



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 2 4 / 2 0 2 4

(Sección 1.ª)

San Cristóbal de La Laguna, a 6 de mayo de 2024.

Dictamen solicitado por la Excm. Sra. Consejera 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 (...) en nombre y representación de (...), por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 91/2024 IDS)**.

F U N D A M E N T O S

I

1. El presente Dictamen tiene por objeto examinar la adecuación jurídica de la Propuesta de Resolución formulada por la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud (en adelante, SCS), como consecuencia de la presentación de una reclamación en materia de responsabilidad patrimonial extracontractual derivada del funcionamiento del servicio público sanitario.

2. La reclamante solicita una indemnización « (...) en un importe no inferior en 300.000 euros» -folio 1278-. Esta cuantía determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación de la Sra. Consejera 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 adelante, LCCC), en relación con el art. 81.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP).

3. En el análisis a efectuar de la Propuesta de Resolución formulada, resultan de aplicación la citada LPACAP y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público -en lo sucesivo, LRJSP-; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias; y la

* Ponente: Sr. Suay Rincón.

Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica.

4. El órgano competente para instruir y resolver este procedimiento es la Dirección del SCS, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1, apartado n), de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias. No obstante, en virtud de la Resolución de 23 de diciembre de 2014 (BOC, n.º 4, de 8 de enero de 2015) de la Dirección del SCS, se delega en la Secretaría General del SCS la competencia para incoar y tramitar los expedientes de responsabilidad patrimonial que se deriven de la asistencia sanitaria prestada por el SCS. De esta manera, la resolución que ponga fin a este procedimiento debe ser propuesta por la Secretaría General del SCS, 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 16.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del SCS.

5. Se cumple el requisito de legitimación activa y pasiva. En lo que se refiere a la legitimación activa, cabe indicar que la reclamante ostenta la condición de interesada al haber sufrido un daño personal por el que reclama [art. 4.1, letra a), LPACAP, en relación con el art. 32 LRJSP]. Asimismo, la interesada actúa mediante la representación de su abogado; constando debidamente acreditado en el expediente el poder de actuación de este último (art. 5 LPACAP). Por otro lado, corresponde al SCS la legitimación pasiva, al ser titular de la prestación del servicio público a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

6. Se cumple el requisito de no extemporaneidad de la acción (art. 67.1, párrafo primero, LPACAP). Extremo éste que no es cuestionado por la Administración sanitaria en su Propuesta de Resolución -párrafo tercero del Fundamento de Derecho primero-: *«Respecto de la viabilidad de la acción, formulada la reclamación el día 28 de julio de 2020, la acción se ha ejercitado dentro de plazo de un año establecido legalmente. El proceso que padeció la reclamante tras la intervención de 26 de abril de 2019 podemos considera(r) a estos efectos que finalizó el 30 de enero de 2020 (fecha de la reconstrucción del tránsito intestinal y eventroplastia paraestomal, sin perjuicio de seguimientos posteriores)».*

7. En cuanto a la tramitación del procedimiento, se ha sobrepasado el plazo máximo para resolver, que es de seis meses conforme al art. 91.3 LPACAP. No obstante, aun fuera de plazo, y sin perjuicio de los efectos administrativos, y en su

caso, económicos que ello pueda comportar, la Administración debe resolver expresamente (art. 21 LPACAP).

II

1. La reclamante promueve la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial a fin de que le sea reconocido el derecho a ser indemnizada por los daños y perjuicios causados, presuntamente, por el funcionamiento del SCS, con ocasión de la asistencia sanitaria dispensada en el Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno Infantil de Las Palmas de Gran Canaria -en adelante, CHUIMI-.

En este sentido, la reclamante fundamenta su pretensión resarcitoria en los siguientes presupuestos fácticos -folios 1 y ss.-:

«PRIMERO.- (...) fue diagnosticada de discopatía en L3L4 y L4L5 - XLIF L3-L4 izquierdo por lo que se indicó una de artrodesis lumbar en abril de 2019 en el Complejo Hospitalario Universitario Insular-Materno Infantil.

Es necesario señalar que de forma previa la cirugía nuestra mandante no fue informada de los riesgos a los que se exponía en los términos que exige 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. Asimismo, los daños que se han originado a la paciente no forman parte de los riesgos típicos de la cirugía a la que sometió.

A efectos acreditativos aportamos (...) documento de consentimiento informado para artrodesis lumbar de la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología (SECOT).

SEGUNDO.- En el postoperatorio, el 26 de abril de 2019, tras la retirada de la sonda la paciente expulsó líquido fecaloideo por lo que se pidió valoración por el Servicio de Cirugía General y Digestiva.

Se realizó un TC de abdomen que informó:

-TC DE ABDOMEN SIN/CON CONTRASTE del 26-04-2019: Impresión diagnóstica-Neumoperitoneo secundario a perforación del colon descendente. Hallazgos radiológicos. Se realiza TCMD de abdomen y pelvis con contraste oral e IV en fase venosa desde las cúpulas diafragmáticas hasta la sínfisis del pubis. Cambios postquirúrgicos secundarios a los datos descritos en la información clínica, observándose cambios inflamatorios en la pared latero-dorsal izquierda del abdomen, con burbujas de aire aisladas en el TCS y engrosamiento de la musculatura adyacente (oblicuo interno). Inmediatamente adyacente a dichos cambios, se observa una solución de continuidad de aproximadamente 5 mm en la pared lateral izquierda de un segmento de sigma-colon descendente, asocia múltiples burbujas de aire en su

vecindad y neumoperitoneo en el contexto de perforación intestinal. No se objetiva alteración del calibre ni del realce mural de las asas intestinales que sugieran sufrimiento o isquemia. Hígado normal en tamaño y densidad, donde no se identifican lesiones focales. Vías biliares de calibre normal. Páncreas, bazo, suprarrenales, riñones y vejiga sin alteraciones. Reseñar quiste de 2 cm en el polo renal interior derecho sin signos de complejidad (Bosniak I) No se observan adenopatías mesentéricas ni retroperitoneales. Oleomas calcificados en ambos glúteos mayores. Cambios postquirúrgicos con material osteosíntesis en L3-L4. Atelectasias laminares

A la vista de estos hallazgos, el mismo día y de forma urgente, se realizó una operación de Hartmann + drenaje retroperitoneo, (colostomía) en la que se visualizó “peritonitis purulenta a nivel de flanco y fosa iliaca izquierda objetivándose plastrón a dicho nivel con perforación de sigma”.

Cuando la paciente se estabilizó y se encontró afebril, recibió el alta hospitalaria el 11 de mayo de 2019 (...) .

TERCERO.- Siendo la paciente portadora de una colostomía, con todas las limitaciones que esto supone para su vida cotidiana, no era llamada por el hospital para someterse a una cirugía de reconstrucción del tránsito intestinal.

En estas circunstancias, nuestra cliente presentó en el centro hospitalario (...) escrito (...) de 20 de noviembre de 2019 rogando por tercera vez ser tratada. A mayor abundamiento, el retraso terapéutico estaba agravando (la) situación clínica al desarrollarse una gran hernia y úlceras pericostomía, como mostramos en las fotografías que aportamos (...) .

CUARTO.- La paciente no fue intervenida de reconstrucción del tránsito intestinal y eventroplastia hasta el 21 de enero de 2020, casi un año después de la perforación en el Hospital Insular-Materno Infantil.

El 30 de enero de 2020 la paciente recibió el alta hospitalaria, con indicación de acudir a curas diarias y retirada de las grapas 15 días después (...) .

QUINTO.- El 2 de febrero de 2020, (...) acudió al servicio de urgencias del mismo hospital por “dolor abdominal difuso de predominio e hipogastrio asociado a vómitos fecaloideos (...) Ausencia de emisión de heces ni gases desde hace 4 días (...) ”. Con este cuadro clínico y el antecedente de la intervención, se avisó al servicio de digestivo.

La paciente presentaba a la exploración física:

EF: Regular estado general, afebril, hemodinámicamente estable. SNG con 400cc de contenido intestinal. Abdomen ligeramente distendido y timpánico, no doloroso a la palpación. No signos de irritación peritoneal. Zona eritematosa a nivel de herida quirúrgica de estoma, fluctuante y con celulitis.

Se indicó TAC de abdomen con contraste, visualizándose “Cuadro suboclusivo intestinal a nivel de sigma, con cambio brusco de calibre en zona de material metálico de cirugía previa. Discreta cuantía de líquido libre intraabdominal. Seroma postquirúrgico en pared abdominal anterior de FF”.

Se decidió la apertura de la herida “ (...) con salida de abundante contenido seroso con signos de infección incipiente (...) ”. Se tomaron muestras y se colocó un drenaje penrose.

Además, se dejó a la paciente ingresada y durante la noche le fueron realizados enemas con los que expulsó gran cantidad de heces.

El 3 de febrero de 2020, la paciente recibió el alta hospitalaria.

SEXTO.- La paciente a día de hoy no se encuentra estable de sus lesiones, recibe curas y es objeto de seguimiento en le precitado hospital. No obstante, de los hechos descritos se infiere de forma indubitada que la asistencia médica que ha recibido nuestra mandante no se ajustó a lex artis ad hoc. Lo sintetizamos en los siguientes puntos:

1. La paciente no fue correctamente informada en los términos legal y jurisprudencialmente establecidos de los riesgos los que se exponía con la con la intervención de artrodesis lumbar a la que sometió en abril de 2018.

2. Sufrió una perforación de sigma iatrogénica lo que pone de manifestó (sic) y evidencia la deficiente técnica quirúrgica empleada.

3. Tras la realización de una colostomía urgente, se tardó 10 meses en reparar el tránsito intestinal, lo cual no solo agravó su estado clínico, sino que convirtió la vida de nuestra mandante en un auténtico calvario, provocándole un sufrimiento que debió evitarse.

Basta con ver las fotografías que hemos aportado, en la que observa junto con la colostomía una gran hernia que mermaba enormemente su calidad de vida y la de sus familiares.

El proceso vivido ha afectado a la reclamante también a nivel psicológico de un modo reactivo, necesitando de tratamiento como se muestra con la hoja de tratamiento del doctor (...), de 29 de abril de 2020 (...) ».

2. *A la vista de lo anteriormente expuesto, y entendiendo que concurren los requisitos sobre los que se asienta la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, la reclamante interesa el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos con ocasión de la asistencia sanitaria dispensada por el SCS.*

La perjudicada no cuantifica en su escrito de reclamación inicial la cuantía indemnizatoria pretendida, solicitando ser indemnizada « (...) en la cantidad que se

determinará en momento posterior, cuando exista completa estabilización del paciente, por la deficiente asistencia médica prestada» -folio 14-.

III

En cuanto a la tramitación del expediente administrativo, constan practicadas las siguientes actuaciones:

1. Mediante escrito con registro de entrada ante la Administración sanitaria el día 24 de julio de 2020, (...), en representación de (...), insta la incoación de un procedimiento de responsabilidad patrimonial para el reconocimiento del derecho a una indemnización por los daños y perjuicios causados, supuestamente, por el funcionamiento del SCS, con ocasión de la asistencia sanitaria que le fue prestada a la paciente en el CHUIMI.

2. Con fecha 1 de septiembre de 2020 se admite a trámite la reclamación formulada por la Sra. (...); acordándose la incoación del expediente conforme al procedimiento legalmente establecido y decretando -por el órgano instructor- realizar cuantas actuaciones fueran necesarias para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales debiera pronunciarse la resolución que pusiera fin al expediente -entre ellas, la petición de informe al Servicio cuyo funcionamiento haya podido ocasionar la presunta lesión indemnizable-.

La admisión a trámite de la reclamación interpuesta consta notificada en debida forma a la interesada.

3. Con fecha 2 de septiembre de 2020 se cursa la correspondiente petición de informe al Servicio de Inspección y Prestaciones -en adelante, SIP- del SCS. Informe que es evacuado el día 4 de julio de 2023.

Asimismo, consta en las actuaciones la emisión de informe por parte del Servicio de Cirugía General y Digestiva y Neurocirugía del CHUIMI.

4. Con fecha 27 de septiembre de 2023 se dicta acuerdo de la Secretaría General del SCS por el que se admiten como medios probatorios los informes reseñados en el apartado anterior.

El citado acuerdo probatorio consta notificado a la interesada.

5. Con fecha 28 de septiembre de 2023 se acuerda la apertura del preceptivo trámite de audiencia a la interesada, resolución que consta notificada en legal forma a la reclamante.

6. Con fechas 13 de octubre, 11 de noviembre de 2023, y 4 de febrero de 2024, el representante de la interesada formula diversos escritos de alegaciones interesando, una vez más, la estimación de su pretensión resarcitoria. A este respecto, fija la cuantía indemnizatoria reclamada, « (...) *de forma provisional y no definitiva en 300.000 €*» -folios 1277 y 1278-.

7. No se evacua el informe preceptivo de los Servicios Jurídicos del Gobierno de Canarias [según se justifica en la Propuesta de Resolución, no así en el propio expediente administrativo], al tratarse de una reclamación por responsabilidad patrimonial en la que se suscitan cuestiones de Derecho previamente resueltas en anteriores reclamaciones ya informadas por el Servicio Jurídico ex art. 20, letra j) del Decreto Territorial 19/1992, de 7 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Jurídico del Gobierno de Canarias.

8. Con fecha 21 de febrero de 2024 se emite la correspondiente Propuesta de Resolución de la Secretaría General del SCS, por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada por (...)

9. Mediante oficio de 24 de febrero de 2024 [con registro de entrada en este Organismo consultivo el día 26 de ese mismo mes y año], se solicita la evacuación del dictamen del Consejo Consultivo de Canarias ex art. 81.2 LPACAP en relación con los arts. 11.1.D.e) y 12.3 LCCC.

IV

1. La Propuesta de Resolución desestima la reclamación efectuada por (...), al entender el órgano instructor que no concurren los requisitos exigibles para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública sanitaria. En concreto, al no quedar demostrada la mala praxis en la atención sanitaria dispensada a la paciente.

Al objeto de verificar la conformidad a Derecho de la Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen ha de partirse de las tres líneas argumentativas que sustentan la reclamación, según la síntesis que la propia reclamación ofrece y que ya antes dejamos consignada: 1) Incorrecta información de los riesgos de la intervención practicada; 2) Deficiente técnica quirúrgica empleada; y 3) Demora en la reparación del tránsito intestinal tras la realización de colostomía urgente.

2. Sobre la técnica quirúrgica empleada, la propia Propuesta de Resolución ofrece explicaciones suficientemente razonables acerca de su corrección e idoneidad técnica, con remisión a lo asimismo indicado por el SIP en su informe:

«1) Necesidad de la intervención y adecuación de la técnica empleada:

La intervención a la que fue sometida resultó necesaria e indicada para la dolencia que padecía, esto es la discopatía en vértebras L3-L4 y L4-L5

La técnica quirúrgica empleada consiste en una artrodesis instrumentada vertebral lumbar era la indicada. (Informes de Cirugía y Neurocirugía) Al respecto el informe del Servicio de Inspección y Prestaciones señala:

El tratamiento quirúrgico propuesto consiste en una artrodesis instrumentada vertebral lumbar mediante abordaje lateral (XLIF).

Existen múltiples vías de abordaje para acceder al espacio discal, la artrodesis intersomática lumbar puede realizarse 1- por vía posterior directa (posterior lumbar interbody fusion PLIF o transforaminal lumbar interbody fusion TLIF), 2- por vía anterior (anterior lumbar interbody fusion ALIF), 3- por vía lateral (extreme lateral lumbar interbody fusion XLIF). El abordaje lateral mínimamente invasivo de columna lumbar para la artrodesis intersomática es un técnica que permite al cirujano un acceso lateral directo al espacio intervertebral una vez disecados los músculos de la pared abdominal, se atraviesa el músculo psoas y se llega al disco lumbar desde el espacio lateral».

La representación de la reclamante, incluso, así lo admite también a la postre en su escrito de alegaciones:

«-Se propone a la paciente realizar tratamiento quirúrgico L3-L4 y L4-L5 XLIF.

Es correcto ante una discopatía lumbar a nivel L3-L4 y L4-L5 que no mejoraba con tratamiento conservador plantear tratamiento quirúrgico de la misma.

La técnica quirúrgica propuesta con CLIF en ambos niveles (fijación vertebral por vía extremo lateral mínimamente invasiva) es correcta y es uno de los abordajes descritos y aceptados en la literatura traumatológica actual».

3. Otro tanto cabe indicar respecto a la demora en la recuperación del tránsito intestinal tras la realización de colostomía urgente. Atendiendo a otro pasaje de la Propuesta de Resolución:

«2) Complicaciones, seguimiento posterior y ausencia de retraso en reconstrucción intestinal

(...)

G.- Hay que considerar que existe un tiempo inexcusable entre la cirugía que ocasiona la colostomía y el momento del restablecimiento de la continuidad del tubo digestivo ya que

se exige un periodo para conseguir una calidad adecuada de los tejidos a anastomosar y comprobación mediante colonoscopia. El tiempo de espera para la reconstrucción lo indica el cirujano y puede variar según las características de cada individuo. A título orientativo se establece un tiempo medio de seis meses. En nuestro caso se realizó en menos de nueve meses (26.04.19 – 21.01.20), no en diez meses como refiere en la reclamación».

Incluso, no se esperó en este caso a obtener el resultado de la colonoscopia para evitar mayores demoras, según relata en su informe el Jefe de Servicio de Cirugía General y Digestiva (folio 757):

«4. Los pacientes que se someten a reconstrucciones del tránsito intestinal, deben realizarse una colonoscopia para valorar todo en colon, debido a que pueden presentar lesiones tumorales o inflamatorias que condicionen la intervención quirúrgica a realizar. El informe de la colonoscopia está fechado el día 4/12/2019.

5. La paciente se incluyó en la lista de espera para la reconstrucción del tránsito el día 21/05/2019, es decir, no se esperó a tener el resultado de la colonoscopia, atendiendo a la demora que tienen estas pruebas, para no perjudicarla puesto que también existe un tiempo de espera para la intervención quirúrgica en la patología no tumoral. Si se hubiera incluido en lista de espera una vez realizada la colonoscopia la demora para la intervención quirúrgica hubiera sido mayor».

4. La cuestión atinente a la incorrecta información de los riesgos de la intervención practicada merece, sin embargo, una consideración más detenida.

En el documento de consentimiento informado suscrito por el paciente el día antes de su intervención (22 de abril de 2019), ciertamente, no figura como uno de los riesgos posibles la lesión visceral que se le produjo a resultas de la intervención.

Pero está también reconocido que no forma parte dicho riesgo de los riesgos típicos de la cirugía a la que se le sometió.

Se asegura, en este sentido, que el riesgo de daño de víscera abdominal es una complicación rara. Se sitúa en un 0.08% el porcentaje de riesgo, según las fuentes que también se citan y se dejan consignadas. Según el SIP en su informe:

«En relación a la información facilitada a la reclamante. El daño que se originó consistente en lesión intestinal no forma parte de los riesgos típicos de la cirugía a la que se sometió. La lesión de vísceras o estructuras intestinales en cirugías de columna lumbar mínimamente invasivas se presenta en 8 de cada 10.000 casos (0.08%) Uribe et al. European Spine J 2015. Esto es, las lesiones vasculares y viscerales, son bastante infrecuentes, aunque también están reportadas en la literatura».

Y en esto tampoco parece haber discrepancias.

La cuestión estriba, así, pues, en determinar hasta qué punto resultaba exigible informar sobre la existencia de dicho riesgo y las consecuencias que resultan de la falta de información acerca del mismo.

A) El contenido de la información que ha de prestarse para obtener el consentimiento informado de los pacientes está legalmente predeterminado. Más que aquellos a los que la reclamación apela, el precepto legal que resulta determinante en este sentido es el art. 10.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, reguladora de la autonomía del paciente y de los derechos y obligaciones en materia de Información y Documentación Clínica:

«Artículo 10. Condiciones de la información y consentimiento por escrito.

1. El facultativo proporcionará al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica siguiente:

a) Las consecuencias relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad.

b) Los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente.

c) Los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención.

d) Las contraindicaciones».

La información proporcionada, desde luego, ha de ser objetiva y veraz, y también completa y suficiente y, además, ha de estar personalizada, en la medida en que la información ha de abarcar los riesgos genéricos que los tratamientos médicos generan y los específicos en función de las especiales circunstancias de cada paciente. Obviamente, no cabe extenderse a los riesgos que resulten desconocidos o que sean ignorados.

Pero la cuestión más espinosa se plantea en relación con los riesgos que, aunque conocidos y posibles, tengan carácter extraordinario o que resulten muy remotas las posibilidades que puedan producirse.

Obviamente, hay que convenir también en que resulta imposible informar al paciente de todas y cada una de las innumerables complicaciones que pueden surgir a resultas de un acto médico, por muy remotas y extraordinarias que sean las posibilidades de que pudieran surgir.

B) La Propuesta de Resolución objeto de este Dictamen se sirve del carácter extraordinario del riesgo que nos ocupa para desestimar la reclamación en este caso. Y a este respecto trae a colación la doctrina jurisprudencial existente acerca del art. 10.1 de la Ley 42/2001:

«La jurisprudencia que ha interpretado el precepto (...) entre otras, en la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 2012, ha venido matizando que " (...) no cabe, sin embargo, olvidar que la información excesiva puede convertir la atención clínica en desmesurada -puesto que un acto clínico es, en definitiva, la prestación de información al paciente- y en un padecimiento innecesario para el enfermo. Es menester interpretar en términos razonables un precepto legal que, aplicado con rigidez, dificultaría el ejercicio de la función médica -no cabe excluir incluso el rechazo por el paciente de protocolos excesivamente largos o inadecuados o el entendimiento de su entrega como una agresión-, sin excluir que la información previa pueda comprender también los beneficios que deben seguirse al paciente de hacer lo que se le indica y los riesgos que cabe esperar en caso contrario».

Como también destaca la STS de 5 de diciembre de 2012 RC 3370/2011: «Hemos dicho en multitud de ocasiones que la información previa a la actividad médica no puede ser excesiva, ilimitada, ya que de lo contrario puede contrarrestar la finalidad de la misma. Pretender que en la información previa se constaten todos y cada uno de los riesgos y posibilidades existentes supone -por exceso- contravenir los principios de la norma, ya que el mismo no se adapta a la claridad, concreción y exigencia de adaptación a los conocimientos de aquellos que lo reciben».

Ahora bien, en el supuesto que nos ocupa se da una circunstancia que resulta de todo punto relevante.

En el documento de consentimiento informado tipo de la intervención que se realiza por el procedimiento XLIF (abordaje extremo lateral a la columna) figura la descripción del riesgo que nos ocupa, concretamente, dentro del apartado de las «complicaciones raras», que sigue a los dedicados a las «complicaciones frecuentes» y «poco frecuentes», se incluye, en efecto, «las lesiones de las vísceras abdominales».

Y este tipo de intervención por el procedimiento XLIF es el que finalmente se le practicó.

El informe del SIP da cuenta de las ventajas de dicho procedimiento, que reitera también la Propuesta de Resolución:

«El acceso por vía lateral presenta numerosas ventajas: No se necesita desplazar los grandes vasos (arteria Aorta y vena Cava Inferior). Permite restaurar la altura del disco y conservar o corregir la lordosis lumbar mejor que las técnicas por vía posterior. Logra descomprimir, de manera indirecta, los nervios comprimidos a nivel de los forámenes de conjunción, sin necesidad de manipular los nervios. Al entrar por vía lateral, la musculatura de la espalda se mantiene intacta lo cual es de suma importancia para la estabilidad lumbar. No dañarla hace que el dolor postoperatorio y los días de ingreso sean menores, además de mejorar la funcionalidad en el futuro y permitir un rápido regreso a sus actividades diarias. Se reduce drásticamente el índice de infecciones.

Mínima pérdida de sangre».

Y sobre los riesgos señala también en otro lugar el informe del SIP:

«C.- Consta suscrito documento de consentimiento informado para fijación vertebral lumbar por vía posterior (PLIF).

(...)

Esto es, el procedimiento quirúrgico propuesto a realizar consistía en todo caso en fijación vertebral intersomática lumbar L3-L4 y L4-L5, con independencia de la vía de abordaje posterior o lateral que fue la que efectivamente se realizó. Siendo que los riesgos informados no se alteran o modifican sustancialmente en los accesos por una u otra vía».

En torno a este último extremo, sin embargo, sí que se detectan discrepancias, porque en las alegaciones que formula la representación de la reclamante (folios 1273 y siguientes) se afirma:

«Se aporta consentimiento informado con fecha 22-04-2019 donde se detalla fijación vertebral lumbar por vía posterior (PLIF).

El consentimiento aportado no es correcto, pues aunque efectivamente se iba a realizar un procedimiento de fijación vertebral, la técnica propuesta no era una artrodesis posterior (PLIF) sino XLIF (lateral extremo).

Ambas técnicas tienen complicaciones similares (infecciones, lesiones neurológicas, fracaso del material de osteosíntesis, etc.), pero en la vía XLIF (aunque poco frecuente pero real), existe la posibilidad de daño de vísceras abdominales, algo anecdótico en el vía de bordaje posterior, y que debe ser informado al paciente».

Más allá de que puedan o no ser compartidas estas apreciaciones, lo que en todo caso resulta incontrovertido es un extremo, y es que la complicación que le advino a la paciente en el curso de la intervención practicada el 23 de abril de 2019 (lesión de vísceras abdominales) sí que aparece indicada en el documento de consentimiento informado establecido para la fijación vertebral lumbar por la

vía lateral (XLIF); al contrario de lo que sucede con el documento de consentimiento informado cuando es por la vía posterior (PLIF) por la que se procede a la indicada fijación vertebral; y fue por aquella vía (XLIF) por la que se le realizó la intervención el siguiente día 24 de abril.

Este Consejo Consultivo estima, por eso, que debió de ser informada la reclamante del riesgo que figura como parte del contenido propio del documento de consentimiento informado tipo establecido cuando se procede a la fijación vertebral lumbar por la vía lateral (XLIF).

5. Corresponde ahora determinar las consecuencias dimanantes de la falta de información acerca de este extremo.

Tal y como indica el órgano instructor, *«la reclamante entiende que ha de ser indemnizada por la producción de la perforación intestinal que sufrió como consecuencia de la intervención de artrodesis instrumentada lumbar, complicación de la que dice no fue informada ni que consta en el documento de consentimiento informado que suscribió previamente a la misma»* -folio 1289-.

Y, en efecto, de acuerdo con lo que acaba de exponerse, ha de indemnizarse a la reclamante; pero la cuestión reside en determinar el concepto por el que procede atender la indicada indemnización; de lo que a su vez resultará el modo en que haya de procederse después a su cuantificación.

A) El consentimiento informado es tenido por un *«derecho fundamental»* - uno de los *«derechos de la personalidad»*- del paciente. Y este Consejo Consultivo estima así que se ha producido en este caso una lesión en el derecho de autonomía o autodeterminación del paciente por el que la reclamante ha de ser indemnizada.

A la lesión del derecho de autodeterminación es a lo que la jurisprudencia reconduce la falta o insuficiencia de la información debida al paciente (STS 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 y 4 de octubre de 2011, 30 de abril de 2013 y 26 de mayo de 2015, entre otras).

Se trata de un daño que doctrinalmente recibe en ocasiones la consideración de un *«daño moral autónomo»* (STS 4 de abril de 2000 RC 8065/1995; también las de 6 de julio de 2007 RC 3036/2000 y 24 de octubre de 2008 RC 1894/2003, estas

dos últimas de la Sala Primera, a diferencia de todas las demás que se dictan en este Dictamen que provienen de su Sala Tercera). También, más próxima en el tiempo, y con cita de otras anteriores, la STS de 2 de octubre de 2012 RC 3925/2011.

Procede en tal caso acordar la indemnización por una cantidad a tanto alzado que, a la vista de las complicaciones ulteriores padecidas hasta la reconstrucción del tránsito intestinal poco menos de nueve meses después, cabe cifrar en una cuantía de 25.000 euros.

No cabe pretender que la indemnización venga a ascender a un importe superior, por las razones que seguidamente se exponen.

B) Hubo consentimiento informado y la información suministrada abarcó los riesgos posibles y ordinarios.

En la medida en que el riesgo sobre el que dejó de informarse no dejaba de tratarse de un riesgo de carácter extraordinario (ocho casos por cada 10.000), no parece razonable inferir de la falta de dicha información que ello pudiera haber tenido repercusión real sobre el ejercicio de la libertad de opción que resulta del reconocimiento del derecho antedicho, al menos, nada se ha acreditado, ni siquiera alegado en el sentido expuesto.

Dentro de la jerarquía de los riesgos establecidos en el propio documento de consentimiento informado tipo, se incluye dicho riesgo dentro de los que se consideran como una complicación rara, y forma parte integrante de los que componen el grupo de la última escala de dicha jerarquía, ni siquiera se trata de una complicación poco frecuente.

Por lo que, en cuanto a la transcendencia de su omisión, no resulta pertinente ir más allá de la infracción formal del indicado deber de información.

Si hubiera podido haberse producido la pérdida de una ventaja a los efectos de traer a colación la doctrina de la *«pérdida de oportunidad»* (y si bien se trataría ciertamente la pérdida de la oportunidad de decidir de la pérdida de una ventaja que por una parte no depende de la voluntad del perjudicado ni le es imputable y que por otra parte tampoco depende solo de la conducta del agente sino de otros factores, con lo que se cumplirían estas dos condiciones), lo cierto es que, atendiendo a la elevadísima improbabilidad del riesgo que a la postre vino a materializarse, la probabilidad de que el paciente no hubiera aceptado el tratamiento en caso de haberlo conocido sería mínima (puestos a graduar la

indemnización en función de un juicio prospectivo sobre las posibilidades de haber aceptado el tratamiento); y, en todo caso, no habría superado el umbral de certidumbre requerido para la aplicación de dicha doctrina.

Ha de tenerse presente, de acuerdo con las consideraciones efectuadas anteriormente, que por tratarse de un riesgo extraordinario en principio no habría lugar al resarcimiento, porque tampoco existe un deber de información extensible a cualesquiera riesgos y complicaciones que pudieran suceder con ocasión de la práctica de un acto médico.

La propia reclamante reconoce que el riesgo que a la postre terminó materializándose en el supuesto que nos ocupa no forma parte de los riesgos típicos esperables en condiciones normales, conforme a la experiencia o en el estado actual de la ciencia. Habría que concluir a este respecto, así, pues, en el sentido en que lo hace la Propuesta de Resolución:

« (...) el riesgo producido es de aquellos que por su rareza no resultan probables ni en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia ni directamente relacionados con el tipo de intervención, siendo su ocurrencia tan extraordinaria que no existe, de conformidad con la doctrina anteriormente expuesta el deber de informar tal y como justifica en su informe del Servicio de Inspección y Prestaciones.

(...)

(...) el deber de información que incumbía al profesional sanitario no abarcaba los riesgos tan remotos y de ocurrencia tan extraordinaria como era el considerado en este caso no existiendo la obligación de informar acerca de todos y cada uno de los riesgos eventuales y potenciales que pueden producirse».

En el mismo sentido se decanta la jurisprudencia con carácter general a propósito de los riesgos atípicos, dada su excepcionalidad, imprevisibilidad e infrecuencia (STS de 28 de diciembre de 1998 RC 2134/1994 y 23 de octubre de 2008 RC 870/2003, entre otras).

Si otra es la conclusión que se impone en el presente caso a juicio de este Consejo Consultivo es porque, ciertamente, como también ha sido ya indicado, dicho riesgo figura descrito dentro del documento de consentimiento tipo, cuando para la fijación vertebral lumbar se actúa por la vía lateral (al contrario de lo que sucede si la intervención se realiza por vía posterior).

C) Asimismo, ha de quedar completamente descartada la infracción de la «*lex artis*» en la práctica de la intervención que se le realizó.

Ya de entrada, como señala el SIP en su informe:

«D.- El 22 de abril de 2019 consta: “ (...) Ingresa paciente mujer de forma programada para cirugía columna lumbar. Entrego Consentimiento informado de la cirugía (...) ”.

23.04.19 por el Servicio de Neurocirugía del CHUIMI se somete a procedimiento quirúrgico XLIF con monitorización neurofisiológica intraoperatoria a fin de evitar daños en el plexo lumbar. No constan incidencias si bien solo se pudo actuar a nivel del (...) interespacio L3-L4 comoquiera que por dificultad anatómica la cresta iliaca de la pelvis estaba muy alta lo que impidió abordar el espacio L4-L5. Al finalizar la cirugía consta: “ (...) Se sale a informar y no hay familiares para informar (...) ”».

Y esta apreciación es rubricada por el Servicio de Neurocirugía del CHUIMI en su informe -folios 759 y 760-:

«2. La perforación visceral que lamentablemente padeció la paciente se trata de una complicación rara (descrita en el 0,08 % de este tipo de intervenciones), y como tal no tiene que ver con la deficiente técnica quirúrgica, dado que este tipo de intervenciones de alta complejidad se realizan siguiendo un estricto protocolo, y la intervención transcurrió sin ningún tipo de incidente objetivable puesto que en ningún momento se saltaron los pasos de dicho protocolo quirúrgico.”

En resumen, la paciente experimentó una complicación infrecuente, reflejada en el consentimiento informado, detectada a tiempo durante el postoperatorio y resuelta por parte del servicio de cirugía general. Lamentablemente las intervenciones quirúrgicas conllevan riesgos».

En completa sintonía con todo ello, concluye acertadamente la Propuesta de Resolución:

«No existe prueba que acredite que la técnica realizada no fuera correcta, sin perjuicio de la presentación de complicación posible pero excepcional que pudiera ocasionarse en las maniobras en tejido muscular, retroperitoneal, transposas, disección, separadores e instrumentos específicos para la práctica de la cirugía.

3.- La cirugía de columna lumbar de 23.04.19 obtuvo buenos resultados en cuanto a la afectación de columna, hasta que en mayo-junio de 2021 y en relación con una caída reinicia los episodios dolorosos en región lumbar. Todo ello en una raquis previamente afectado por proceso degenerativo.”

Por ello de acuerdo con la doctrina anteriormente expuesta, la técnica empleada para el abordaje de la doble discopatía lumbar se ha ajustado a la lex artis como así se informa por el Servicio de Inspección y Prestaciones y por el Servicio de Cirugía general y de Neurocirugía».

D) Ahora bien, no eximen las consideraciones anteriores de la procedencia del resarcimiento como daño autónomo el que resulta de la infracción del derecho de autodeterminación en los términos antes indicados, como tiene proclamado la jurisprudencia (por ejemplo, STS 9 de noviembre de 2005 RC 6620/2001: aunque no haya habido infracción de la «*lex artis*» en sentido estricto, o no pueda aplicarse la doctrina de la pérdida de la oportunidad) lo mismo que, por lo demás, también en ocasiones existen resoluciones judiciales en sentido inverso (STSJ del País Vasco de 14 de marzo de 2003 RCA 4348/1998: esto es, que tampoco por existir consentimiento informado quepa considerar excluida siempre y en todo caso la infracción de la «*lex artis*»).

CONCLUSIÓN

La Propuesta de Resolución por la que se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial extracontractual planteada frente a la Administración Pública sanitaria, se entiende que no es conforme a Derecho; debiéndose indemnizar a la reclamante en los términos indicados en el Fundamento IV de este Dictamen.