

Dictamen nº: **299/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **08.06.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 8 de junio de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por G.M.M., sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid como consecuencia, supuestamente, de una incorrecta atención sanitaria dispensada en el Hospital Universitario de Getafe.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en el Servicio Madrileño de Salud el 9 de diciembre de 2005, se reclama responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, al entender el reclamante que las secuelas que padece (disfunción esfinteriana vesical y eréctil) son consecuencia de una inadecuada técnica quirúrgica de laminectomía lumbar y de la falta de información previa a la intervención programada con respecto a los posibles riesgos.

Solicita en concepto de indemnización la cantidad de trescientos mil euros (300.000 €) más intereses, por los daños y perjuicios sufridos. Adjunta al escrito de reclamación copias de diversos documentos e informes médicos. A efecto de notificaciones indica un despacho de abogados.

SEGUNDO.- De la historia clínica y la documentación obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos:

El paciente nacido el 9 de mayo de 1943 y con antecedentes personales de hipertensión arterial, cardiopatía isquémica en tratamiento con Adiro y Atenolol, diabetes tipo 2, y síndrome obstructivo del tracto urinario inferior asociado a elevación de cifras de PSA (antígeno prostático específico), pero con biopsia prostática transrectal compatible con hiperplasia adenoleimomatosa sin evidencia de malignidad, acude a consulta externa de neurocirugía del Hospital Universitario de Getafe el 29 de enero de 2004, remitido desde neurología del Hospital Severo Ochoa de Leganés, para valoración de dolores irradiados por ambos miembros inferiores de predominio izquierdo, aunque últimamente también derecho. Refiere que desde hace seis o siete años viene presentando cuadro de claudicación neurógena de la marcha, pero en el último año el dolor se hace permanente y de características invalidantes, refiriendo escasa lumbalgia con dolor a la extensión de la columna lumbar. También presenta dolor irradiado a región genital (los síntomas se entremezclan con un cuadro de prostatismo desde hace años).

La resonancia lumbar realizada indica estenosis marcada del canal central a nivel L₄ y L₅ y también L₃-L₄, en plano sagital. Menos llamativa en L₅-S₁. Con el diagnóstico de estenosis de canal lumbar el paciente es incluido en la lista de espera quirúrgica del Hospital de Getafe, para realización de laminectomía lumbar descompresiva. Firma el consentimiento informado para intervención de hernia discal lumbar el 25 de marzo de 2004. Entre las posibles complicaciones de la intervención, en el documento firmado por el paciente consta "*Complicaciones excepcionales, como lesión de vasos abdominales y lesión de un uréter*".

El día 8 de junio de 2004, se realiza intervención quirúrgica mediante amplia laminectomía de L₄ y ampliación parcial superior de L₅ con

extirpación de una importante hipertrofia del ligamento amarillo para liberación de saco dural y raíces nerviosas.

La evolución posoperatoria es buena en cuanto a dolores lumbares mínimos y mejoría de su ciatalgia previa, pero ha existido un empeoramiento de su alteración urinaria previa, precisando sondajes vesicales repetidos por retención urinaria. Antes del alta se consulta con el servicio de urología que decide que se mantenga otras dos semanas la sonda vesical, retirándola desde su ambulatorio y que sea valorado nuevamente en consulta de urología de Área. Es dado de alta el 21 de julio de 2004, debiendo acudir a revisión a la consulta de neurocirugía.

El día siguiente al alta, 22 de julio de 2004, el paciente es atendido en el servicio de urgencias del Hospital de Getafe por obstrucción de sonda vesical con probable relación con ITU (Infección del tracto urinario). Vuelve a urgencias por obstrucción de sonda urinaria los días 26 y 30 de julio y 4 y 6 de agosto de 2004 y el 29 de agosto de 2004 por probable uretritis.

Se realizó estudio urodinámico en el Hospital Severo Ochoa el 3 de septiembre de 2004, con resultado de “*Ausencia de contractibilidad del Detrusor de la Vejiga. Arreflexia del detrusor*”.

El 7 de septiembre de 2004 es valorado en revisión, en consulta de Neurocirugía presentando mejoría a la ciatalgia bilateral (dolor gemelar constante) que presentaba antes de la cirugía, pero persiste con sondaje vesical permanente y cierto componente de dolor en nalga izquierda de características mecánicas. Se encuentra pendiente de estudio urodinámico. En la exploración no se evidencia Lasegue, la fuerza está conservada a todos los niveles y los reflejos son hipoactivos. Se solicita un EMG y una RM lumbar de control.

El 1 de octubre de 2004 fue atendido en la consulta de urología-incontinencia del Hospital Severo Ochoa donde se le indicó la realización de cateterismo intermitente limpio, que el paciente no realizó.

El día 28 de octubre de 2004 acude con los resultados de las pruebas complementarias: estudio urodinámico: ausencia de contractilidad del detrusor de vejiga. EMG: radiculopatía L₅ crónica. La resonancia magnética evidencia una adecuada descompresión a nivel L₃-L₄ con persistencia de cierta estenosis lumbar a nivel L₄-L₅. Se replantea reevaluar en 3 meses y si no hay mejoría del problema urinario y persiste ciatalgia (aunque actualmente es más de reposo que en movimiento) plantear una reintervención lumbar para descomprimir el nivel L₄-L₅.

Acude el 20 de enero de 2005 a revisión con una importante mejoría de los dolores lumbociáticos con tratamientos alternativos (naturista). Refiere haber conseguido retirar el sondaje vesical con un tratamiento a base de hierbas. Se le aconseja que continúe utilizando las medidas que le han funcionado y que vuelva después del verano a revisión.

En febrero de 2005 refiere en la consulta haberse retirado la sonda. Presenta micción dificultosa con falta de sensación de llenado vesical y disfunción eréctil (folio 118).

En marzo de 2005 se realiza flujometría libre con curva aplanada y entrecortada, flujo máximo de 10 ml/s y residuo posmiccional de 150 ml. A la vista de esta situación clínica se pautó tratamiento con tamsulosina, 0,4 mg cada 24 horas.

El 10 de octubre de 2005 acude a revisión refiriendo encontrarse peor con lumbociática progresiva invalidante. Indica haber consultado a múltiples especialistas y en la historia no se encuentran los estudios realizados de RM de control para valorar de nuevo la reintervención de la

que se le informó con fecha de 28 de octubre de 2004. El paciente comenta que aportará la RM lumbar para esa posterior valoración.

En diciembre de 2005 es estudiado por disfunción eréctil en la consulta de andrología del Hospital Severo Ochoa pautándose tratamiento con vardenafilo 20 mg vo cuando precise.

Monitorización de situación clínica, tacto rectal y PSA en consultas en de mayo y diciembre de 2005 y junio de 2006. Relativa mejoría subjetiva de su patrón miccional con la tamsulosina. Se propuso realizar biopsia transrectal de próstata por PSA de 4,69 ng/ml en mayo de 2005 pero el paciente prefirió demorar la realización de una nueva biopsia.

Las últimas revisiones urológicas de las que tenemos constancia se realizaron el 27 y el 28 de junio de con resultado de PSA 4,43 ng/ml con tacto rectal con próstata adenomatosa volumen 111/1V sin zonas sospechosas. Se indicó revisión en 8 meses para control de niveles de PSA y tratamiento con inyecciones intracavernosas de PGE 1 (Prostaglandina E).

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 del paciente, el del servicio supuestamente causante del daño, concretamente el informe del Servicio de Neurocirugía del Hospital Universitario de Getafe, de 14 de marzo de 2006 (folios 80 a 82) y el informe del Servicio de Urología del Hospital Severo Ochoa de Leganés de 27 de septiembre de 2006 (folios 96 y 97), así como el documento de consentimiento informado para intervención de hernia discal lumbar (folio 66).

También se ha incorporado el Informe de la Inspección Sanitaria (folios 394 a 411), de 21 de noviembre de 2006 con las siguientes conclusiones:

a. Paciente diagnosticado de Raquiestenosis Lumbar severa con claudicación neurógena de la marcha de 6-7 años de evolución, intervenido quirúrgicamente el 8-06-04 mediante Laminectomía Lumbar Descompresiva.

b. Antecedentes personales: Síndrome Prostático Sintomático y Obstructivo de larga data (próstata adenomatosa III/IV en tratamiento farmacológico con tamsulosina). Disfunción Erétil (informe del evolutivo del H. Severo Ochoa del 26-04-04, diciembre 2005 tratamiento con vardenafilo 20 mg oral, junio 2006 tratamiento con PGE1 intracavernoso). Cardiopatía Isquémica (tratamiento con antiagregantes y antihipertensivos) y DMNID (tratamiento con antidiabéticos orales).

c. La hoja informativa referente a la lista de espera quirúrgica facilitada al paciente explicita que el tipo de intervención a la que se va a someter tiene carácter de NO URGENTE, aunque se actuará para intervenirle en el menor plazo posible una vez incluido en ella.

d. El consentimiento informado, debidamente cumplimentado por el paciente el 25-03-04 donde se da por enterado y satisfecho de la información, detalla claramente los riesgos y complicaciones de la intervención directos e indirectos tanto quirúrgicos como postquirúrgicos a los que está expuesto el paciente con respecto a la posible mortalidad, complicaciones de forma específica (infección quirúrgica, fistula de LCR, lesión de raíz afectada por hernia y otras excepcionales) así como la posibilidad de reintervención ante la persistencia o reincidencia de patología. Así mismo se especifican en riesgos personalizados los derivados de la laminectomía descompresiva y los derivados de su cardiopatía.

e. Las actuaciones realizadas permiten concluir que la asistencia sanitaria prestada al reclamante y las actuaciones de diagnóstico y

tratamiento fueron las adecuadas en cada momento, teniendo en cuenta el evolutivo clínico del cuadro así como la demás patología coexistente, utilizando los conocimientos actuales de la práctica médica.

f. Alta hospitalaria el 21-07-04 con persistencia del trastorno esfinteriano vesical que precisó atención en el Servicio de Urgencias del Hospital de Getafe en 7 ocasiones por obstrucción aguda de orina y posterior estudio urodinámico en Hospital Severo Ochoa (3-09-04): ausencia de contractibilidad del Detrusor de la Vejiga. Arreflexia del Detrusor

g. Revisiones del Servicio de Neurocirugía con evolución alternante del cuadro clínico Se valoró como adecuada la descompresión en L3-L4, aun persistiendo estenosis de canal severa en L4 y disco L4-L5 con juicio clínico de Radiculopatía L5 crónica, considerándose la posibilidad de reintervención descompresiva de L4-L5 a medio plazo si no hubiese mejoría del cuadro urinario ni de la ciatalgia.

h. Clínica Actual: Persistencia de Lumbociática por radiculopatía crónica tras intervención quirúrgica pendiente de nueva valoración quirúrgica y estabilización de patologías previas (hiperplasia prostática III/IV, disfunción eréctil, cardiopatía isquémica y DMNID).

i. Por la bibliografía consultada y por los informes técnicos elaborados por los especialistas:

[...]

La Hiperplasia Benigna de Próstata es causante del 25% de los síntomas obstructivos en general y del 53% de las retenciones agudas en varones y a largo plazo a la hipertrofia del Detrusor y al agotamiento de los mecanismos de compensación, perdiendo paulatinamente la vejiga su capacidad de adaptación y volviéndose inestable. En ocasiones se asocia a

otras condiciones clínicas (trauma raquímedular, neuropatía periférica, infección urinaria, puerperio, postoperatorios, ureterolitiasis, tumores pélvicos...) pueden llevar al paciente a la descompensación. Por último como hecho constatado la influencia de esta patología sobre la función sexual así como los efectos secundarios del tratamiento específico de este proceso en dicha función (impotencia ó eyaculación retrógrada).

7- PROPUESTA FINAL

No se puede establecer como queda patente en toda la exposición que haya existido una demora injustificada en una intervención quirúrgica de una patología crónica considerada No Urgente. Se constata igualmente que en todo momento ha existido una información completa y una correcta cumplimentación del Consentimiento Informado. La atención sanitaria se ha ceñido a la buena praxis ajustada a la necesidad tanto de la situación clínica que ha indicado la intervención quirúrgica como de la patología previa existente en el paciente, con seguimiento continuado del evolutivo y adecuada actitud terapéutica según las necesidades.

Por lo que esta Inspectora Médico propone la DESESTIMACIÓN de la reclamación presentada por [el reclamante] salvo mejor criterio de esa Dirección General”.

Las conclusiones del dictamen emitido por la asesoría médica de la Consejería de Sanidad, con fecha 3 de abril de 2009 (folios 414 a 419) ponen de manifiesto que:

- “1. Todas las actuaciones médicas, diagnósticas y terapéuticas han sido correctas.*
- 2. La intervención quirúrgica estaba indicada y se llevó a cabo sin defectos en la técnica quirúrgica.*

3. La complicación posoperatoria del paciente pudo ser debida a una lesión funcional de las raíces sacras asociadas a la descompresión quirúrgica.

4. La complicación sufrida por el paciente está descrita en la literatura científica que puede ocurrir hasta en un 1,9 % de los casos a pesar de una técnica quirúrgica correcta.

5. Por todo lo anterior no consideramos justificada esta reclamación”.

Por escrito de 13 de julio de 2009, se requiere a la representación del interesado para evacuar el trámite de audiencia.

El reclamante presenta el 4 de noviembre de 2010, en el registro general del Ayuntamiento de Leganés, escrito al que adjunta copia de la reclamación presentada el 9 de diciembre de 2005, que dio inicio al presente expediente de responsabilidad patrimonial; copia del recibo de la cantidad entregada para provisión de fondos al letrado actuante; copia de la solicitud de 25 de noviembre de 2010, presentada el 4 de enero de 2011, de continuación del expediente administrativo.

Por escrito presentado el 5 de abril de 2011 en el registro del Servicio Madrileño de Salud, la representación del interesado confirma la recepción del trámite de audiencia y solicita la continuación del expediente “*con la mayor agilidad posible, hasta dictar la resolución expresa dando respuesta a las pretensiones de quien suscribe*”.

El 29 de marzo de 2011, se formula por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria propuesta de resolución desestimatoria, que es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos en la Consejería de Sanidad.

CUARTO.- En este estado del procedimiento y mediante orden del Consejero de Sanidad, de 9 de mayo de 2011 -que ha tenido entrada el 13 del mismo mes y año-, se formula 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 unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 8 de junio de 2011.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación que, en soporte cd, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en los antecedentes de hecho anteriores.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN 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 (LCC) por ser superior a quince mil euros la cuantía de la reclamación, 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 interesado, 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 del Procedimiento Administrativo Común (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 Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

Ostenta el reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por ser la persona directamente afectada por el daño.

Igualmente cabe afirmar la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por cuanto que el Hospital Universitario de Getafe se halla integrado en la red sanitaria pública de la citada Comunidad.

Por lo que se refiere al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad, el artículo 142.5 LRJ-PAC establece el plazo de prescripción de un año, que debe computarse, tratándose de daños físicos o psíquicos desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. La asistencia sanitaria discutida tuvo lugar el 8 de junio de 2004, pero la estabilización de las secuelas no se produjo hasta febrero de 2005, por lo que se encuentra en plazo la reclamación presentada el 9 de diciembre de 2005.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación mencionada en la anterior consideración. Especialmente, se ha practicado la prueba precisa, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigidos en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y 82 y 84 de la Ley 30/1992.

CUARTA.- 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*

terminos 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 el artículo 40 de la Ley del 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 económico 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 económico 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.

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 aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

QUINTA.- Aplicando la anterior doctrina, y acreditada la realidad del daño mediante los informes médicos obrantes en la historia clínica, daño que es evaluable económicamente e individualizado en la persona del reclamante, la cuestión se centra en dilucidar si las secuelas físicas padecidas son imputables a la actuación de los servicios sanitarios.

Para ello es necesario valorar si la intervención sanitaria cuestionada se ajustó a los parámetros de la *lex artis*, esto es, si se acomodó a una buena práctica médica, lo que enervaría la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, porque de acuerdo con una larga y consolidada jurisprudencia “*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*” (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 -recurso 6/7915/03-, 7 de marzo de 2007 -recurso 6/5286/03-, 16 de marzo de 2005 -recurso 6/3149/01-), o lo que es lo mismo, no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.

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), si bien la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante (así las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre –recurso 3071/03- y 2 de noviembre de 2007 –recurso 9309/03- y 7 de julio de 2008 –recurso 3800/04–).

En el caso que nos ocupa la adecuación a la *lex artis* que de los informes obrantes en el expediente se infiere no ha sido contradicha por el reclamante con medios probatorios, que no aporta ni propone ninguna prueba, más allá de sus propias alegaciones, de la vulneración de las buenas prácticas médicas por la actuación sanitaria de la que pudiera derivarse resultado indemnizatorio para la Administración.

Por el contrario, de los informes que constan en el expediente se deriva la adecuación de la actuación sanitaria a las correctas prácticas de la medicina. En efecto, del Informe de la Inspección Sanitaria y del informe pericial emitido, a instancias de la compañía aseguradora, por dos especialistas en Neurocirugía se desprende que la intervención quirúrgica realizada en el Hospital Universitario de Getafe se desarrolló sin infracción de la *lex artis*. De acuerdo con el segundo de los informes citados “*la intervención quirúrgica estaba indicada y su realización técnica fue correcta y sin incidencias intraoperatorias*”.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que las secuelas que el paciente presentó tras la práctica de la cirugía es un riesgo o complicación secundaria a la intervención quirúrgica, a pesar de haberse

realizado con respeto a la *lex artis*. Así, en el informe pericial de los neurocirujanos se explicita que “*en la intervención quirúrgica pudo producirse una lesión inadvertida de las raíces sacras asociadas a la manipulación quirúrgica y relacionada con la propia descompresión. Esta complicación está descrita en la literatura médica hasta en un 2% de los casos independientemente de la realización de una técnica quirúrgica correcta*”.

SEXTA.- Sentado que la patología que padece el reclamante es una complicación posible derivada de la intervención quirúrgica, que puede surgir aun cuando la cirugía se haya realizado de forma irreprochable desde el punto de vista de la *lex artis*, procede en este momento analizar si el daño padecido es o no antijurídico, porque la responsabilidad patrimonial requiere que el daño sea antijurídico, pasando a ser lesión en sentido jurídico, esto es que el perjudicado directamente no tenga la obligación jurídica de soportar el daño; y esta obligación concurre cuando existe la aceptación expresa del paciente o enfermo en el llamado consentimiento informado, por cuanto en los casos de actividad administrativa de prestación, como es la sanitaria, ésta se asume voluntariamente y se debe soportar su posible efecto adverso.

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 notoria 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 (SSTS 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).

En el expediente a dictaminar existe un documento de consentimiento informado, fechado el 25 de marzo de 2004, previo a la intervención quirúrgica, firmado por el paciente y el médico informante en el que figuran una serie de riesgos específicos de la intervención a que iba a ser sometido, con la indicación de su frecuencia o porcentaje de acaecimiento. Entre tales riesgos se incluye la posibilidad de precisar una reintervención, salida de líquido cefalorraquídeo, lesión de la raíz afectada por la hernia, lesión de vasos abdominales, lesión de uréter y riesgos personalizados derivados de la cardiopatía padecida y de la laminectomía descompresiva.

De esta forma el paciente quedaba informado de que, como consecuencia de la realización de la intervención quirúrgica se podían desencadenar estas secuelas, como realmente sucedió, incluso en el supuesto de que la actuación médica fuera irreprochable desde la perspectiva de la *lex artis*.

En mérito a cuenta antecede el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por no concurrir los requisitos necesarios para ello.

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, 8 de junio de 2011