



Consejo Consultivo de Canarias

DICTAMEN 156 / 2018

(Sección 1ª)

La Laguna, a 19 de abril de 2018.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 108/2018 IDS)**.

FUNDAMENTOS

I

1. El objeto del presente Dictamen, solicitado por el Sr. Consejero de Sanidad, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de reclamación de la responsabilidad patrimonial de un Organismo autónomo de la Administración autonómica.

2. El reclamante solicita una indemnización que supera la cantidad de 6.000 euros. Ello determina la preceptividad del Dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Sr. Consejero para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Esta Ley es aplicable en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, a) y la disposición final séptima de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP), ya que el presente procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de esta última.

* Ponente: Sr. Brito González.

Resulta igualmente aplicable el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera, a), en relación con la disposición derogatoria 2, d) y la disposición final séptima de la citada Ley 39/2015.

II

1. (...), actuando por medio de representante, formula el 16 de marzo de 2016 reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños supuestamente causados por el funcionamiento del Servicio Canario de la Salud con ocasión de una intervención quirúrgica.

Los hechos en los que fundamenta su reclamación son los siguientes:

- Se trata de un paciente afecto de lumbociática derecha por hernia discal L4-L5 que fue tratado por el Dr. (...), traumatólogo del Hospital Dr. José Molina Orosa de Lanzarote. Este facultativo no le llevó a cabo un adecuado tratamiento quirúrgico, al practicarle una foraminectomía, laminectomía parcial, liberación de la raíz nerviosa y discectomía, en lugar de haberle efectuado una microdiscectomía, que constituye hoy día un estándar entre las distintas opciones quirúrgicas existentes, y más atendidas las circunstancias personales y edad del paciente.

- Según el reclamante la negligencia médica no se quedó ahí, sino que tras esa errónea intervención quirúrgica, el Dr. (...) mostró más si cabe su desprecio y desinterés hacia su paciente, no poniendo los medios técnicos y/o humanos para el diagnóstico de la complicación que sufrió tras la errónea intervención, calificando en todo momento de banal su cuadro clínico. Por ello, tras este error quirúrgico inicial y el negligente trato recibido por el citado facultativo, que seguía viendo de normal la situación, a pesar de las complicaciones y el sufrimiento que le trasladaba el paciente por los severos dolores que seguía padeciendo, tiene que dirigirse a otro especialista. Este especialista sí lo trató debidamente con la intervención quirúrgica de microdiscectomía, que se le realiza el 3 de junio de 2015.

El reclamante pone de manifiesto que, a pesar de haber sido un éxito esta última intervención, a causa de los citados errores de praxis médica sufrió durante un largo periodo de tiempo severos dolores, permaneciendo con el nervio pinzado. Añade que le ha quedado un severo dolor crónico, que le ha generado un cuadro ansioso depresivo con insomnio, en tratamiento de ansiolíticos y antidepresivos, una atrofia de la musculatura lumbar y pierna derecha que le provoca una gran incapacidad

funcional, por lo que no puede llevar vida normal alguna y ha sido declarado en situación de incapacidad permanente en grado total por Resolución del INSS de 30 de noviembre de 2015.

Considera el reclamante que durante el inicial proceso asistencial no se han respetado los protocolos médicos, por lo que se ha producido una vulneración de la *lex artis*.

Solicita por los daños y secuelas sufridas una indemnización de 196.944 euros por los daños causados, si bien en trámite posterior eleva esta cantidad a 292.581 euros, más los intereses legales que correspondan desde la fecha de presentación de la reclamación.

Aporta con su reclamación informe médico pericial relativo a la asistencia sanitaria prestada por el Servicio Canario de la Salud y los daños sufridos, así como diversos informes clínicos y reclamación previa contra la resolución del INSS que declara su incapacidad permanente en grado de total para que se declare en grado de absoluta.

2. En el presente procedimiento el reclamante ostenta la condición de interesado en cuanto titular de un interés legítimo, puesto que alega haber sufrido daños personales como consecuencia del funcionamiento incorrecto de un servicio público, pudiendo, por tanto, iniciar el procedimiento. En el expediente se encuentra asimismo debidamente acreditada la representación conferida.

Se cumple por otra parte la legitimación pasiva de la Administración autonómica, actuando mediante el mencionado Servicio, titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

3. La reclamación fue presentada el 16 de marzo de 2016, dentro del plazo de un año que al efecto prevé el art. 142.5 LRJAP-PAC, pues si bien la intervención quirúrgica de la que trae causa fue practicada el 6 de junio de 2014, tras su evolución posterior fue nuevamente intervenido el 3 de junio de 2015, fijándose por tanto después de esta fecha el alcance de las secuelas. No resulta pues extemporánea.

4. El órgano competente para instruir y proponer la resolución que ponga fin a este procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con

los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

La resolución de la reclamación es competencia del Director del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

5. En la tramitación del procedimiento no se ha incurrido en irregularidades formales que impidan la emisión de un dictamen de fondo, si bien se ha incumplido el plazo de seis meses que para su resolución establece el art. 13.3 RPAPRP. La demora producida no impide sin embargo que se dicte resolución, pesando sobre la Administración la obligación de resolver expresamente, a tenor de lo establecido en los arts. 42.1 y 43.3.b) LRJAP-PAC.

En particular, consta en el expediente que la reclamación fue correctamente calificada y admitida a trámite mediante Resolución de 1 de abril de 2016 (art. 6.2 RPAPRP) y que se han realizado los actos necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debe pronunciarse la Resolución (art. 7 RPAPRP), constando en el expediente el informe del Servicio de Traumatología del Hospital Dr. José Molina Orosa que atendió al paciente, así como la historia clínica del paciente obrante en este Centro Hospitalario y en el correspondiente Centro de Atención Primaria. También emitió informe el Servicio de Inspección y Prestaciones (SIP).

Al reclamante se les ha otorgado asimismo trámite de audiencia (art. 11 RPAPRP), presentando alegaciones en el plazo concedido en las que eleva la indemnización que solicita a la cantidad de 292.581 euros, al haber sido declarada judicialmente su incapacidad permanente en grado de absoluta.

El procedimiento viene concluso con la preceptiva Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación formulada, que fue informada por la Asesoría Jurídica Departamental, según lo dispuesto en el art. 20.j) del Reglamento del Servicio Jurídico, aprobado por Decreto 19/1992, de 7 de febrero, estimándola conforme a Derecho.

III

1. Por lo que se refiere al fondo del asunto, el interesado considera que no se empleó una técnica quirúrgica adecuada para tratar la lumbociática derecha por hernia discal L4-L5 que padecía, lo que le provocó los daños que alega en su

reclamación. En su opinión, se le debía haber practicado una microdiscectomía en lugar de una laminectomía y disectomía.

En la Propuesta de Resolución culminatoria del procedimiento se estima, por el contrario, que la intervención realizada al reclamante mediante la técnica de laminectomía y disectomía, para el tratamiento de la hernia discal que padecía, es un procedimiento quirúrgico actual, de uso extendido y avalado por la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología, teniendo resultados análogos a la técnica denominada microdiscectomía. A ello se añade que la reproducción de la hernia, así como el dolor que dice padecer, son consecuencias descritas en el documento de consentimiento informado que suscribió y por consiguiente asumidos por el reclamante, por lo que no constituyen daños antijurídicos.

2. La cuestión se centra pues en determinar si la intervención quirúrgica primeramente practicada, en la que se empleó la técnica de laminectomía y disectomía, fue o no conforme a la *lex artis*, como parámetro que determina la corrección de la asistencia sanitaria prestada al reclamante y en la que resulta determinante, no el resultado finalmente alcanzado, sino el hecho de que se pusieran a disposición del paciente las técnicas adecuadas para tratar de curar la enfermedad padecida.

En este sentido, es reiterada la jurisprudencia del Tribunal Supremo y, como no puede ser de otra manera, los pronunciamientos de este Consejo Consultivo (por todos, DDCCC 86/2018 y 103/2018), que sostiene que el funcionamiento del servicio público de la sanidad se dirige a proporcionar unos medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados, porque la Medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana.

De esta forma, la obligación de los servicios de salud se configura como una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo. El funcionamiento de dicho servicio consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados. Por tanto, no basta que en el funcionamiento de dicho servicio se hayan obtenido unos resultados insatisfactorios para los usuarios, sino que esos resultados sean la concreción de un

riesgo específico creado por el funcionamiento del servicio y que, además, sean antijurídicos en el sentido que no exista un deber jurídico para aquéllos de soportarlo. Por ello, no son riesgos específicos creados por el establecimiento y funcionamiento de los servicios públicos sanitarios los ligados a la irreversibilidad de estados patológicos, al carácter limitado de los conocimientos de la ciencia médica y a la manifestación de efectos secundarios iatrogénicos inherentes a muchos tratamientos médicos, o a los riesgos conocidos que generan pero que se asumen, porque su probabilidad de plasmación es más o menos remota y es mayor la probabilidad de obtener resultados positivos.

De ahí que el criterio fundamental para establecer si los daños que se alegan han sido causados por la asistencia sanitaria pública y, por ende, son indemnizables estriba en si ésta se ha prestado conforme a la *lex artis ad hoc*, la cual se define como la actuación a la que deben ajustarse los profesionales de la salud, mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance. De esta forma, solo si el daño se ha producido por una mala praxis profesional, entonces es antijurídico y se considera causado por el funcionamiento del servicio público de salud y en consecuencia surge para éste la obligación de repararlo.

3. Es necesario pues, a fin de determinar en el presente caso la corrección jurídica de la Propuesta de Resolución, analizar si la atención sanitaria prestada al ahora reclamante puede o no considerarse ajustada a este parámetro de la *lex artis*.

Los informes obrantes en el expediente -especialmente, el emitido por el Jefe del Servicio de Traumatología con fecha 9 de junio de 2016 y por el SIP- acreditan que la intervención practicada al paciente el 6 de junio de 2014 fue adecuada a la patología que presentaba y que la técnica quirúrgica empleada resultaba asimismo apropiada.

En este sentido, el SIP describe en su informe que la técnica empleada en los siguientes términos: «Se practicó una cirugía apropiada, mínimamente agresiva, de la hernia discal L4-L5, realizando una pequeña incisión en la zona posterior del segmento vertebral afectado, extirpando sólo parcialmente la lámina (evitando la inestabilidad vertebral) que estaba disminuyendo el diámetro del canal espinal debido a hipertrofia del ligamento amarillo (laminectomía parcial), extrayendo el disco afectado (disectomía), técnicas que implican la foraminotomía (se amplía el foramen que es la abertura por donde salen las raíces nerviosas del conducto

raquídeo para acceder al material discal), y por tanto se liberan la raíz nerviosa comprimida que provoca los síntomas de lumbociatalgía».

Informa además que, ante una patología como la presentada por el paciente, el cirujano cuenta con variedad de técnicas, que usará de acuerdo al diagnóstico previo realizado mediante la clínica y los estudios de imagen, y los hallazgos encontrados durante la cirugía: la disectomía estándar (utilizada), *versus* microdiscectomía. Ambas, indica, son técnicas vigentes, cuyos resultados son similares según estudios comparativos y las dos son procedimientos apropiados. A ello añade que la técnica utilizada es un procedimiento quirúrgico actual, de uso extendido entre los traumatólogos españoles, y es uno de los tratamientos recomendados para el tratamiento de la hernia discal por la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología.

Se trata pues de una técnica recomendada para el tratamiento de las hernias discales y que produce resultados similares a los que pudieran alcanzarse mediante la microdiscectomía, por lo que no se aprecia la alegada incorrección de la técnica quirúrgica que alega el reclamante.

Sobre este extremo es de resaltar que éste adjuntó a su reclamación un informe médico pericial que señala que debió emplearse la microdiscectomía, si bien tal conclusión se alcanza de forma genérica, limitándose a señalar que la microdiscectomía constituye hoy día un estándar entre las distintas opciones quirúrgicas existentes, con la que se obtiene un buen resultado en el 76-93% de los casos, de donde deduce que no se practicó el tratamiento adecuado. No obstante, este informe, además de describir las características de la patología de hernia discal, recoge los tratamientos a emplear, incluyendo los quirúrgicos, entre los que se menciona la técnica que se empleó en el caso del paciente. Se trata por tanto de observaciones de carácter general que no avalan la incorrección de la asistencia sanitaria prestada al reclamante con ocasión de la primera intervención quirúrgica.

Por otra parte, de la historia clínica del paciente se constata que esta primera intervención se desarrolló sin complicaciones y que en las horas posteriores no sentía dolor, solicitando su alta voluntaria. En su posterior seguimiento en el mismo Centro hospitalario se practica el 14 de julio de 2014 radiografía de control, constando en su historia clínica que «tras seis semanas de operado ha desaparecido el dolor ciático. Molestias lumbares. Se indican ejercicios apropiados».

Tres meses después de practicada la cirugía, es valorado nuevamente en Consultas Externas de Servicio de Traumatología y en este momento se aprecia un empeoramiento clínico, por lo que se le solicita resonancia magnética, que es realizada cinco días después, con el diagnóstico de recidiva herniaria a nivel L4-L5. Como se ha relatado en los antecedentes, fue intervenido nuevamente el 3 de junio de 2015, esta vez con la técnica quirúrgica de microdiscectomía, al haber sufrido una recidiva de su hernia discal y precisó una tercera intervención quirúrgica el 12 de agosto de 2016, constando en los controles posteriores que el paciente presenta dolor crónico lumbar y en extremidades inferiores que lo invalidan de forma severa y que fue diagnosticado de síndrome de espalda fallida en el año 2017.

Este curso posterior de la enfermedad padecida evidencia que la evolución del paciente no se debió a la técnica quirúrgica empleada en la primera ocasión en que fue intervenido, pues operado en la segunda ocasión con la técnica argumentada por él como la adecuada para solucionar su patología, continuó sin embargo con una evolución desfavorable.

Consta además en el expediente que el reclamante, tras la primera intervención, sufrió una recidiva de la hernia discal. Sobre esta recidiva indica el SIP lo siguiente:

«La recidiva herniaria es la principal causa de dolor lumbar radicular posterior a la cirugía de las hernias discales lumbares con una incidencia reportada entre el 5 y el 12,5%. El desenlace de la cirugía de resección de la hernia del disco lumbar se ha descrito en la literatura en términos de la tasa de éxito y oscila entre el 76 y el 93%. Esto quiere decir que existe un 7 a 24% de los pacientes que persisten con síntomas luego de la intervención. Dentro de las causas de dolor lumbar posterior a la resección herniaria y discectomía lumbar descritas están, en orden de importancia: la hernia lumbar recidivada, una nueva hernia lumbar en diferente nivel, la fibrosis peridural, la estenosis foraminal, la aracnoiditis, el síndrome facetario, la estenosis espinal secundaria y la espondilitis o espondilodiscitis. Se ha identificado a la recidiva herniaria como la principal causa de dolor lumbar radicular posterior al tratamiento quirúrgico de hernia de disco lumbar, con una incidencia de entre el 5 y el 12.5%, en seguimientos de hasta 20 años.

La recidiva herniaria se define como la presencia de nuevo material en el canal raquídeo proveniente de un segmento previamente intervenido, tanto del mismo lado como en el opuesto. Esta ocupación no siempre es causada por material del núcleo pulposo, ya que los síntomas también pueden ser reproducidos por trozos del anillo fibroso o por fragmentos óseos que no fueron resecaados durante la primera cirugía. Se ha descrito que la microinestabilidad causada por la cirugía primaria es la responsable del desarrollo de la recidiva herniaria sumado a que la resección incompleta del disco intervertebral (a pesar de

la resección del fragmento herniado y remoción de todos los fragmentos discales posibles) y la presencia de un pórtico a nivel anular favorecerían la salida de nuevo tejido discal».

La recidiva constituye pues uno de los riesgos típicos de la intervención y así se consignó en el documento de consentimiento informado suscrito por el paciente con ocasión de la primera intervención practicada, en el que expresamente consta la «reproducción de la hernia por restos de tejido discal que no hayan sido extraídos». Constituye pues un riesgo cuya concreción es posible a pesar de que la técnica quirúrgica haya sido correctamente realizada. Se trata de un riesgo conocido por el interesado, ya que prestó su consentimiento a la intervención mediante la firma de un documento en el que constaba la posibilidad de que esta complicación se produjera.

A este respecto, es preciso tener en cuenta que la adecuación a la *lex artis* no exige únicamente que se pongan a disposición del paciente los medios precisos para tratar de curar la patología presentada y que éstos sean desarrollados en las debidas condiciones, como ha acontecido en el presente caso, sino también que reciba cumplida información acerca de las opciones clínicas disponibles y de los riesgos que las mismas engendran, ya que el contenido concreto de la información transmitida al paciente para obtener su consentimiento puede condicionar la elección o el rechazo de una determinada terapia por razón de sus riesgos.

En este sentido, la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de carácter básico, reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, enuncia en su art. 2, entre sus principios básicos, la exigencia, con carácter general, del previo y preceptivo consentimiento de los pacientes o usuarios para toda actuación en el ámbito de la sanidad, que debe obtenerse después del que el paciente reciba una información adecuada y que se hará por escrito en los supuestos previstos en la Ley (apartado 2). Asimismo, queda recogido el derecho a decidir libremente entre las opciones clínicas disponibles, tras recibir la información adecuada (apartado 3 del mismo precepto), y a negarse al tratamiento, salvo en los casos previstos en la Ley (apartado 4). El art. 4 regula el derecho a la información asistencial de los pacientes, como medio indispensable para ayudarle a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad, correspondiendo garantizar esa información, con el contenido previsto en el art. 10, al médico responsable del paciente, así como a los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto, reconociéndose también el derecho a no recibir información (aunque con

los límites contemplados en el art. 9.1). Por lo que se refiere al consentimiento informado, el art. 8 prevé 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», y que, como regla general, se prestará verbalmente, salvo determinados supuestos, como las intervenciones quirúrgicas, en las que se efectuará por escrito.

El consentimiento informado constituye así uno de los títulos jurídicos que obliga al paciente a soportar que un acto médico correcto no haya alcanzado todos los objetivos terapéuticos que perseguía. De esta forma, los pacientes, en cuanto asumen los beneficios que se derivan de una intervención quirúrgica, asumen igualmente los riesgos cuya concreción resulte posible a pesar de que el acto médico fuera correctamente practicado. El deber de soportar que no se alcance un éxito terapéutico completo resulta de la asunción voluntaria de ese riesgo, por lo que, de concretarse éste, la lesión no revestiría el carácter de antijurídica.

La jurisprudencia de manera constante ha venido sosteniendo que la falta o insuficiencia de la información debida al paciente constituye una infracción de la *lex artis* 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, como expresamente reconocen las SSTS de 26 de febrero de 2004, 14 de diciembre de 2005, 23 de febrero y 10 de octubre de 2007, 1 de febrero y 19 de junio de 2008, 30 de septiembre de 2009 y 16 de marzo, 19 y 25 de mayo, 4 de octubre de 2011, 30 de abril de 2013 y 26 de mayo de 2015, entre otras.

En el presente caso, como ya se ha indicado, el consentimiento informado relativo a la intervención quirúrgica que fue suscrito por el interesado, en el que consta el riesgo de reproducción de la hernia. Este riesgo fue por consiguiente conocido y asumido por él en el momento en que manifestó su consentimiento a la intervención, por lo que, desde esta perspectiva, la asistencia sanitaria puede considerarse también ajustada a la *lex artis*.

4. En definitiva, de lo actuado en el expediente resulta que la cirugía practicada era la pertinente ante la patología sufrida por el reclamante y que la concreta técnica utilizada también resultaba adecuada, siendo además una técnica actual, recomendada por la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología para el tratamiento de la hernia discal y que produce resultados similares a la que, en opinión del reclamante, debió llevarse a cabo. Por otra parte, el paciente recibió la

debida información sobre los riesgos de la intervención, que fueron pues conocidos y asumidos por él en el momento en que manifestó su consentimiento a la misma.

Por tanto, de todo lo anteriormente expuesto podemos concluir que la asistencia sanitaria se ha prestado de conformidad con la *lex artis*, por lo que procede considerar que la Propuesta de Resolución, desestimatoria de la reclamación, es conforme a Derecho.

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución, de sentido desestimatorio, es conforme a Derecho en virtud de los argumentos expuestos en el presente Dictamen.