

Expediente Núm. 145/2019
Dictamen Núm. 295/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de diciembre de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 7 de junio de 2019 -registrada de entrada el día 13 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por las secuelas neurológicas que atribuye a la técnica anestésica empleada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 30 de julio de 2018, una letrada, en nombre y representación del interesado, presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por las secuelas que padece como consecuencia de la técnica anestésica empleada durante una operación.

Expone que el 12 de agosto de 2017 se le practicó una cirugía de revascularización de los miembros inferiores en el Hospital, Tras dejar constancia de la finalidad de esta intervención, “de conformidad con el consentimiento informado de fecha 18 de agosto de 2018” (*sic*), e indicar que

la misma “se realizó con carácter de urgencia ante la agudización de la isquemia crónica que padece ante dolor y frialdad en el pie izquierdo”, señala que debido a “una complicación anestésica” presenta “paresia MII por hematoma epidural, sufriendo de paraplejia incompleta por hematoma cola de caballo”.

Afirma que “varios elementos” de la historia clínica “confirman que las secuelas neurológicas que actualmente presenta (...) son debidas a la deficiente asistencia médica recibida, siendo relevante la elección de la técnica anestésica y la ausencia de consentimiento informado en la copia del historial médico proporcionado”.

Adjunta un poder general para pleitos otorgado a favor de la letrada que presenta la reclamación.

Tras ser requerido por el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas para que cuantifique el daño, el perjudicado presenta un escrito en una oficina de correos el 4 de septiembre de 2018 en el que valora los daños y perjuicios sufridos, a efectos indemnizatorios, en la cantidad de quinientos mil euros (500.000 €).

2. El día 1 de octubre de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Previo requerimiento formulado por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el 19 de octubre de 2018 el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite una copia de la historia clínica del paciente relativa al episodio cuestionado y los informes emitidos por los servicios intervinientes (Cirugía Vascul ar y Anestesiología y Reanimación Quirúrgica del Hospital).

En este último consta que el paciente “es intervenido de urgencia el 12-08-2017 con el diagnóstico de isquemia aguda de miembros inferiores secundaria a obstrucción de un *bypass* previamente realizado en 2010, se indica de nuevo la cirugía para realizar una revascularización con aporte de

injerto./ He de aclarar respecto de la ausencia de consentimiento informado por escrito./ Que el paciente se encontraba en la planta de hospitalización, así como en el antequirófano en situación clínica de dolor agudo que precisa la administración de morfina de forma continuada, lo cual dificulta la capacidad del proceso informativo por documento escrito, su lectura, así como firma, por lo que se decide informar al paciente verbalmente sobre el plan anestésico indicado, que es adaptado a las características de la intervención y a la clínica (...). Se trata de una cirugía urgente no demorable con grave riesgo de pérdida de integridad física”.

En cuanto a la técnica anestésica empleada -epidural-intradural-, “aclaro que (...) es la indicada en este tipo de (...) cirugía y en este determinado tipo de pacientes (isquémicos arteriales) y está basada en la bibliografía existente y avalada por la práctica médica habitual, siendo una anestesia que conlleva grandes garantías y ventajas sobre la anestesia general, como son la vasodilatación e incremento del flujo sanguíneo tan necesarios en estos pacientes que mejoran la permeabilidad de los injertos a medio y corto plazo./ Así mismo esta técnica permite que el paciente tenga una analgesia durante su posoperatorio inmediato, tan necesaria para su recuperación./ La realización por contra de una anestesia general en estos pacientes conlleva un incremento de complicaciones, ya sean pulmonares o de enajenación por delirio, que son inherentes a la anestesia general en pacientes añosos./ Por lo tanto, y teniendo conocimiento por su historia clínica que el paciente tenía un estudio de coagulación dentro de la normalidad y habiendo superado con creces el tiempo recomendado desde la última dosis de heparina de bajo peso molecular como profilaxis, la anestesia epidural que se administró es un método seguro y beneficioso para la realización de la cirugía (...). Dicha técnica se realiza ajustándose a *lex artis ad hoc* sin incidencias, como está reflejado en la gráfica e informe de anestesia de la intervención./ Al finalizar la cirugía el paciente es trasladado a la Unidad de Reanimación posoperatoria, donde permanece hasta las 15:45 h del día 13-08-17, en que es dado de alta a su unidad de hospitalización./ En el informe de alta a la planta desde dicha unidad queda reflejada la necesidad de respetar los tiempos de espera ente la retirada del catéter y el comienzo de administración de heparinización, así como consta en

curso de enfermería que el paciente es portador de analgesia a través de dicho catéter epidural”.

4. El día 20 de noviembre de 2018, se incorpora al expediente un informe pericial a instancias de la compañía aseguradora de la Administración. En él, tras resumir la historia clínica, se señala que “la indicación de la intervención (revascularización) en las circunstancias del paciente fue correcta, así como el procedimiento anestésico (raquianestesia-anestesia epidural), técnica que ofrece ventajas sobre la anestesia general y permite analgesia efectiva en el posoperatorio inmediato. No se registraron incidencias ni complicaciones durante el procedimiento quirúrgico ni el anestésico. No se puede atribuir mala praxis ni negligencia a la actuación médico-quirúrgica./ En el posoperatorio inmediato apareció una paraplejia secundaria a hematoma epidural con compromiso de las raíces de la cola de caballo. Complicación-riesgo contemplado en los consentimientos informados para la realización de anestesia epidural”.

Respecto a la ausencia de firma del consentimiento informado para la realización de la concreta técnica anestésica utilizada, se argumenta que “se trataba de una situación de urgencia, tal y como queda reflejado en la historia clínica, además de que el paciente se encontraba bajo tratamiento con opiáceos. Se informó a la familia y este hecho se anotó en el curso de enfermería incluido en la documentación”.

5. Con fecha 20 de diciembre de 2018, la entidad aseguradora de la Administración presenta un escrito de alegaciones en el que afirma, a la vista de lo informado por el Servicio de Anestesiología y Reanimación Quirúrgica del Hospital, que la concreta técnica anestésica utilizada se adecuó a la *lex artis ad hoc*.

Por lo que se refiere a la ausencia de constancia escrita de consentimiento informado para la aplicación de esta técnica anestésica, se justifica desde un punto de vista legal partiendo de la urgencia de la intervención quirúrgica a la que hubo de ser sometido el perjudicado, de acuerdo con lo establecido al efecto en el artículo 9.2.b) de 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.

6. Mediante escrito notificado al interesado el 5 de marzo de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una copia de los documentos incorporados al expediente.

Consta en este que su representante solicita y obtiene una ampliación del plazo concedido para formular alegaciones, pero agotado el mismo no consta que se hayan presentado.

7. Con fecha 21 de mayo de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas, asumiendo la argumentación recogida tanto en el informe del Servicio de Anestesiología y Reanimación Quirúrgica del Hospital, como en el informe pericial y las alegaciones formuladas por la compañía aseguradora de la Administración, formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de junio de 2019, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la entonces Consejería de Sanidad, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo,

aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la LPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 30 de julio de 2018, y los daños cuyo resarcimiento se reclama son los que suceden a la intervención quirúrgica practicada al paciente el 12 de agosto de 2017, por lo que es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares,

sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- En la presente reclamación el perjudicado dirige un doble reproche al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios con motivo de la “cirugía de revascularización de miembros inferiores” que se le practicó el 12 de agosto de 2017 en el Hospital

Cuestiona, en primer lugar, “la elección de la técnica anestésica” utilizada, en concreto, la epidural. En segundo término, basa su reclamación en “la ausencia de consentimiento informado” para el empleo de esta concreta técnica.

La documentación incorporada al expediente acredita que tras la cirugía realizada al reclamante se le objetivó una “paraplejia secundaria a hematoma epidural con compromiso de las raíces de cola de caballo”, por lo que hemos de apreciar la existencia de un daño efectivo.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que el interesado no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en ocasiones anteriores (por todos, Dictamen Núm. 218/2019), el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para poder apreciar si el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama. Esto es, ha de constatarse tanto el reproche culpabilístico como el engarce fáctico entre el tratamiento dispensado u omitido y el resultado dañoso.

En el supuesto examinado, siendo claramente diferentes los reproches al funcionamiento del servicio sanitario en los que el perjudicado funda su pretensión, se impone el examen de los mismos por separado.

Comenzando por el primero de ellos, conforme al cual existiría nexo causal entre "la elección de la técnica anestésica" utilizada -en concreto la epidural- y el daño objetivado -una "paraplejia secundaria a hematoma epidural con compromiso de las raíces de cola de caballo"-, se observa que esa relación de causa a efecto -vertida en términos categóricos- aparece sin embargo desprovista de soporte probatorio, pues no se aporta pericial ni cita de literatura médica -ni siquiera sustrato argumental- que le proporcione un mínimo respaldo más allá de su mera invocación.

En estas condiciones, la carencia de elemento probatorio alguno que avale el engarce fáctico entre la lesión sufrida y el procedimiento anestésico utilizado nos impide apreciar el imprescindible nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y las lesiones sufridas, cuya acreditación resulta inexcusable para un eventual reconocimiento de responsabilidad de la Administración.

A lo anterior hay que añadir que tampoco se objetiva en lo actuado una mala praxis médica. Los diferentes informes incorporados al expediente, tanto el elaborado por el Servicio de Anestesiología y Reanimación Quirúrgica del Hospital como el informe pericial elaborado a instancias de la compañía aseguradora de la Administración, se muestran tan coincidentes como concluyentes en el sentido de que el procedimiento anestésico por el que finalmente se optó -anestesia epidural-intradural, descartando de este modo una anestesia general- resultaba ser el apropiado de acuerdo con la bibliografía médica existente y los protocolos de aplicación para este tipo de intervenciones, a la vista de las circunstancias concurrentes, comenzando por la propia edad del perjudicado -85 años en el momento de la cirugía-. Tras acceder a esos informes en el trámite de audiencia, el reclamante omite sin embargo la presentación de cualquier argumentación en contra o pericial de contraste, por lo que no ha resultado contradicha la adecuación a la *lex artis ad hoc* del procedimiento anestésico seguido.

Respecto a la ausencia de documento de consentimiento informado escrito firmado por el perjudicado para el empleo del concreto procedimiento anestésico que se aplicó, se constata que la carencia denunciada, lejos de ser rebatida, resulta admitida expresamente por la Administración sanitaria frente a

la que se reclama, si bien al momento motivar el sentido desestimatorio de la propuesta de resolución se justifica esa omisión en la urgencia de la intervención a la que hubo de ser sometido, al amparo de lo preceptuado en el artículo 9.2.b) de 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.

Un recto entendimiento de la cuestión aquí analizada exige advertir que el déficit informativo que se denuncia afecta no a la intervención quirúrgica que se practicó, sino al concreto procedimiento anestésico utilizado. En efecto, la historia clínica incorporada al expediente acredita, y así lo reconoce el propio reclamante, que el 12 de agosto de 2017 firmó el preceptivo consentimiento informado para “la cirugía de revascularización de miembros inferiores”, intervención que se llevaría a cabo en las últimas horas de ese mismo día. En él se indica que “la técnica anestésica empleada será detallada por el Servicio de Anestesiología”.

A la espera de esa información precisa sobre la técnica anestésica acontece -según informa el Servicio de Anestesiología y Reanimación Quirúrgica del Hospital- que cuando “el paciente se encontraba en la planta de hospitalización, así como en el antequirófano en situación clínica de dolor agudo”, se hace necesaria “la administración de morfina de forma continuada, lo cual dificulta la capacidad del proceso informativo por documento escrito, su lectura, así como firma, por lo que se decide informar al paciente verbalmente sobre el plan anestésico indicado, que es adaptado a las características de la intervención y a la clínica”.

Respaldan lo informado por el Servicio de Anestesiología y Reanimación Quirúrgica distintas anotaciones que obran en la historia clínica incorporada al expediente. Así, en el curso clínico de hospitalización del Servicio de Cirugía Vasculat la guardia refleja, a las 18:45 horas del día 12 de agosto de 2017, que “avisa enfermería por dolor importante en el pie izquierdo desde hace aproximadamente 1 hora que no cede con morfina (...). I.D. Isquemia crítica EII por obstrucción FP./ Plan: *bypass* distal EII con arteria criopreservada con carácter urgente. Firmado consentimiento” (folio 220 de la historia Millennium). De manera coincidente, en el curso clínico de enfermería se consigna que “a las

17 horas hablo con la guardia, paciente con mucho dolor, pie izdo. cianótico, mantiene sensibilidad, escasa movilidad; por orden de la guardia pongo medio cloruro mórfico sc”, añadiéndose a las 19 horas, “visto por la guardia, hablan con paciente y familia para (intervención quirúrgica) urgente durante la tarde” (folio 290 de la historia Millennium).

Todo ello nos sitúa, tal como se aprecia por el Servicio de Anestesiología y Reanimación Quirúrgica, ante “una cirugía urgente no demorable con grave riesgo de pérdida de integridad física del paciente”.

Pues bien, conocidas por el reclamante -que ya en su escrito inicial admite que “la cirugía se realizó con carácter de urgencia ante la agudización de la isquemia crónica que padece ante dolor y frialdad en el pie izquierdo”- en el trámite de audiencia el resto de circunstancias concurrentes que justificarían la ausencia de constancia escrita del preceptivo consentimiento para el procedimiento anestésico a emplear, nos encontramos de nuevo con que, a pesar de haber solicitado y obtenido una ampliación del plazo para presentar alegaciones, deja transcurrir el mismo sin formular observación alguna que desvirtúe el carácter urgente y no demorable, con grave riesgo para su integridad física, de la intervención practicada en las últimas horas del día 12 de agosto de 2017.

En este contexto, y a la vista de la documentación incorporada al expediente, debemos concluir que la reclamación articulada por defecto de consentimiento informado previo ha de ser igualmente desestimada, toda vez que esa ausencia encuentra amparo legal en lo establecido en el artículo 9.2.b) de 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, a tenor del cual “Los facultativos podrán llevar a cabo las intervenciones clínicas indispensables a favor de la salud del paciente, sin necesidad de contar con su consentimiento”, entre otros casos, “Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”.

En suma, no apreciando la concurrencia de infracción alguna de la *lex artis ad hoc* a lo largo de la asistencia médica dispensada, ni en lo que atañe a

la técnica empleada ni en lo que afecta a la previa conformidad del paciente, la reclamación debe ser desestimada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada, y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,