, o el informe es emitido a instancia de parte”.

En este caso, valorando los informes médicos expuestos de acuerdo a las reglas de la sana crítica, cabe considerar que no ha quedado acreditado que durante la intervención quirúrgica se produjera una lesión de los nervios occipitales como sostienen tanto el informe del Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital Universitario Infanta Sofía como el informe pericial emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud. Llegamos a dicha conclusión no sólo en atención a la mayor especialización de los médicos que sostienen dicha afirmación sino también en base a los razonamientos expuestos por los mismos en sus informes, contrastados con la historia clínica examinada.

En el informe pericial aportado por el interesado parte como dato objetivo de que existe un diagnóstico de lesión del nervio occipital (teniendo en cuenta el diagnóstico de 19 de febrero de 2015 de la Unidad del Dolor) cuando lo cierto es que la historia clínica muestra que tras las pruebas complementarias realizadas solo pudo emitirse

un diagnóstico de probabilidad, con una RMN con resultados normales y la inexistencia de pruebas neurofisiológicas para el estudio de ramas sensitivas.

Resultan relevantes por otra parte las consideraciones emitidas por el especialista que ha informado a instancias del Servicio Madrileño de Salud cuando señala que no están descritas en la literatura médica neuralgias occipitales tras cirugías en la región cervical posterior (como en este caso), lo que encuentra su explicación en que *“la zona anatómica de los nervios C1, C2 y C3- las raíces que interesan a los nervios occipitales- es el cráneo. La zona cervical posterior interesa a los nervios C4 y C5 que nada tienen que ver con la neuralgia occipital”*. Según el informe la neuropatía occipital obedece a causas insidiosas y que en la literatura médica se relacionan con un trauma en la región craneal y no en la cervical posterior.

Además el informe que acabamos de mencionar pone de relieve algunas deficiencias del informe pericial de parte, que en alguna medida considera atribuibles a su falta de especialización y que le ha llevado a una interpretación errónea o en ocasiones sesgada de las pruebas diagnósticas realizadas. Así, por ejemplo, en la interpretación de la RMN cervical realizada al reclamante, respecto a la que explica que en la misma se describen cambios postquirúrgicos superficiales en la cara posterolateral izquierda del cuello (territorios C4 y C5) y cambios en C1 y C2 (por aximetría del plexo venoso) y abombamiento discal posterior leve en C3. Subraya que la RMN expresamente señala que los cambios en C1, C2 y C3 no tienen aparente relación con los cambios postquirúrgicos observados en la zona de la cirugía (C4 y C5), si bien el informe pericial de parte no incluye esta consideración en sus conclusiones, ya que desvirtúa sus consideraciones.

En definitiva, a la luz de lo que acabamos de expresar puede concluirse que no ha quedado acreditado que el reclamante sufriera

una lesión en los nervios occipitales como consecuencia de la cirugía. Ahora bien, resulta indudable que el interesado sufrió una sintomatología inmediatamente tras la cirugía, pero ello no implica que hubiera mala praxis en la intervención. Cabe señalar que en el protocolo quirúrgico de la cirugía no se constata ninguna incidencia que pudiera evidenciar la existencia de mala praxis, pues aunque el reclamante refiere que sufrió un intenso calambre en el acto quirúrgico, ello no resulta constatado en la historia clínica y aunque así hubiera sido, no implicaría mala praxis, pues como informa el Servicio de Cirugía General y Digestiva “*no es infrecuente en el curso de cirugía realizadas con anestesia local*” y se resuelve con la administración de mayor anestésico. La Inspección Sanitaria en su escueto informe no emite ninguna nota negativa en relación con la realización de la intervención ni tampoco el informe pericial del reclamante aporta dato alguno que evidencie la infracción de la *lex artis* en la realización de la intervención.

No obstante, a pesar de que la asistencia sanitaria dispensada fuera irreprochable desde la perspectiva de la *lex artis*, resulta evidente que surgieron unas complicaciones, que los informes médicos que obran en el expediente califican como posibles en este tipo de intervenciones. En este punto el informe del servicio implicado en el proceso asistencial del reclamante explica que otras causas como la propia cicatrización del lecho quirúrgico, más tratándose de una cirugía sobre un campo ya intervenido, pudieron producirla. El especialista que ha informado a instancias del Servicio Madrileño de Salud explica la sintomatología por un dolor crónico postoperatorio, de características neuropáticas, frecuente tras la cirugías, tanto mayores como menores, que en la literatura médica se achacaba a un daño nervioso periférico pero que en la actualidad se asocia a la inflamación por el gesto de la cirugía, unido a un componente emocional y social de los pacientes afectados por esta patología.

Por otro lado el reclamante reprocha un retraso en el diagnóstico de la patología de cuatro meses desde la intervención, lo que el informe pericial que aporta señala que “*a todas luces representa una demora inadecuada si se tiene en cuenta la penosidad de los síntomas y su existencia desde el inicio de los hechos*”. Sin embargo la historia clínica muestra que los primeros síntomas los manifestó el interesado siete días después de la cirugía en el Servicio de Urgencias. En esa ocasión se hablaba de molestias tras la cirugía y descartada tras la exploración la existencia de una patología urgente, que es la justifica la atención en el Servicio de Urgencias, el paciente recibió el alta con la recomendación de que volviera si había un empeoramiento. No consta que el reclamante volviera a consultar por lo que no podemos entender que los síntomas fueran tan penosos como resalta el informe pericial. La siguiente consulta se produce el 18 de noviembre de 2014 cuando el paciente refiere estar muy molesto, por lo que el especialista pautó la interconsulta en la Unidad del Dolor, que se produciría dos meses más tarde. No existen datos de agravación de la sintomatología ni que el paciente tuviera que acudir a Urgencias durante ese periodo de tiempo, que puede considerarse razonable teniendo en cuenta que no parece tratarse de una patología urgente. Por otra parte el tratamiento se inició en abril de 2015, lo que no parece una demora injustificada si se tiene en cuenta que hubo que realizar las pruebas diagnósticas oportunas para filiar la patología y en consecuencia decidir el tratamiento adecuado y que por otra parte los resultados han sido claramente favorables con una clara mejoría de la sintomatología.

QUINTA.- Por último hemos de detenernos en el reproche realizado por la reclamante en relación a la defectuosa información suministrada, pues sostiene que recibió una información insuficiente sobre la cirugía a la que se sometió en el Hospital Universitario Infanta Sofía.

La Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica define el consentimiento informado como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que 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”*.

Recuerda el Tribunal Supremo en su Sentencia de 26 de mayo de 2015 que la vulneración del derecho a un consentimiento informado *“constituye en sí misma o por sí sola una infracción de la lex artis ad hoc, que lesiona su derecho de autodeterminación al impedirle elegir con conocimiento, y de acuerdo con sus propios intereses y preferencias, entre las diversas opciones vitales que se le presentan”*.

En este caso el informe del Servicio implicado en el proceso asistencial del reclamante entiende que la complicación sufrida por el interesado estaría comprendida en el riesgo que se reseñaba en el documento de consentimiento informado como poco grave y frecuente de *“dolor prolongado en la zona de la operación”*. En la misma consideración incide el especialista que ha informado a instancias del Servicio Madrileño de Salud. Esta es la postura que acoge la propuesta de resolución para desestimar la reclamación. Por el

contrario la Inspección Sanitaria considera que si bien el reclamante fue informado de la posibilidad de presentar molestias locales y dolor prolongado en la zona de la operación, sin embargo el dolor que ha presentado el paciente ha sido tan intenso que le ha obligado a acudir a la Unidad del Dolor, por lo que considera que no fue explícitamente advertido.

Este órgano consultivo comparte el criterio manifestado por la Inspección Sanitaria, pues el consentimiento informado firmado por el interesado debe ser considerado en su conjunto, de manera que ha de tenerse en cuenta que cuando habla de los riesgos a continuación de exponerlos explica que las complicaciones citadas, habitualmente se resuelven con tratamiento médico y a veces pueden llegar a requerir una reintervención, lo que hace pensar en la temporalidad y el carácter solucionable de las mismas, lo que como hemos visto no ocurrió en el caso que nos ocupa en el que nos encontramos con un dolor que aunque ha sufrido mejoría ha sido considerado como crónico y está siendo tratado por una Unidad del Dolor especializada en una patología de carácter crónico.

En un sentido parecido podemos citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de septiembre de 2011 (recurso de casación 3536/2007), cuando dice lo siguiente:

«En efecto, hay en ese documento, en un primer apartado, la expresión de lo que en él se denominan “riesgos y complicaciones de la intervención”; que, como bien dice la Sala de instancia, no menciona con sus nombres técnicos específicos las dos secuelas que padece la actora (síndrome postdiscectomía y vejiga neurógena por lesión de motoneurona inferior); entendiendo en su sentencia, sin embargo, que éstas sí se encuentran comprendidas en algunos de los términos más genéricos (reintervención y lesión de raíz

afectada por la hernia) con que allí se expresan aquellos riesgos y complicaciones.

Pero en ese mismo apartado, y esto es lo que consideramos más relevante, hay también un párrafo final del siguiente tenor: “Y lo que es importante reseñar de estas complicaciones, es que prácticamente todas tienen solución con diversas medidas y con los medios de este Hospital”.

Como bien se comprende, si esto último integra o forma parte también de la información dada a la actora, y si aquellas secuelas, caracterizadas por las notas que hemos resaltado en el párrafo primero de este fundamento, no han tenido solución, habrá que concluir que de ellas no se informó a la actora. O habrá que concluir, en el mejor de los casos, que aquel documento no ofrece certeza de que se prestara de modo claro y suficiente información sobre unos riesgos que, por sus consecuencias, debían poder ser valorados por la paciente para que su consentimiento a ser intervenida de la hernia discal pudiera merecer el atributo o calificación de informado. Falta de certeza o duda que ha de despejarse en contra o en perjuicio de la Administración demandada, pues sobre ésta pesa la carga de probar que cumplió con la obligación que le imponía entonces el art. 10, núm. 5, de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad [en este sentido o sobre esta afirmación de la carga de la prueba pueden verse, entre otras muchas, las sentencias de este Tribunal de fechas 10 de octubre y 19 de diciembre de 2007, y 1 de febrero de 2008].

Además en este caso, si tenemos en cuenta lo informado por el Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo cuando señala que al encontrarse con un lipoma recidivado se trataba de una operación más compleja que la efectuada un año antes, al realizarse sobre un terreno cicatricial, nos lleva a considerar que el consentimiento

informado para la segunda operación no debería haber sido idéntico al primero (como sucede en este caso) sino que debería haber contemplado este riesgo personalizado.

Conforme a lo expuesto esta Comisión Jurídica Asesora considera procedente estimar parcialmente la reclamación por ser insuficiente la información suministrada al reclamante, sin perjuicio de que la actuación médica no es reprochable desde la perspectiva de la *lex artis*.

Esta Comisión siguiendo la doctrina del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid avalada por la doctrina judicial (así la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 18 de enero de 2017 (rec. núm. 826/2914) que recoge la jurisprudencia del Tribunal Supremo), considera que la vulneración del derecho a un consentimiento informado constituye un daño moral. En punto a su concreta indemnización, la Sentencia de 11 de mayo de 2016 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (P.O. 1018/2013), resalta la dificultad de cuantificar ese daño 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”*.

En el caso del reclamante, ponderando las circunstancias, consideramos adecuada reconocerle una indemnización de 6.000 euros.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial y reconocer al interesado una indemnización de 6.000 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 13 de julio de 2017

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 283/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid