

Dictamen nº: **233/14**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **28.05.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 28 de mayo de 2014, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por R.D.D.O., en nombre y representación de J.E.E.C., sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por la atención dispensada por parte de los Servicios de Anestesiología y Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla, que considera deficiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 23 de abril de 2013 en el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, la representación de la interesada cursa reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, al considerar que durante la intervención para el implante de una prótesis de cadera a la que fue sometida el 10 de marzo de 2011 en el Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla, en la que se le administró “anestesia epidural” se le produjo una lesión que le ha ocasionado “un grave déficit de movilidad con incapacidad para valerse por sí misma, para andar sola por debilidad, dolor intenso lumbar y en la pierna derecha, paresia en pie derecho y, en fin, otras muchas secuelas que se especificarán en el momento oportuno y que han supuesto la

concesión de un Grado 1 nivel 1 de la Consejería de Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid”.

Reprocha a la Administración la falta de información sobre los riesgos de la intervención y la deficiente realización de la misma, lo que le ha provocado una serie de lesiones y secuelas que no existían de forma previa a la misma.

No cuantifica el importe de la indemnización. Con el fin de acreditar la representación letrada, acompaña copia de la escritura de poder general para pleitos.

SEGUNDO.- La historia clínica y la restante documentación médica obrante en el expediente, ponen de manifiesto los siguientes hechos:

La paciente, nacida en 1960, como antecedentes personales previos a destacar en relación con el expediente presenta: obesidad extrema, múltiples cirugías por cadera congénita, osteoporosis y artrosis, en tratamiento con hierro y calcio, con limitación en la movilidad y dolor en ambas caderas y dolor lumbar mecánico de larga evolución. En diciembre de 2003 muestra movilidad limitada por artrosis.

El 23 de abril de 2008 acudió a Urgencias del Hospital Universitario 12 de Octubre por presentar dolor en la región lumbar con irradiación hacia la pierna izquierda de un mes de evolución.

Presenta mejoría con tratamiento antiálgico prescrito por su dolor lumbar previo que se modifica con la postura, pero continúa con sus secuelas sensitivas y motoras con ocasional dolor opresivo en el miembro. Puede caminar con muletas por debilidad en esa extremidad.

Por coxartrosis izquierda se realiza artroplastia total de cadera mediante prótesis el 22 de octubre de 2009 y posterior tratamiento en Rehabilitación y la Unidad del Dolor. Con una evolución satisfactoria, fue dada de alta el 6 de noviembre siguiente. En el documento de

consentimiento informado previo a la intervención, entre las posibles complicaciones del procedimiento figura “*Lesión de los nervios adyacentes*”.

Posteriormente es diagnosticada de coxartrosis derecha severa. El 8 de marzo de 2011 ingresa en el Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla con preoperatorio completo y consentimientos firmados (según se indica en las anotaciones de enfermería) para artroplastia total de cadera derecha con implantación de cotilo metálico, que se lleva a cabo el día 10. En el documento para anestesia loco-regional, entre los riesgos típicos se indica que pueden surgir molestias como dolor de cabeza o de espalda que desaparecen en los días posteriores “*o queden molestias en la zona, con sensación de acorachamiento u hormigueo, generalmente pasajeros*”.

Cuatro días después de la intervención, la radiografía de control es satisfactoria, la paciente refiere un cuadro de hipoestesia y pérdida de fuerza en el miembro inferior derecho de difícil valoración en relación con anestesia raquídea o con patología previa. Se remite al Servicio de Rehabilitación con el fin de comenzar la movilización pasiva de la cadera y planear tratamiento rehabilitador.

El 18 de marzo se realiza electromiografía (EMG) que diagnostica lesión preganglionar de probable origen radicular en miotomas L5-S1 de grado severo. El informe del especialista recomienda repetir el estudio tres semanas más tarde para valorar la extensión de la lesión y si existe patología periférica asociada distal “*ya que el nervio femoral muestra valorar simétricos con el contralateral*”.

El 28 de marzo se practica resonancia magnética de columna lumbar que evidencia una discopatía degenerativa L3-L4, L4-L5 y L5-S1, con desgarro del anillo fibroso del disco intervertebral L4-L5 y osteofitosis marginal anterior en la columna dorsal.

A causa del dolor fue valorada por la Unidad del Dolor donde se realizaron varios ajustes del tratamiento y parte de interconsulta a Neurología.

El 15 de abril de 2011 se repitió la EMG mostrando hallazgos compatibles con una lesión axonotmésica muy severa de nervio ciático derecho. El carácter de la lesión (axonal) y la severidad del mismo, determinan un pronóstico de recuperación funcional muy lento e incompleto. El patrón de lesión descrito no apoya una lesión preganglionar.

Con el fin de ajustar los tratamientos y valorar las patologías, fue derivada a diversos servicios, entre otros Psiquiatría por presentar con cuadro de ansiedad y depresión en relación con la lesión neurológica y el Servicio de Neurología, que en interconsulta de 19 de abril concluye: *“lesión en nervio ciático derecho, con lesión axonotmésica, muy severa, en relación a la cirugía de artroplastia de cadera derecha”*.

Recibe el alta el 17 de mayo de 2011 e ingresa en el Hospital Virgen de la Poveda de Villa del Prado para recuperación funcional de la parálisis del nervio ciático derecho poscirugía. La recuperación ha sido muy lenta condicionada por el estado de ánimo de la paciente. Al alta camina de forma estable con dos bastones, salva obstáculos, sube y baja escaleras y realiza las transferencias de forma autónoma. Es independiente para las actividades básicas de la vida diaria precisando únicamente ayuda para algunas prendas del vestido como los zapatos. No se observa recuperación de actividad de ciático-poplíteo interno derecho, por lo que deberá continuar con la ortesis antiequino para caminar. No se ha conseguido pérdida de peso durante el ingreso porque no ha cumplido la dieta.

Recibe el alta en Rehabilitación el 6 de septiembre de 2011 con la recomendación de caminar a diario y reanudar sus actividades cotidianas.

Inicia tratamiento en la clínica del dolor con leve mejoría. Incapacitada para andar sola por debilidad y dolor. En la consulta de Neurología de 8 de mayo de 2012 presenta paresia marcada en flexoextensión del pie derecho con hipoestesia a nivel L4-L5 con hiperreflexia rotuliana y aquilea.

Vuelve a consulta de Neurología el 28 de noviembre de 2012 por dolor lumbar y en el miembro inferior izquierdo, es diagnosticada de dolor nociceptivo somático articular lumbar y secuelas en forma de radiculopatía L5 derecha.

El 13 de marzo de 2013, tras dos años de seguimiento posoperatorio recibe el alta al comprobarse en el último EMG *“hallazgos compatibles con la lesión axonotmésica conocida de nervio ciático derecho mostrando discreta mejoría en comparación con estudio previo presentando el músculo tibial anterior mayor actividad voluntaria”*.

TERCERO.- Ante la reclamación se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. En fase de instrucción se han recabado los informes médicos que conforman la historia clínica de la reclamante, así como los informes de los Servicios de Anestesiología y Reanimación y Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla, que en síntesis recogen lo expuesto en el antecedente de hecho anterior, añadiendo el anestesista que la paciente pasó consulta de preanestesia el 8 de octubre de 2012, donde quedó reflejada la existencia de hernias discales lumbares. Se le explicaron los riesgos inherentes al procedimiento y previamente a la intervención firmó los consentimientos de Anestesia y Traumatología, donde figura como posible complicación de la intervención quirúrgica para prótesis articular del miembro inferior, entre otras, la lesión de los nervios adyacentes.

Puntualiza el informe que la anestesia que se llevó a cabo fue intradural “*no epidural en ningún caso*” y que el proceso anestésico se realizó sin incidencias.

También se ha incorporado el informe de la Inspección Sanitaria, que con fecha 8 de noviembre de 2013 manifiesta que la asistencia sanitaria dispensada a la reclamante por los Servicios de Anestesiología y Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla, en la intervención quirúrgica realizada el 10 de marzo de 2011 se considera adecuada y concluye:

“La intervención de prótesis de cadera estaba indicada por el dolor y los signos degenerativos que mostraba la articulación.

La técnica anestésica, bloqueo central (intradural), es la utilizada mayoritariamente para las intervenciones de las extremidades por presentar menor riesgo que la anestesia general y por los menores efectos secundarios

Tanto el acto anestésico como el procedimiento quirúrgico se desarrollaron con normalidad, sin que se registrasen incidentes.

Tras la intervención la paciente sufrió una lesión axonotmesica muy severa del nervio ciático derecho.

Estas lesiones nerviosas están descritas entre las posibles complicaciones, tanto de la técnica anestésica como del procedimiento quirúrgico de la artroplastia de cadera.

Aunque no es objeto de reclamación la falta de información, de este riesgo se había informado a la paciente, que había firmado los documentos de consentimiento

Detectada la lesión se iniciaron los tratamientos indicados, rehabilitación y colocación de ortesis antiequino.

En la última revisión efectuada 11/3/13, en el EMG se apreciaba mayor actividad de las fibras nerviosas”.

Por escritos notificados el 13 de diciembre de 2013, se procede a comunicar la apertura del trámite de audiencia con remisión del expediente administrativo a los interesados en el procedimiento: la representación de la reclamante y el Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla. En uso del indicado trámite no consta la formulación de alegaciones por parte del centro hospitalario.

El día 18 de diciembre, el letrado de la reclamante presenta escrito de alegaciones en las que ratifica íntegramente su escrito de inicio y muestra su disconformidad con las conclusiones alcanzadas en el informe de la Inspección Sanitaria, entre otros aspectos al manifestar que la falta de información no era objeto de reclamación, lo que evidencia que la médica inspectora no “*tuvo a bien leerse dicho escrito*” y que lo referente a la deficiente realización de la intervención “*nada se aporta como prueba en contrario sino que se reconoce la causalidad entre la intervención y las secuelas*”.

El 10 de abril de 2014 la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma del viceconsejero de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 6/2014, de 17 de marzo) elevó propuesta de resolución desestimatoria.

CUARTO.- Por el consejero de Sanidad, mediante escrito de 23 de abril de 2014, registrado de entrada el día 29 del mismo mes y que ha recibido el número de expediente 198/14, se realiza preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por mayoría, en Comisión Permanente de

este Consejo Consultivo en su sesión de 28 de mayo de 2014, por nueve votos a favor y uno en contra.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación, en soporte CD, que se consideró suficiente y de la que se ha dejado constancia en los anteriores antecedentes de hecho.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC), por ser indeterminada la cuantía de la indemnización, y se efectúa por el Consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesada, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJ-PAC), desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de

las Administraciones Pùblicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por cuanto que es la persona que sufre el daño causado, supuestamente, por la asistencia sanitaria recibida. La reclamación ha sido presentada por medio de representante, habiendo quedado debidamente acreditada la representación mediante copia de la escritura notarial de poder.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid al haberse prestado mediante concurso la asistencia sanitaria objeto de reproche.

Por lo que al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad se refiere, el derecho a reclamar prescribe al año desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o manifestarse su efecto lesivo. Tratándose de daños físicos o psicológicos el plazo comienza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (artículo 142.5 LRJ-PAC). En el presente caso, la asistencia sanitaria discutida es la intervención quirúrgica practicada el 10 de marzo de 2010 y la reclamación fue presentada el 23 de abril de 2013.

La propuesta de resolución considera, erróneamente a juicio de este Consejo Consultivo, que la reclamación se encuentra prescrita, al tomar como dies a quo del cómputo del plazo el alta hospitalaria recibida en el Hospital Virgen de la Poveda el 5 de septiembre de 2011, o en una interpretación más favorable, el 1 de diciembre de 2011, cuando fue dada de alta en el Servicio de Rehabilitación del Hospital Central de la Defensa Gómez Ulla.

Sin embargo, este Consejo Consultivo discrepa de la propuesta de resolución en cuanto al cómputo del plazo se refiere, ya que la paciente

permanece en seguimiento en este último centro hospitalario hasta el 13 de marzo de 2013 en que es dada de alta clínica tras el último electromiograma realizado dos días antes, en el que se aprecia una discreta mejoría respecto al estudio previo (folios 511 a 513). En consecuencia, debe tomarse como dies a quo del cómputo del plazo de un año el 13 de marzo de 2013, que es cuando se produce la estabilización de las secuelas de la reclamante, lo que obliga a concluir que la reclamación presentada el 23 de abril de 2013 se encuentra en plazo.

El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha procedido a la práctica de la prueba precisa, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigido en los artículos 9, 10 y 11 del RPRP, respectivamente, y 82 y 84 LRJ-PAC.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra 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".

La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y artículo 40 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2.-En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- 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 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) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

CUARTA.- En el caso que nos ocupa está acreditado, mediante los informes médicos incorporados al expediente, que la reclamante padece un daño consistente en la parálisis del nervio ciático, daño que es individualizado en su persona y evaluable económicamente, por lo que es necesario analizar si guarda relación de causalidad con la asistencia sanitaria recibida y si reviste la nota de antijuridicidad.

Para ello es preciso analizar si la asistencia sanitaria prestada se adecua a la *lex artis* porque de acuerdo con una larga y consolidada jurisprudencia que se reitera en la citada Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008,

“a la Administración no es exigible nada más que 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 materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”, o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.”

Por otra parte, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -recurso 4067/2000- entre otras).

Alega la reclamante que hubo una deficiente realización de la intervención, toda vez que como consecuencia de la misma se provocaron una serie de lesiones que no existían con anterioridad.

Sin embargo, la adecuación a la *lex artis* que de los informes obrantes en el expediente se infiere no ha sido contradicha por la reclamante con medios probatorios, que no aporta, ni propone ninguna prueba de la vulneración de las buenas prácticas médicas por la actuación sanitaria, de

la que pudiera derivarse resultados indemnizatorios para la Administración, más allá de sus alegaciones que no hacen prueba de lo cuestionado. Por el contrario, es concluyente el informe de la Inspección Médica, en el que se señala que la actuación médica fue acorde a la *lex artis*.

De acuerdo con el meritado informe el reemplazo articular de la cadera estaba correctamente indicado por la artrosis de cadera que padecía. Asimismo, se considera adecuada la técnica anestésica empleada, que es la utilizada mayoritariamente para las intervenciones de las extremidades por presentar un riesgo menor que la anestesia general y menores efectos secundarios. También considera la Inspección que el tratamiento pautado para la lesión del nervio ciático es el adecuado.

Por otra parte, según se deriva de la historia clínica, y así lo confirman tanto el informe de la Inspección como el de los servicios intervenientes, el acto anestésico y la cirugía se desarrollaron con normalidad y sin incidencias, sin perjuicio de lo cual en el postoperatorio inmediato la paciente presentó síntomas de una lesión nerviosa que fue constatada con la realización de electromiogramas.

Ahora bien, no está claro el origen de la lesión del nervio ciático. El anestesista cuando valoró a la paciente el 14 de marzo de 2011 consideró que, dado que la anestesia intradural se había administrado sin incidencias y que la sintomatología se refería exclusivamente a la pierna intervenida, la obesidad y la postura forzada de la pierna durante la intervención pudo provocar la compresión del nervio femoral y estiramiento del ciático, opinión de la que discrepaba el traumatólogo. Por su parte en la interconsulta efectuada al neurólogo, éste indica que la paciente padece una lesión del nervio ciático derecho, con lesión axonotmésica, muy severa, en relación a la cirugía de artroplastia de cadera derecha.

Pero en todo caso, sobre lo que no parece existir controversia es sobre que la lesión se produjo a resultas de la intervención quirúrgica de artroplastia de la cadera derecha. En este sentido la Inspección confirma que tanto la técnica anestésica intradural como el procedimiento quirúrgico de la artroplastia pueden ser la causa de la lesión nerviosa que sufre la reclamante, pues en ambos casos está descrito este riesgo como posible.

QUINTA.- Sentado lo anterior es preciso tratar la cuestión de la antijuridicidad del daño y la asunción del riesgo de posibles complicaciones a través del consentimiento informado.

La necesidad de suministrar al paciente información completa de las actuaciones que se van a llevar a cabo en el ámbito de su salud, viene impuesta legalmente en el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica. Más adelante, 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”, añadiendo el apartado 2 del mismo artículo que *“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 notoriedad y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”*.

Del precepto legal transscrito, se desprende la necesidad de prestar consentimiento por escrito en los casos, entre otros, de intervenciones quirúrgicas, como la que nos ocupa.

En relación a la constancia escrita del consentimiento, la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de septiembre de 2005 señala que:

“la exigencia de la constancia escrita de la información tiene, para casos como el que se enjuicia, mero valor «ad probationem» (SSTS 2 octubre 1997; 26 enero y 10 noviembre 1998; 2 noviembre 2000; 2 de julio 2002) y puede ofrecerse en forma verbal, en función de las circunstancias del caso (SSTS 2 de noviembre 2000; 10 de febrero de 2004), habiendo afirmado la sentencia de 29 de mayo de 2003, que «al menos debe quedar constancia de la misma en la historia clínica del paciente y documentación hospitalaria que le afecte», como exige la Ley de 14 de noviembre de 2002, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, que constituye el marco normativo actual; doctrina, por tanto, que no anula la validez del consentimiento en la información no realizada por escrito, en la forma que previenen los números 5 y 6 del artículo 10 la Ley General de Sanidad, vigente en el momento de los hechos...”.

Respecto de la prueba de la prestación del consentimiento informado en la forma debida, en aplicación de la doctrina de la facilidad y disponibilidad probatoria, recogida en el artículo 217.7 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, *“es a la Administración a quien correspondía demostrar que la paciente fue informada de los riesgos de la operación (hecho positivo) y no la paciente la que tenía que probar que la Administración no le facilitó esa información (hecho negativo)”* [SSTS Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a, de 28 de junio de 1999 (recurso de casación número 3740/1995) y de 25 de abril de 2005 (recurso de casación número 4285/2001)].

En definitiva, la doctrina anterior, exige que sea la Administración Sanitaria

“quien pruebe que proporcionó al paciente todas aquellas circunstancias relacionadas con la intervención mientras éste se halle bajo su cuidado, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, con sus riesgos y beneficios, como corolario lógico de que se trata de hechos que fácilmente pueden ser probados por él, y que integran, además, 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, como establece la jurisprudencia de esta Sala (STS 25 abril 1994; 16 octubre, 10 noviembre y 28 diciembre 1998; 19 abril 1999; 7 marzo 2000 y 12 enero 2001), y que hoy se resuelve a tenor de las reglas sobre facilidad probatoria contenida en el artículo 217.6 de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que recoge estos criterios jurisprudenciales” (vid. STS de 29 de septiembre de 2005).

No obstante lo anterior, y sin menoscabar la importancia del consentimiento informado escrito, el Tribunal Supremo ha sostenido reiteradamente la validez de la información y el consentimiento no prestados por escrito, es decir, *“la forma escrita del consentimiento no resulta imprescindible si consta que efectivamente se ha prestado, no siendo indispensable que se acredite mediante prueba documental sino que la información y el consentimiento pueden demostrarse por cualquier otro medio de prueba”* (Sentencias de 26 de octubre de 2000 -recurso de casación 4448/1997-, 3 de octubre de 2000 -recurso de casación 3905/1996-, 14 de octubre de 2002 -recurso de casación 5294/1998). La misma línea jurisprudencial se reitera en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de enero de 2009 -recurso de casación 1746/2003-.

Sobre esta base podemos sostener que la ausencia en el expediente de un escrito de consentimiento informado firmado por la paciente para la

práctica de la cirugía no es determinante por sí sólo para el surgimiento del deber de indemnizar o, en otros términos, no constituye por sí mismo una vulneración de la *lex artis ad hoc*.

En el caso que nos ocupa obra en la historia clínica el documento de consentimiento informado correspondiente a la anestesia, pero a solicitud de la Inspección de incorporación del documento de consentimiento informado de la cirugía, se indica por el Hospital Gómez Ulla que no se ha localizado. De ello parece deducirse más que la ausencia de consentimiento informado, la posible pérdida o extravío del documento que lo contenía, lo que no significa que éste no fuera prestado por la paciente, debiendo considerarse como una irregularidad que, en todo caso, debería evitarse, pues se trata de un documento fundamental en la historia clínica, siendo obligación de los centros sanitarios, de acuerdo con el artículo 17 de la Ley 41/2002, de 14 de julio, básica reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica,

“conservar la documentación clínica en condiciones que garanticen su correcto mantenimiento y seguridad, aunque no necesariamente en el soporte original, para la debida asistencia al paciente durante el tiempo adecuado a cada caso y, como mínimo, cinco años contados desde la fecha del alta de cada proceso asistencial”.

Ahora bien, consta en la historia que la paciente firmó los dos documentos de consentimiento informado, tanto el referente a la anestesia, como el de la intervención quirúrgica. Así se deriva de la nota de enfermería del día del ingreso en la que expresamente se indica que *“trae preoperatorio completo + consentimientos informados”* (folio 435).

Por otra parte, del expediente se infiere que la paciente conocía los riesgos de la intervención quirúrgica, principalmente porque en la historia clínica sí obra el documento de consentimiento informado firmado en el

2009 para la implantación de una prótesis en la cadera izquierda que tuvo lugar en septiembre de 2009, que es el mismo tipo de cirugía que la que resulta objeto de reproche. En aquel documento de consentimiento informado, obrante a los folios 233 y 234 del expediente, se contemplaba como una de las complicaciones posibles “*la lesión de los nervios adyacentes*”, de lo que cabe deducir que la paciente era conocedora de los riesgos inherentes a la intervención.

Es importante destacar que la artroplastia de la cadera izquierda realizada en el año 2009 se efectuó en el mismo centro hospitalario que la artroplastia de la cadera derecha, por lo que presumiblemente el modelo de documento de consentimiento informado para esta última sería igual que para la primera y, en consecuencia, incluiría el riesgo que desgraciadamente se materializó.

Lo anterior permite razonablemente presumir que estaba informada de que, a consecuencia de la intervención, se podía producir una lesión del nervio ciático a pesar de que se desarrollara correctamente desde la perspectiva de la *lex artis*, y ello con independencia de que el origen de la lesión esté en la administración de la anestesia o en la cirugía en sí misma, pues conocido y asumido el riesgo es indiferente su origen.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial por no concurrir la antijuridicidad el daño y adecuarse la asistencia sanitaria recibida a la *lex artis*.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 28 de mayo de 2014

