

<p>Expediente: 36/2009 Objeto: Responsabilidad patrimonial del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por asistencia sanitaria. Dictamen: 40/2009, de 2 de noviembre</p>
--

DICTAMEN

En Pamplona, a 2 de noviembre de 2009,

el Consejo de Navarra, integrado por don Enrique Rubio Torrano, Presidente; don José Antonio Razquin Lizarraga, Consejero-Secretario; y los Consejeros don Alfredo Irujo Andueza, don José Iruretagoyena Aldaz, don Julio Muerza Esparza, don Eugenio Simón Acosta y don Alfonso Zuazu Moneo,

siendo ponente don José Antonio Razquin Lizarraga,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Consulta

El día 18 de septiembre de 2009 tuvo entrada en el Consejo de Navarra escrito del Presidente del Gobierno de Navarra, por el que, con cita expresa de los artículos 16 y 19 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, modificada por la Ley Foral 25/2001, de 10 de diciembre, del Consejo de Navarra (en adelante, LFCN), se nos remite para dictamen el expediente de responsabilidad patrimonial promovido por don ..., en nombre y representación de don ... y de su mujer doña ..., por daños derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios.

Se acompaña el expediente administrativo tramitado por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea como consecuencia de la indicada reclamación de responsabilidad patrimonial, incluyendo propuesta de resolución, así como la Orden Foral 111/2009, de 10 de septiembre, de la

Consejera de Salud, ordenando solicitar dictamen preceptivo de este Consejo, suspender el plazo para la resolución durante el periodo que el Consejo de Navarra necesite para emitir informe y notificar la Orden Foral al interesado.

I.2ª. Antecedentes de hecho

Reclamación de responsabilidad patrimonial

Mediante escrito que tiene entrada en el Registro General del Departamento de Presidencia, Justicia e Interior del Gobierno de Navarra, el día 22 de abril de 2009, don ..., actuando en nombre y representación de don ... y de su mujer doña ..., formula reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, que llevaron al estado actual de graves daños y secuelas en que se encuentra don

En dicho escrito se alegan sustancialmente los hechos que a continuación se relatan, acompañando los correspondientes informes de los servicios sanitarios.

Don ..., de 65 años de edad, había sido diagnosticado en el año 2000 de un “Hamartoma condriode” en el lóbulo pulmonar inferior izquierdo, por lo que seguía revisiones periódicas en el Servicio de Neumología. En el año 2008 se le practicaron radiografía y TAC torácico, detectándose un aumento de tamaño de la lesión nodular en el lóbulo inferior izquierdo. Dado el crecimiento de la lesión se le propuso intervención quirúrgica.

El Sr. ... ingresó el 8 de abril de 2008 en el Servicio de Cirugía Torácica del Hospital de Navarra para una intervención quirúrgica consistente en “Resección en cuña de nódulo pulmonar en LII”. Tras una evolución sin complicaciones, fue dado de alta el 15 de abril de 2008.

Tras la intervención, el Sr. ... comenzó a sentir molestias en la parte izquierda de su abdomen, así como un abultamiento de dicha zona, que le impedía hacer movimientos como agacharse, levantarse y le producía molestias al andar, comer, etc. Por este motivo solicitó asistencia en

numerosas ocasiones tanto en el Servicio de Urgencias del Hospital ... como en las revisiones del Servicio de Cirugía Torácica, estando incluso ingresado en el Servicio de Medicina Interna, sin llegarse a un diagnóstico de lo que le ocurría. El Servicio de Cirugía Torácica aseguraba que el cuadro que presentaba el paciente nada tenía que ver con la operación, ni con su especialidad.

Finalmente, el 28 de junio de 2008 se le practicó al Sr. ... un TAC abdominal, cuyo resultado fue “Atrofia-atonía de la musculatura abdominal secundaria”. Y el 7 de agosto de 2008 se le practicó un electromiograma, donde se le detectó una “lesión del octavo nervio intercostal izquierdo”. Todo ello como consecuencia de la cirugía torácica a la que fue sometido en abril de 2008.

El paciente fue remitido a la Clínica ... para una segunda opinión y tratamiento, a donde acudió el 2 de octubre de 2008. En la citada Clínica emitieron el diagnóstico de “Debilidad de pared muscular abdominal izquierda por lesión de nervios intercostales en relación con la toracotomía posterior izquierda realizada”. No había tratamiento posible –sigue diciendo la reclamación-, más que la utilización de por vida de una faja y fisioterapia para fortalecer la musculatura abdominal.

En los fundamentos de derecho, tras fijar la competencia del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, alude al derecho a la protección de la salud con cita de los artículos 43 de la Constitución, 3.1 y 6 de la Ley General de Sanidad, 38.1.a) y b) del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social de 1994 y 12.3 y 16.b) de la Ley Foral de Salud. A continuación se refiere a la responsabilidad patrimonial de la Administración con cita del artículo 106 de la Constitución y 139 y siguientes de la Ley 30/1992, para concluir que concurren los requisitos para apreciarla, habiendo padecido el Sr. ... un daño individualizado, derivado del funcionamiento anormal del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, sin interferencias o inmisiones que rompan el nexo causal entre el anormal funcionamiento y los daños padecidos y se trata de un daño o lesión antijurídico. Los daños y perjuicios causados al Sr. ... se evalúan en ciento ochenta mil euros (180.000 €).

Finalmente, suplica que, teniendo por formulada reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria contra el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios en relación con don ..., se reconozca el derecho del reclamante y su esposa a ser indemnizados por la totalidad de los daños y perjuicios sufridos en la cantidad de ciento ochenta mil euros (180.000 €).

Iniciación del procedimiento

El Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, con fecha 27 de abril de 2009, acordó la admisión a trámite de la citada reclamación, el nombramiento de la instructora del procedimiento, informar al interesado que la tramitación de su reclamación puede implicar el acceso a los datos de su historia clínica relacionados con el objeto de ella e informar al interesado que el plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento es de seis meses y, transcurrido este plazo, podrá entender desestimada su solicitud pudiendo interponer recurso contencioso-administrativo.

Instrucción del procedimiento: historia clínica

Con fecha 27 de abril de 2009, la instructora solicitó de la Subdirección de Coordinación de Asistencia Ambulatoria la remisión de copia de la historia clínica de don ... en relación con la reclamación presentada.

De la documentación clínica de don ... aportada cabe destacar como más relevantes, a la vez que significativos a los efectos de este dictamen, los siguientes extremos:

- Don ... es un paciente de 65 años, diagnosticado de enfermedad pulmonar obstructiva crónica (EPOC), síndrome de apnea del sueño en grado severo y hamartoma condroide en el lóbulo pulmonar inferior izquierdo.
- El Servicio de Neumología, tras diversas consultas y exploraciones, informa, con fecha 12 de febrero de 2008, que “dado el crecimiento observado en TAC torácico en lesión nodular en lóbulo inferior izquierdo se propone al paciente intervención quirúrgica,

presentándose el caso ante el Comité Médico Quirúrgico el 12/02/2008, decidiéndose cirugía de la lesión descrita”.

- Con fecha 4 de abril de 2008 se informa al Sr. ... de la intervención quirúrgica, riesgos, alternativas y posibles complicaciones más significativas y en la misma fecha firma los documentos de consentimiento informado para resección pulmonar y de transfusión. El 9 de abril de 2008 se realiza una mini toracotomía lateral, se libera el ligamento pulmonar y se practica una resección en cuña con endogía II del nódulo. El Servicio de Anatomía Patológica emite el diagnóstico de “Hamartoma condroide. Bordes quirúrgicos libres. (Cuña de LII)”. En el informe de alta, de 15 de abril de 2008, se indica que la evolución es satisfactoria tras intervención quirúrgica, previéndose que acuda a revisiones.
- El día 29 de abril de 2008 el Sr. ... acude a Urgencias refiriendo sensación de abultamiento en hemiabdomen izquierdo y sensaciones parestésicas en la zona de la cicatriz quirúrgica de toracotomía. Ingresa en Medicina Interna. Se realizan Rx de tórax y de abdomen, ecografía abdominal, ecografía doppler de la extremidad inferior izquierda, TAC abdominopélvica, ecocardiograma transtorácico, señalándose, en cuanto a la evolución, que no se registran incidencias clínicas reseñables. En el informe de alta del 9 de mayo de 2008 se expresa el siguiente juicio clínico: “Obesidad-asimetría abdominal en relación a distribución grasa; SAOS grave - EPOC leve; síndrome metabólico (hipertensión arterial - obesidad abdominal - intolerancia hidrocarbonada – hipertrigliceridemia - descenso HDL - colesterol); insuficiencia venosa periférica”. Se observa que el paciente está pendiente de revisión en consultas externas de Neumología y Cirugía torácica.
- En el informe del Servicio de Cirugía Torácica, de 16 de mayo de 2008, se indica en el apartado “evolución”: “Paciente que acude a revisión después de hospitalización donde se le resecó un hemartoma de LII. Rx de hoy status postquirúrgico. Refiere aumento

de la grasa abdominal en la zona de hipocondrio izq., ha estado ingresado en MI con un TAC abdominal normal. Vigilar la zona si aumenta acudir a urgencias”. Se prevé revisión dentro de un mes.

- El 2 de junio de 2008 acude a Urgencias por “bultoma hipocondrio derecho”. En el informe se indica que presenta abdomen blando, depresible no doloroso a la palpación; dehiscencia de la pared abdominal izquierda. Se comenta el caso con Cirugía Torácica, quienes no ven al paciente como suyo, y se le manda a consulta con Cirugía General. El juicio clínico es: “Dehiscencia de la pared abdominal”.
- Según el informe del Servicio Cirugía Torácica de 19 de junio de 2008, con ocasión de la revisión, la evolución “es satisfactoria desde el punto de vista torácico. Dolor y molestias en el hemiabdomen izquierdo, donde parece haber distensión de pared, el paciente tiene citado TAC abdominal y consulta pendiente con Cirugía general”.
- El 25 de junio de 2008 se realiza TAC abdominopélvica, concluyendo en “atrofia-atonía de la musculatura abdominal izda”.
- El 7 de agosto de 2008 se realiza electromiograma, concluyendo el informe: “Los hallazgos son congruentes con lesión del octavo nervio intercostal izquierdo. En las zonas marginales del territorio de inervación correspondiente se observan signos de reinervación incipiente que pueden depender de los nervios intercostales adyacentes o bien, aunque menos probable, de regeneración inicial del nervio lesionado”.
- En septiembre de 2008 fue derivado a la Clínica ... para una segunda opinión sobre el tratamiento a seguir. Tras la realización de estudios complementarios, el informe del Departamento de Cirugía General de la Clínica ... de 29 de octubre de 2008 indica el diagnóstico siguiente: “Debilidad de pared muscular abdominal izquierda por lesión de nervios intercostales en relación con la

toracotomía posterior izquierda realizada”; y en cuanto al tratamiento indicado: “En el momento actual no consideramos indicado ningún tipo de tratamiento quirúrgico. Se puede beneficiar de la utilización de una faja abdominal y fisioterapia para fortalecer la musculatura abdominal”.

- El 17 de diciembre de 2008 se realiza electromiograma, con la conclusión siguiente: “Persisten signos de lesión del 8º nervio intercostal. Respecto al estudio previo se observa discreta mejoría, con signos de reinervación activa y de reclutamiento voluntario de unidades motoras, que en el estudio anterior era nulo. Remitir para nuevo estudio evolutivo al año de la lesión (abril-mayo 2009)”.
- El 29 de abril de 2009 se realiza nuevo electromiograma, concluyéndose: “Respecto al estudio anterior, persisten signos de denervación de moderada intensidad en la porción distal del territorio correspondiente del 8º nervio intercostal, pero se observa discreta mejoría, con signos de regeneración activa y de reinervación colateral. Por tanto, cabe esperar aún cierto grado de mejoría adicional, si bien es previsible que no alcance una recuperación clínica completa. Remitir para nuevo estudio a finales de 2009”.

Informes

Con fecha 29 de abril de 2009, a requerimiento de la instructora del procedimiento, el Jefe de Sección de Cirugía Torácica y un Médico Adjunto de Cirugía Torácica informan en relación con la reclamación aquí examinada que:

“A don ... se le practicó una resección de una tumoración situada en el lóbulo inferior del pulmón izquierdo, según acuerdo tomado en el comité de patología torácica que se celebra semanalmente.

Para acceder a dicha tumoración que medía 3.7 x 3.9 cm., se le practicó una toracotomía izquierda baja, con el fin de reseca la menor cantidad de pulmón sano posible, actitud imprescindible en un paciente afecto de SAOS (síndrome de apnea obstructiva del sueño) y de casi 110 Kg de peso en el momento de la cirugía.

En cualquier toracotomía queda afectado el nervio intercostal que discurre por el espacio intercostal objeto de la incisión; dicha lesión se produce o por sección intencionada de dicho nervio, que se secciona con la costilla para aumentar el espacio de trabajo en la mayoría de los casos, o por lesión indirecta producida por el separador de las costillas (se realizan alrededor de 200 toracotomías en nuestra Sección). El paciente firmó el consentimiento informado para resección pulmonar avalado por la SEPAR (Sociedad Española de Neumología y Cirugía Torácica) que usamos en el Hospital ...”.

Obra, igualmente, en el expediente dictamen médico de la Asesoría Médica ... realizado por los doctores ... (especialista en Cirugía General y Digestivo y en Cirugía Torácica), ... (especialista en Cirugía General), ... (especialista en Cirugía General y Digestivo) y ... (especialista en Cirugía General y Digestivo) en relación con la reclamación aquí considerada. Éstas son las conclusiones que se contienen en el informe:

- «1. El paciente presentaba una tumoración en el LI del pulmón izquierdo, motivo por el cual fue enviado al servicio de Cirugía de tórax.
2. La indicación quirúrgica era correcta.
3. El paciente presentaba patologías de riesgo, severas, para la realización de una cirugía de tórax.
4. Antes de la intervención firmó los documentos de CI para resección pulmonar en el que explicaban de manera clara algunas de las posibles complicaciones del procedimiento.
5. La cirugía se realiza en tiempo y forma correcta, por el espacio intercostal apropiado, extirpándose la tumoración mediante una resección en cuña.
6. Las secciones tanto de las costillas, como del paquete vasculo nervioso, VAN, que discurre bajo las mismas, son la norma en la realización de las toracotomías.
7. Se trata por lo tanto de una lesión inherente a la realización de toracotomías, a nivel de cualquier espacio intercostal.
8. Es normal que si se realiza un EMG a todos los pacientes a los que se ha realizado una toracotomía, exista una lesión del nervio intercostal que discurre a ese nivel.
9. La sección de VAN disminuye el dolor postoracotomía, que es la principal complicación de este tipo de cirugía.
10. La complicación que presenta el paciente, atonía de la musculatura abdominal izda, es extremadamente rara, y en la misma puede influir la pluripatología que presentaba.
11. De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir en que todos los profesionales que trataron al paciente en el HN, lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la “lex artis”.»

Trámite de audiencia

Consta en el expediente la apertura de trámite de audiencia al representante de los reclamantes, conforme a lo previsto en el artículo 82.1 de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, LFACFN), y el artículo 11 del 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 (en adelante, RPRP), al que se concedió un plazo de 10 días hábiles para formular alegaciones y presentar los documentos que estimase pertinentes, sin que se hiciese uso de tal facultad.

Propuesta de resolución

La propuesta de resolución, precedida de un informe jurídico de la que es fiel reflejo, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por don ..., recibida en el Registro General del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea el día 23 de abril de 2009, por daños derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1^a. Objeto y carácter preceptivo del dictamen. Tramitación del expediente

La presente consulta versa sobre una reclamación presentada por don ..., en nombre y representación de don ... y de su mujer doña ..., por daños derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios en relación con el estado actual de graves daños y secuelas en que se encuentra don Estamos, pues, ante una consulta en un expediente de responsabilidad patrimonial de un organismo autónomo dependiente de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra en materia sanitaria.

El artículo 16.1.i) de la LFCN ordena que el Consejo de Navarra será consultado en los expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Foral en los que la ley exija preceptivamente el dictamen de un

organismo consultivo; en particular, en las reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 120.202,42 euros.

En consecuencia, el Consejo de Navarra emite dictamen preceptivo, pues la consulta atañe a una reclamación de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 120.202,42 euros.

II.2ª. Tramitación del expediente

La LFACFN establece en sus artículos 82 y siguientes el procedimiento general que debe seguirse en materia de responsabilidad patrimonial, en el que se contemplan sucesivamente la práctica de las pruebas que se declaren pertinentes, solicitud de otros informes necesarios, audiencia del interesado por un plazo de diez días hábiles, dictamen del Consejo de Navarra cuando sea preceptivo, propuesta de resolución y, finalmente, resolución definitiva por el órgano competente y notificación.

De otra parte, en orden a la determinación del órgano competente para resolver, a tenor de lo dispuesto en el artículo 116 de la LFACFN la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponderá al Presidente o Director Gerente de los respectivos organismos autónomos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

Proyectando estas exigencias procedimentales al presente caso, la tramitación del presente procedimiento se estima correcta, pues se han incorporado los documentos necesarios para conocer las circunstancias concurrentes en la atención sanitaria prestada al Sr. ..., constan además informes médicos suficientes para valorar la misma y se ha respetado el derecho de audiencia y defensa, otorgando la posibilidad de conocimiento íntegro de las actuaciones, formulación de alegaciones –que no se llevaron a cabo- y presentación de documentos que se estimaran convenientes.

No obstante, es precisa una observación, ya que, mientras la reclamación se formula, explícitamente –tanto al inicio como en el suplico del escrito-, en nombre y representación del paciente y de su esposa, en

cambio, la propuesta de resolución sólo tiene por reclamante al primero, el Sr. ..., aunque rechaza la reclamación en su totalidad. Ahora bien, tal circunstancia debe ser tenida en cuenta y respondida, por razones de congruencia, de forma explícita por la resolución, sin perjuicio de que haya de serlo en sentido negativo para la esposa, ya que, a la vista de la propia reclamación, es lo cierto que nada se justifica respecto de ella, pues los requisitos se afirman en cuanto al paciente, no se señala el daño que pudiera haber sufrido ni se indica concepto o cuantificación indemnizatoria concreta.

II.3ª. La responsabilidad patrimonial de la Administración: regulación y requisitos

La responsabilidad patrimonial de la Administración actúa, en buena medida, como institución de garantía de los ciudadanos. Contemplada en el artículo 106.2 de la Constitución, encuentra su desarrollo normativo ordinario en los artículos 139 a 144 (Capítulo I del Título X) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), parcialmente modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y en los artículos 76 y siguientes de la LFACFN, en los que se contienen las normas procedimentales aplicables en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

El punto de partida lo constituye así el artículo 139.1 de la LRJ-PAC, a cuyo tenor 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.

Los requisitos necesarios y constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son: el daño o lesión patrimonial, su antijuridicidad, su imputación a la Administración como consecuencia del funcionamiento de sus servicios, y la relación de causalidad entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado (artículo 141.2 LRJ-PAC). El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (artículo 142.5 LRJ-PAC).

La carga de la prueba de los hechos necesarios para que exista responsabilidad corresponde a quien reclama la indemnización; y, en cambio, corre a cargo de la Administración la prueba del correcto funcionamiento del servicio o de la existencia de fuerza mayor o de circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficientes para considerar roto el nexo de causalidad (como recuerda la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de julio de 2000).

II.4ª. En particular, la antijuridicidad del daño.

Conforme al artículo 141.1 de la LRJ-PAC, “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”.

Como este Consejo ha señalado en precedentes dictámenes (por todos, dictamen 24/2007, de 25 de junio), el sistema legal de responsabilidad patrimonial de la Administración viene dotado de naturaleza objetiva, pero cuando nos encontramos ante una prestación pública en el ámbito sanitario la traslación mecánica del principio de objetividad puede provocar resultados no sólo contrarios a un elemental principio de justicia sino incluso a la concreta función del instituto indemnizatorio. Por ello se ha reiterado por la jurisprudencia que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración no convierte a las Administraciones Públicas en

aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2001 y de 26 de febrero de 2002).

Por otra parte, es igualmente conocida la doctrina jurisprudencial conforme a la cual en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión sino que será preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, y si cabe establecer un nexo causal que opere la imputación de responsabilidad a los servicios sanitarios (así, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 22 de diciembre de 2006); todo ello con independencia del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

De manera que cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun habiéndose producido el fallecimiento del enfermo, si la intervención profesional se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, se está ante un resultado que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el transcrito artículo 141.1 de la LRJ-PAC. Lo relevante en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no será, por tanto, el proceder de la Administración, dado que ésta responde en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, que no concurrirá cuando el daño no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquél (Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2001).

En definitiva, la actuación conforme con la *lex artis* -es decir, con la aplicación correcta de los conocimientos profesionales al caso analizado, según el estado actual de la ciencia y de la técnica- elimina cualquier reproche de antijuridicidad de la lesión acaecida. Si éste fuera el supuesto, el daño producido no sería antijurídico y, por tanto, faltaría uno de los requisitos necesarios para que naciera la responsabilidad de la Administración.

A la vista del expediente administrativo remitido, la historia clínica examinada y los informes médicos que se han emitido, este Consejo tiene que pronunciarse en contra de la antijuridicidad del resultado, sin que por parte de los reclamantes se haya ofrecido prueba alguna que justifique la negligencia que pretenden imputar a los servicios médicos que le atendieron.

Todos los informes emitidos coinciden en que la asistencia sanitaria ha sido correcta, que se ha diagnosticado con acierto la dolencia del Sr. ..., que se ha prescrito la intervención adecuada y que se ha ejecutado la misma conforme a la *lex artis*, y si bien el resultado final no ha sido totalmente el perseguido, en cuanto que está acreditada una lesión del octavo nervio intercostal que provoca debilidad de la pared muscular abdominal izquierda, ello no puede imputarse a una deficiencia en la atención sanitaria recibida, sino, como reiteran los informes médicos que tenemos a la vista, la lesión del nervio intercostal es inherente a la realización de taracotomías y no de una mala praxis o negligencia médica.

En efecto, como resulta de los hechos detallados en los antecedentes, el Sr. ... fue correctamente diagnosticado de una tumoración en el lóbulo inferior del pulmón izquierdo, siendo la intervención quirúrgica la técnica adecuada según los conocimientos actuales, se le realizó una resección en cuña por el espacio intercostal apropiado y, según reiteran los informes médicos, se practicó correctamente sin que se detecten incidencias durante la operación ni en el postoperatorio, estimándose la evolución satisfactoria y recibiendo el alta.

Con posterioridad, se detectó una atrofia-atonía de la musculatura abdominal izquierda por lesión de nervios intercostales. La lesión del nervio intercostal se considera en la cirugía aplicada al paciente –taracotomía-, no una complicación de la cirugía, sino propiamente una lesión inherente para realizar la intervención quirúrgica. Por otra parte, aquella debilidad de la pared abdominal izquierda es extremadamente rara; añadiéndose por el informe de ... que “en la misma puede influir la pluripatología que presentaba”. Finalmente, el tratamiento indicado es la utilización de una faja

abdominal y fisioterapia para fortalecer la musculatura abdominal y en las dos últimas revisiones se observa una ligera mejoría.

Frente a lo señalado hasta aquí los reclamantes no han aportado en su escrito elementos probatorios que induzcan a considerar que exista la negligencia o mal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios que denuncia, debiendo recordarse que la carga de la prueba de los hechos necesarios para que concurra la responsabilidad corresponde al reclamante de la indemnización.

Por el contrario, por parte de la Administración reclamada se han ofrecido argumentos debidamente documentados que, a falta de contradicción suficientemente fundada de la parte reclamante, conducen a sostener el correcto funcionamiento de los servicios sanitarios y la improcedencia de la reclamación formulada por no advertirse responsabilidad alguna de la Administración al carecer el daño denunciado del requisito de la antijuricidad.

En fin, la reclamación formulada carece de prueba que constituya soporte suficiente para apoyar las conclusiones que se pretenden alcanzar en la misma y, por el contrario, este Consejo tiene a la vista una amplia documentación e informes técnicos que rechazan las afirmaciones y conclusiones alcanzadas por los reclamantes como soporte de sus pretensiones indemnizatorias. En suma, la reclamación plantea el funcionamiento anormal como una cuestión de mero resultado, olvidando que en la medicina curativa ha de atenderse a los medios aplicados, esto es, a la actuación ajustada a la *lex artis*.

II.5ª. Sobre el consentimiento informado

Nada dice la reclamación sobre el consentimiento informado. Sin embargo, la propuesta de resolución remitida señala que, aunque el paciente había sido informado suficientemente sobre la intervención quirúrgica a la que iba a ser sometido, sus riesgos, alternativas y complicaciones más significativas, firmando el consentimiento informado para resección pulmonar avalado por la Sociedad Española de Neumología y Cirugía Torácica, es lo

cierto que entre las complicaciones y riesgos recogidos en este documento no se contempla la complicación sufrida –atrofia de la musculatura abdominal-, lo que no entraña, empero, incumplimiento de la obligación de informar al paciente, ya que –con cita de diversas sentencias- en la medicina curativa no es preciso informar de los riesgos que no tienen el carácter de típicos por infrecuentes y no específicos del tratamiento aplicado, y en este caso se trata de una complicación extremadamente rara.

Como advierte la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) de 10 de mayo de 2006, el deber de información integra una de las obligaciones asumidas por los médicos, y es requisito previo a todo consentimiento. Se trata –afirma- de que el paciente participe en la toma de decisiones que afecten a su salud y de que, a través de la información que se le proporciona, pueda ponderar la posibilidad de sustraerse a una determinada intervención quirúrgica, de contrastar el pronóstico con otros facultativos y de ponerla en su caso a cargo de un centro o especialistas distintos de quienes le informan de las circunstancias relacionadas con la misma. “La falta de información –continúa el Tribunal Supremo- implica una mala praxis médica”, que no sólo es relevante desde el punto de vista de la imputación, sino que es además una consecuencia que la norma procura que no acontezca, para permitir que el paciente pueda ejercitar con cabal conocimiento el derecho a la autonomía decisoria más conveniente a sus intereses, que tiene su fundamento en la dignidad de la persona. No puede aceptarse –concluye esta sentencia- que en los casos en que no es posible optar por otra alternativa distinta al tratamiento, queda enervada la obligación de informar y obtener el consentimiento informado previo a la intervención pues la actuación decisoria pertenece al enfermo y afecta a su salud.

El defecto de consentimiento informado –sostiene la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 20 de septiembre de 2005-, se considera como incumplimiento de la *lex artis ad hoc* y revela una manifestación de funcionamiento anormal del servicio sanitario que da lugar a la indemnización correspondiente cuando de la actuación del servicio público sanitario derivan secuelas de cuya posibilidad no fue informado el paciente (en el mismo sentido, entre otras, Sentencias

del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 1997, de 3 de octubre de 2000 y de 4 de abril de 2006).

La regulación del consentimiento informado se ha visto reforzada por 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. Su artículo 2.2 establece: “Toda actuación en el ámbito de la sanidad requiere, con carácter general, el previo consentimiento de los pacientes o usuarios. El consentimiento, que debe obtenerse después de que el paciente reciba una información adecuada, se hará por escrito en los supuestos previstos por la Ley”. Por su parte, el artículo 8, bajo la rúbrica “consentimiento informado”, manifiesta en sus tres primeros apartados: “1. 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. 2. El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica... 3. El consentimiento escrito del paciente será necesario para cada una de las actuaciones especificadas en el punto anterior de este artículo...”.

A la Ley anterior, que tiene condición de básica -según su disposición adicional primera-, en Navarra se debe añadir la Ley Foral 11/2002, de 6 de mayo, sobre los derechos de los pacientes a las voluntades anticipadas, a la información y a la documentación clínica, cuyo artículo 7 -bajo el epígrafe “El consentimiento informado”- preceptúa que “cualquier intervención en el ámbito de la salud requiere que la persona afectada haya dado su consentimiento específico y libre, tras haber sido previamente informada... Dicho consentimiento debe realizarse por escrito en los casos de intervenciones quirúrgicas...”.

La información clínica se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad (artículo 4.2 Ley 41/2002); debiendo proporcionarse al paciente, antes de recabar su consentimiento escrito, la información básica sobre las consecuencias

relevantes o de importancia que la intervención origina con seguridad, los riesgos relacionados con las circunstancias personales o profesionales del paciente, los riesgos probables en condiciones normales, conforme a la experiencia y al estado de la ciencia o directamente relacionados con el tipo de intervención y las contraindicaciones (artículo 10.1 Ley 41/2002).

Por ello, esta obligación de informar ha de interpretarse en términos razonables sin configurarla como información excesiva e innecesaria que pueda convertir la atención clínica en desmesurada y en un padecimiento innecesario para el enfermo (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de enero de 2007). La jurisprudencia ha declarado que “cuando se trata de la medicina curativa no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico por no producirse con frecuencia ni ser específicos del tratamiento aplicado, siempre que tengan carácter excepcional o no revistan una gravedad extraordinaria” (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 23 de octubre de 2008).

En el caso presente, en la historia clínica consta, fechada el 4 de abril de 2008, la anotación de que se informa al paciente de la intervención quirúrgica, riesgos, alternativas y posibles complicaciones más significativas y firma el consentimiento informado de intervención quirúrgica y de transfusión. Y el documento de consentimiento informado para resección pulmonar, firmado por el paciente el 4 de abril de 2008, dice en su apartado cuarto, así: “Comprendo que a pesar de la adecuada elección de la técnica y de su correcta realización pueden presentarse efectos indeseables, tanto los comunes derivados de toda intervención y que pueden afectar a todos los órganos y sistemas, como otros específicos que pueden llegar a ser muy graves: infección superficial de la herida, infección de la cavidad pleural, infección del pulmón restante, hemorragia, fracaso multiorgánico, accidentes cerebro-vasculares, alteraciones o insuficiencia cardiaca, insuficiencia respiratoria, retención de secreciones que impidan la ventilación del pulmón, fugas aéreas persistentes y dolor prolongado en la zona de la operación. El doctor me ha explicado que estas complicaciones habitualmente se

resuelven con tratamiento médico, pero pueden llegar a requerir una reintervención, a veces de urgencia, incluyendo un riesgo de mortalidad”.

Así pues, en el documento de consentimiento informado suscrito, se describió la intervención y se refirieron los posibles efectos indeseables específicos más graves, sin mención de la debilidad de la pared abdominal izquierda.

Pero ese silencio sobre la atonía de la musculatura abdominal izquierda no supone incumplimiento del deber de información, ya que se informó al paciente sobre los riesgos y posibles complicaciones más significativas con expresión en el documento escrito de las complicaciones específicas muy graves, aquel efecto indeseable se asocia a la lesión en el nervio intercostal que es inherente a la intervención practicada y, según se indica en el informe de ... –sin que ello haya sido rebatido por los reclamantes-, es una complicación extremadamente rara, en la que pudiera influir la pluripatología que presentaba el paciente. Además, como se ha indicado, este motivo no ha sido aducido por los reclamantes.

Por todo ello, el paciente recibió información suficiente y adecuada acerca de la intervención y los riesgos y complicaciones típicos, por lo que no se haya producido una infracción de la obligación de información al paciente.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que la reclamación formulada por don ..., en nombre y representación de don ... y de su mujer doña ..., por daños derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios, debe ser desestimada.

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.