

Expediente: 35/2016

Objeto: Solicitud de indemnización de daños y perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios.

Dictamen: 44/2016, de 26 de septiembre

DICTAMEN

En Pamplona, a 26 de septiembre de 2016,

el Consejo de Navarra, integrado por don Alfredo Irujo Andueza, Presidente, doña Socorro Sotés Ruiz, Consejera-Secretaria, y doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Iruretagoyena Aldaz y don Alfonso Zuazu Moneo, Consejera y Consejeros

siendo ponente don Alfonso Zuazu Moneo

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1ª. Consulta

El día 6 de julio de 2016 tuvo entrada en este Consejo escrito de la Presidenta de la Comunidad Foral de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19.1, en relación con el artículo 16.1 de la Ley Foral 8/1999, de 16 de marzo, del Consejo de Navarra (en lo sucesivo, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo sobre el expediente de responsabilidad patrimonial instado por don..., en nombre y representación de doña..., por daños y perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios.

Se acompaña a la consulta el expediente administrativo tramitado como consecuencia de la indicada reclamación de responsabilidad patrimonial, incluyéndose la propuesta de resolución del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y la Orden Foral 52/2016, de 28 de

junio, del Consejero de Salud, por la que solicita el dictamen preceptivo de este Consejo de Navarra.

I.2ª. Antecedentes de hecho y procedimiento tramitado

A) Reclamación de responsabilidad patrimonial

Mediante escrito de 11 de febrero de 2016, don..., actuando en nombre y representación de doña..., interpone reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y, conjunta y solidariamente, contra su “...” por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios, que ha provocado los daños y secuelas que padece la reclamante tras “la colocación de una barra metálica para fijar sus costillas” de la que ha derivado un “Dolor crónico en el tórax”.

Se mantiene en la reclamación que doña..., actualmente de 29 años de edad, comenzó en el año 2012 a sufrir molestias en “la pared costal derecha”, notándose “un bulto o tumoración” en esa zona que le “sobresalía con los esfuerzos”.

En enero de 2013, relata la reclamación, fue diagnosticada de “hernia epigástrica” que luego no fue confirmada tras practicarse una ecografía abdominal, remitiéndose a la paciente al “Sº de Cirugía Torácica del CHN al apreciarse en la exploración un bultoma duro que molesta en la zona costal derecha”.

En el citado Servicio, en los meses de abril y mayo de 2013, se instó la práctica de TAC torácico y Gammagrafía ósea, sin que se detectaran alteraciones, diagnosticándose “luxación de los cartílagos costales anteriores” e indicando que la “solución a su problema era quirúrgica”, consistente en la realización de “una pequeña incisión debajo del pecho, y se le colocarían unas pequeñas barras atornilladas en el tórax, para fijar los cartílagos costales, y así evitar las luxaciones”, programándose dicha intervención para el mes de junio de 2013 y firmando la paciente el 12 de junio de 2013 un “documento de consentimiento informado para Resección-Reparación de la pared torácica” en el que, mantiene la reclamación, “no se

detalla la cirugía en concreto que se le iba a practicar a la joven...”, añadiendo que “no se advierte a la paciente que se le va a colocar una barra metálica ni los riesgos y complicaciones concretos que podría sufrir como consecuencia de la colocación de dicha barra”, puesto que “el documento que se le hizo firmar es un “documento de consentimiento informado genérico” en el que se describen los riesgos genéricos de cualquier cirugía torácica por lo que, concluye la reclamante, “la paciente no fue informada – como exige la Ley- acerca de la cirugía que se le iba a practicar y de los riesgos concretos de dicha cirugía”.

El 17 de junio de 2013 se interviene a la paciente practicándose, en términos de la reclamación, “una gran incisión en el abdomen, y se le colocó debajo del pecho, y a lo largo de todo el tórax, una gran barra metálica” que, dice, “nada tuvo que ver con lo que le había dicho en su consulta que le haría” el doctor...

Continúa el escrito de reclamación reseñando que la paciente en el postoperatorio ya comenzó a sufrir “un dolor importante en el tórax, en la zona dónde le habían colocado la barra”, oprimiéndole ésta por lo que “no podía respirar con normalidad, no podía toser y además seguía sufriendo luxaciones”, encontrándose “peor que antes de la cirugía”, siendo informada en revisión practicada por el Servicio de Cirugía Torácica en agosto de 2013 sobre la existencia de “una malformación congénita, del cartílago esternal, y que la solución era más cirugía. Habría que reseca todos los cartílagos anormales y ponerle más barras de fijación”.

Relata la reclamación que la evolución en los meses siguientes “fue muy tórpida”, con mucho dolor en el tórax, dificultades respiratorias y la sensación de que “la barra le oprimía el tórax y que se había desplazado en su interior”, solicitando al Servicio de Cirugía Torácica que “le retiraran la barra” a lo que le respondían que “su sintomatología iba a empeorar si se la quitaban”, derivándola a la “Unidad del Dolor por el Servicio de Neumología CHN” en febrero de 2014, acudiendo por primera vez en abril de 2014, prescribiéndole “abundante medicación opiácea y analgésica”, siendo en noviembre de 2014 cuando “el Sº de Cirugía Torácica accedió a retirar la

barra”, llevándose a cabo la intervención el 19 de noviembre de 2014, consistente en “cirugía de retirada de material de osteosíntesis” y en “quitarle la barra y los tornillos de fijación que le habían colocado alegremente el día 17 de junio de 2013”, siendo entonces informada por los facultativos que “dada la malformación congénita que padecía, los cartílagos costales seguirían luxándose. Ellos recomendaban nueva cirugía para reseca los cartílagos y poner nuevas barras de fijación”.

Tras la retirada de la barra la paciente mejoró algo en relación a la opresión en el tórax aunque “el dolor no mejoró”, teniendo que tomar la medicación prescrita y persistiendo las luxaciones, por lo que decidió solicitar una segunda opinión médica, siendo remitida por el Servicio Navarro de Salud al “...” en el que, tras las pruebas practicas, se le informó en consulta de 30 de abril de 2015 que “no tenía ninguna malformación congénita ni en los cartílagos costales, ni en ninguna otra estructura del tórax. Que había sido un error colocarle esa barra. Que él no le aconsejaba intervención quirúrgica de ningún tipo. Que no le intervinieran más. Que su dolor actual era postquirúrgico, debido a todas las cicatrices internas que tenía, y probablemente a la afectación de algún nervio de la zona. Que su única recomendación era continuar con el tratamiento y seguimiento en la Unidad del Dolor”.

La reclamación colige de ese informe que “no tenía ninguna malformación congénita costal”, por lo que la cirugía practicada “había sido totalmente contraindicada, errónea, torpe, negligente y tomada alegremente, estando contraindicada “cualquier nueva cirugía en el tórax”, siendo consecuencia de la cirugía practicada que en el futuro la paciente “iba a padecer de forma crónica un insoportable dolor en el tórax” que le iba a exigir “un tratamiento analgésico pautado por la Unidad del Dolor, de por vida”, afectando “gravemente a su vida diaria” y quedando marcada la joven... “con enormes cicatrices en su tórax y abdomen” que, además, padece “un trastorno ansioso-depresivo, como le hubiera sucedido a todo aquél que se hubiera visto envuelto en semejante juego de caprichos y veleidades de dioses”.

La reclamación, tras invocar para justificar el derecho a la salud el artículo 43 de la Constitución; la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad; el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, y la Ley Foral 10/1990, de 23 de noviembre, de Salud, invoca también como fundamento legal de la responsabilidad patrimonial de la Administración el artículo 106 de la Constitución y los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, mantiene la existencia de un daño individualizado en los daños y secuelas que padece la reclamante doña..., que imputa al funcionamiento anormal del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, sin interferencias o inmisiones que rompan el nexo causal y sin tener la reclamante el deber jurídico de soportar los daños o secuelas, exigiendo la “reparación integral del daño producido” y evaluando “los daños y perjuicios causados a la reclamante en SEISCIENTOS MIL EUROS (600.000.-€)”, sin ofrecer en su escrito mayor justificación sobre la procedencia del importe de la cantidad reclamada.

B) Instrucción del procedimiento

En el expediente consta la resolución de 18 de febrero de 2016, del Jefe del Servicio de Régimen Jurídico del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, por la que se admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada, se nombra instructora del procedimiento, se le informa del plazo máximo para resolver y de los efectos que produce su transcurso sin haberse dictado resolución expresa, e igualmente se le informa de que la tramitación de su reclamación “puede implicar el acceso a los datos de su historia clínica que puedan estar relacionados con el objeto de la reclamación”.

A solicitud de la instructora del procedimiento, constan en el expediente copia de la historia clínica de doña..., remitida por el Complejo Hospitalario de Navarra. De la documentación clínica aportada cabe destacar, a los efectos de este dictamen, como más relevantes y significativos los siguientes datos:

1.- Doña... acude al Servicio de Urgencias del Complejo Hospitalario de Navarra el 2 de enero de 2013 refiriendo padecer “dolor abdominal”, reflejando el informe que documenta la atención sanitaria practicada, “paciente de 26 años con hernia abdominal por dehiscencia de rectos que desde hace dos días después de hacer un esfuerzo nota dolor y dificultad para reducirla. No dificultad respiratoria”, resultando un juicio clínico de “hernia abdominal no complicada”.

2.- El 14 de enero de 2013 acudió a consultas de Traumatología por “dolor costal en hemitórax derecho de dos años de evolución con sensación de molestias y masa en región epigástrica”, refiriendo “contusión costal en hemitórax derecho hace 2-3 años”, diagnosticándose de “dolor costal crónico tras traumatismo y posible hernia abdominal epigástrica”, derivándose al Servicio de Cirugía General para valoración de posible hernia epigástrica.

De nuevo acude al Servicio de Urgencias el 3 de abril de 2013, por padecer “dolor torácico”, refiriendo la paciente que “acude por presentar bultoma epigástrico y subcostal dcho. de año y medio de evolución manifestada como sensación de tumoración y molestias en línea media epigástrica”, presentándose “con un hinchazón por debajo de la costilla derecha que le dura poco tiempo”, acudiendo al Servicio al estar “desesperada de dolor” padeciendo últimamente “problemas de nervios-ansiedad”, notándose “un bultoma en zona periumbilical derecho”. Tras la exploración se diagnostica provisionalmente “hernia torácica o pulmonar o digestiva. Le realizaremos ECO de pared para descartar hernia abdominal y si todo es normal enviar a consulta de C. Torácica para realizar TAC con esfuerzo o detectar herniación pulmonar”, con juicio clínico de “dolor costal derecho a estudio”, remitiéndola al Servicio de Cirugía Torácica que, en consulta de 2 de mayo de 2013, aprecia “dolor a nivel cartílago-costal” disponiendo “gammagrafía ósea”.

3.- El 24 de mayo de 2013 es examinada en el Servicio de Cirugía de Pared Abdominal por “presentar bultoma epigástrico y subcostal dcho. de año y medio de evolución, manifestada como sensación de tumoración y

molestias”, sin que resulten de las pruebas practicadas “nada patológico”, remitiéndola a Cirugía Torácica para valoración.

4.- El 29 de mayo de 2013 acude de nuevo al Servicio de Urgencias por padecer dolor torácico, remitiéndosele al Servicio de Cirugía Torácica. De nuevo el 1 de junio de 2013 acude a Urgencias por el mismo padecimiento de dolor torácico, en el que “no se objetiva patología urgente en este momento”.

5.- El 16 de junio de 2013 ingresa en el Servicio de Cirugía Torácica para “intervención quirúrgica”, resultando del informe de ingreso que se trata de “paciente con clínica de luxación de cartílago costal bajo, que acude para intervención”. De la documentación obrante en el expediente, y de los informes emitidos en relación con cada asistencia sanitaria, resulta que la paciente fue vista en consulta de ese Servicio el 10 de abril de 2013, cuando “se objetivó una exploración normal y se solicitó un TAC de Tórax en el que únicamente se apreciaban pequeñas bullas pulmonares, sin apreciarse patología en la zona dolorosa”, si bien “ante la clínica referida por la paciente de chasquidos y luxaciones de los cartílagos costales anteriores, se propuso la fijación de los mismos con una barra atornillada; la paciente firma el consentimiento informado para la cirugía el 12/06/2013 y la intervención se lleva a cabo el 17/06/2013”.

La intervención consistió en “incisión sobre últimas costillas derechas exponiendo parte baja de esternón bilateral; se comprueba que los arcos cartilagosos nacen extremadamente verticales, enterrando el xifoides que es inaccesible; no se objetivan fracturas de cartílagos; se fijan últimas costillas de un lado a otro con barra de Matrix Rib de 8, con tres tornillos a cada lado, con objeto de evitar que se monten los cartílagos de ambos lados. Cierre de subcutáneo y piel con grapas”, con evolución “satisfactoria tras la intervención quirúrgica”. Consta un informe de exploración de 12 de junio de 2013 en el que se refleja: “se le informa de la intervención, riesgos y alternativas; firma los consentimientos de IQ y de transfusión”. Efectivamente consta en el expediente la firma de un “documento de consentimiento

informado para resección-reparación de la pared torácica, fechado el 12 de junio de 2013.

6.- El 3 de julio de 2013 acude al Servicio de Urgencias por presentar “sudoración fría, sensación de mareo sin giro de objetos, náuseas, vómitos y disposiciones diarreicas”, diagnosticándose “efectos secundarios tras parche de Fendivia. Dolor torácico en relación con cirugía previa”.

7.- En agosto de 2013 acude al Servicio de Cirugía Torácica a revisión refiriendo la paciente “molestias y luxaciones de la costilla superior a la fijada”, ante lo que “se le explica que tiene una malformación congénita, cartílago esternal y la solución es quirúrgica resecaando todos los cartílagos anómalos y poniendo barras de fijación”, acudiendo de nuevo a revisión en noviembre de 2013 donde se reseña que la paciente “refiere dolor en zona quirúrgica y luxaciones de otros cartílagos”, acudiendo a consulta porque “quiere retirarse la barra”, ante lo que “se le explica de nuevo que es una malformación y que si se retira la barra se volverán a luxar los fijados” y, en todo caso, consta en el informe que “se apunta para retirada de barra”. No obstante ello la historia clínica refleja un informe de exploración que señala el 28 de noviembre de 2013: “Paciente programada para extracción de material costal, que rechaza la intervención quirúrgica. Se la citó hoy para firmar la denegación de intervención. La paciente firma”.

8.- En octubre de 2014 acude al Servicio de Cirugía Torácica por referir el “mismo cuadro de dolor, aún más agudizado que en visitas previas”, por lo que se le “propone de nuevo la retirada del material; la paciente acepta la intervención, firma el consentimiento con fecha 12/11/2014 y se procede a la retirada el 19/11/2014, momento en el que se comprueba que la barra estaba bien sujeta y la pared torácica anterior era firme”. Consta un informe de exploración de 12 de noviembre de 2014 en el que se refleja: “paciente que acude a consulta para preparar retirada de material de osteosíntesis (Matrix Rib) costal por dolor incoercible. Se le informa de la intervención, riesgos, alternativas y posibles complicaciones. Firma los consentimientos de intervención y trasfusión sanguínea”. Consta en el

expediente la firma de un “documento de consentimiento informado para corrección de deformidades esternocostales” de 12 de noviembre de 2014.

La intervención consistió en “incisión iterativa algo más alta que la previa; disección hasta placa Matrix – Rib y retirada de 6 tornillos autoblocantes. Se extrae la placa; hemostasia, infiltración de la zona con buvipacaína con adrenalina, sutura subcutánea e intradérmica reabsorbible + steri – strip”, sin que aparezcan “incidencias tras la intervención quirúrgica”. Acude a revisión el 18 de diciembre de 2014, refiriendo que “se encuentra mejor desde la retirada de la barra aunque continúa con la medicación. Se ha colocado faja y con ella se encuentra más sujeta, aunque cuando se la quita se le luxan”.

9.- En enero de 2015 la paciente acude al Servicio de Cirugía torácica para “ser derivada a otro centro para segunda opinión”.

10.- En marzo de 2015 acude a consulta del Servicio de Cirugía Torácica del Hospital de Cruces, resultando de la misma un juicio clínico de “dolor crónico postquirúrgico sin causa orgánica con RMN normal. No considero indicado tratamiento quirúrgico en este momento. Seguimiento y tratamiento por Unidad de Dolor”.

11.- La paciente acude a urgencias el 29 de diciembre de 2015, el 31 de enero de 2016, el 3 de febrero de 2016 por “dolor abdominal” y “dolor costal”, sin que se encuentren hallazgos significativos que alteren su diagnóstico.

12.- Desde el mes de abril de 2014 la paciente estuvo controlada por la “Unidad del dolor”, con sucesivas revisiones al objeto de adecuar la medicación a la sintomatología presentada por la paciente.

C) Informes

A requerimiento de la instructora del procedimiento, ha emitido un informe el Servicio de Cirugía Torácica, en marzo de 2016, en el que se recogen cronológicamente las actuaciones sanitarias seguidas en la atención al paciente, la evolución de su estado físico así como las

intervenciones quirúrgicas practicadas y sus resultados, para concluir después de todo ello que “la sintomatología de la paciente persistió idéntica tras la retirada de la barra; no se afectó ningún nervio en ninguna de las intervenciones (el dolor permanecía igual); no hay contraindicación ninguna, como se apunta, para la intervención, únicamente los resultados no fueron los esperados, cosa de la que la paciente estaba informada, la intervención no fue errónea, no fue torpe (se realizó tal y como estaba previsto y sin complicaciones) ni negligente; la intervención ni aumentó ni disminuyó la sintomatología, y el tratamiento analgésico de por vida no tiene relación con la cirugía por si misma sino con la patología previa que aconsejó la intervención; el trastorno de ansiedad y depresión de la paciente ya está diagnosticado en su Centro de Salud desde el año 2003, por lo que no guarda relación con la cirugía practicada”.

Finalmente, se integra en el expediente administrativo un “informe médico pericial” elaborado por don..., doctor en medicina y cirugía, especialista en cirugía general y del aparato digestivo y en cirugía torácica, de fecha 18 de abril de 2016.

En el mencionado informe se relaciona la documentación analizada por el perito, resumiéndose la historia clínica de la paciente y la evolución de su estado físico en paralelo a la exposición de las atenciones sanitarias prestadas, realizando consideraciones médicas sobre las malformaciones costales y la función respiratoria, así como sobre la sintomatología, diagnóstico y tratamiento de la luxación costal, para terminar analizando la praxis médica acreditada y alcanzar las siguientes conclusiones principales:

1. El síndrome de luxación costal fue diagnosticado correctamente.
2. Por la clínica dolorosa incapacitante se indicó correctamente el tratamiento cruento.
3. Valorado el riesgo/beneficio se optó por la intervención quirúrgica, recurriendo correctamente a la técnica menos agresiva, fijación costal con prótesis de titanio.

4. Como el procedimiento no fue efectivo, es correcto la retirada de la prótesis de fijación costal.
5. Fueron correctos los estudios de imagen realizados, en los que las costillas se ven normales, solo alteradas por la función debido a la laxitud condro-costal.
6. El dolor crónico que señala la paciente no es debido a la colocación de la barra, ya que una vez retirada se debe al trastorno funcional condro-costal.
7. Ante la continuidad del dolor es correcto considerar nuevamente al riesgo/beneficio para elegir el tratamiento.

En definitiva, el informe médico pericial concluye que “a la vista de los documentos contenidos en la Historia Clínica y en los informes aportados, no existen datos para concluir que se prestase una deficiente asistencia sanitaria ni que existiera negligencia ni mala praxis en el manejo del episodio asistencial de la paciente, ajustándose a la Lex Artis ad Hoc”.

D) Trámite de audiencia

Mediante oficio de 27 de abril de 2016, se notifica a don... la apertura por la instructora del trámite de audiencia por un plazo de diez días hábiles para la presentación, en su caso, de nuevas alegaciones y de cuantos documentos y justificaciones estimase pertinentes. Así mismo, se facilitaba al reclamante copia de la historia clínica del paciente, de los informes médicos emitidos y del “informe médico pericial emitido por un especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo y en Cirugía Torácica...”.

No resulta del expediente administrativo que en el trámite de audiencia conferido se presentaran nuevas alegaciones o documentos por la reclamante.

E) Propuesta de resolución

La propuesta de resolución, precedida de un informe jurídico de la que es fiel reflejo, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada. En su fundamentación, tras extraer los datos más significativos de la historia clínica del paciente, analizar el marco normativo de la responsabilidad patrimonial de la Administración, así como la jurisprudencia que la interpreta y aplica, y transcribir parcialmente las principales conclusiones de los informes médicos emitidos, propone la desestimación de la reclamación a la vista de que “no puede sino concluirse que la actuación profesional médica fue acorde a la “lex artis”, al margen de que la paciente no obtuviera los resultados esperados, no concurriendo, en definitiva “los requisitos para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial reclamada”.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

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

La presente consulta versa sobre una reclamación por presuntos daños y perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios públicos. Es ésta 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. letra i) de la LFCN ordena que se consulte al Consejo de Navarra 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, no siendo aplicable por razones temporales, atendiendo al inicio del procedimiento, la actualmente vigente Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, del Consejo de Navarra.

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

Por su parte, la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, LFACFN) establece en sus artículos 76 y siguientes el procedimiento administrativo que debe seguirse en materia de responsabilidad patrimonial, en el que se contemplan sucesivamente la práctica de las pruebas que se estimen pertinentes, solicitud de informes necesarios, audiencia del interesado, dictamen del Consejo de Navarra, propuesta de resolución y, finalmente, resolución definitiva por el órgano competente.

La tramitación del presente procedimiento se estima correcta, habiendo incorporado los documentos necesarios para conocer las circunstancias concurrentes en la atención sanitaria prestada, constando además informes médicos suficientes para valorar la misma y, en definitiva, habiendo respetado el derecho de audiencia y defensa que corresponde al reclamante, otorgándole la posibilidad de conocimiento íntegro de las actuaciones, formulación de alegaciones y presentación de documentos, y todo ello con anterioridad a la propuesta de resolución.

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.

II.2ª. 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 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 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 de 13 de julio de 2000).

II.3ª. En particular, la antijuridicidad del daño y el cumplimiento de la “lex artis”

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 aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Como este Consejo viene señalando en dictámenes anteriores (por todos, 3/2016, 7/2016, 8/2016 y 9/2016 de 25 de enero), 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 (SSTS 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002); y, por otra parte, como también ha recordado el Tribunal Supremo (SSTS 19 de junio de 2001 y 4 de marzo de 2006), no basta para que exista responsabilidad patrimonial la apreciación de deficiencias en la atención médica prestada, sino que es necesario, además, que el perjuicio invocado y cuya reparación se pretende sea una consecuencia o tenga como factor causal dicha prestación sanitaria.

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; 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 curación o la salud del paciente (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de julio de 2007).

En consecuencia, el criterio fundamental para determinar la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la "lex artis" y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia medica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por lo tanto, el criterio de la "lex artis" es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar

la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (“lex artis”).

Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha “lex artis”; de exigirse sólo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, cual sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la “lex artis” (STS de 13 de julio de 2007). Como reiteradamente se ha reconocido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el daño indemnizable ha de ser antijurídico y, en caso de daños derivados de actuaciones sanitarias, no basta con que se produzca el daño sino que es necesario que éste haya sido provocado por una mala praxis profesional. Así, la sentencia de 19 de septiembre de 2012, recaída en recurso de casación 8/2010, dice:

“La concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que se mantiene por la parte recurrente no se corresponde con la indicada doctrina de esta Sala y la que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, según la cual: «esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar» (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003).

Debiéndose precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la Lex Artis como modo de determinar cual es la actuación médica correcta, independientemente 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. Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que «en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la

Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido si bien, 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 aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente a doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto».

De lo expuesto se colige que el reproche de antijuricidad de la lesión acaecida se elimina si la actuación médica se ajusta a la “lex artis” ad hoc; esto es, cuando se valore que la actuación médica se ha desarrollado correctamente teniendo en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, atendiendo al estado de la ciencia y técnica normal requerida, cumpliéndose tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, como respondiendo con eficacia los servicios (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de marzo de 1991). Cuando se hubiera procedido así, el daño producido no sería calificado de antijurídico y, en consecuencia, no concurriría uno de los presupuestos básicos para que se estime la responsabilidad de la Administración.

En el presente caso la reclamación de responsabilidad parte de la premisa, no acreditada, de resultar imputable a la Administración un anormal funcionamiento de los servicios sanitarios que pretende situar en la existencia de una intervención quirúrgica innecesaria, que además se habría realizado de una manera “errónea, torpe, negligente y tomada alegremente”, en la que se encontraría el origen del dolor crónico en el tórax que le obliga a tomar un tratamiento analgésico “de por vida”, afectándole gravemente a su vida diaria.

No obstante esas alegaciones, en las que la reclamante sustenta su reclamación, el expediente no incorpora prueba alguna que haya sido propuesta o aportada que sirva para acreditar no solo la veracidad de sus afirmaciones sino, fundamentalmente, la existencia de la necesaria relación de causalidad entre las lesiones padecidas y un anormal funcionamiento de los servicios sanitarios. La prueba aportada con la reclamación se ha limitado a la reproducción de informes médicos ya existentes en la historia clínica, que sirven ciertamente para acreditar la existencia y circunstancias de la asistencia sanitaria prestada, pero que nada acreditan, y tampoco advertimos que lo haya intentado, acerca de la necesidad de la intervención, su práctica correcta o incorrecta o, en definitiva, que el dolor crónico que invoca tenga su origen en la misma o, por el contrario, obedezca a la propia patología de la paciente, sin que tampoco se aporte prueba alguna que demuestre unas hipotéticas deficiencias en la colocación o, en su caso, extracción, de la barra de osteosíntesis que constituyó el objeto de la intervención quirúrgica practicada.

Como ha señalado reiteradamente este Consejo, las reclamaciones de responsabilidad a la Administración sanitaria deben contar con un elenco probatorio idóneo del que resulte la inadecuación de la asistencia sanitaria recibida, la mala praxis que normalmente se imputa, siendo fundamental al respecto la aportación de pruebas periciales médicas que avalen y justifiquen la reclamación, puesto que se plantean habitualmente cuestiones de naturaleza técnica sobre las que este Consejo carece de conocimientos suficientes y, por ello, resulta imprescindible la existencia en el expediente de pruebas periciales en las que pueda apoyarse el sentido del dictamen a emitir.

Desde parecida perspectiva, es conocida la doctrina jurisprudencial que postula que la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien formula la reclamación, esto es, la carga de la prueba del nexo causal corresponde al que reclama la indemnización consecuencia de la responsabilidad de la Administración por lo que no habiéndose producido esa prueba no existe responsabilidad administrativa (STS de 18 de octubre de 2005).

A la inexistencia de esa responsabilidad se llega en nuestro caso también aunque se considerara aplicable en este supuesto la doctrina que modera la aplicación de esa regla general en el ámbito sanitario, en aplicación de la denominada regla de la facilidad probatoria, en el sentido que la obligación de soportar la carga de la prueba al perjudicado, no empece que esta exigencia haya de atemperarse a fin de tomar en consideración las dificultades que normalmente encontrará el paciente para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, por lo que habrá de adoptarse una cierta flexibilidad de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o diabólica. Este principio que obliga a la Administración, en determinados supuestos, a ser ella la que ha de acreditar, precisamente por disponer de medios y elementos suficientes para ello, que su actuación fue en todo caso conforme a las exigencias de la “lex artis”, pues no sería objetiva la responsabilidad que hiciera recaer en todos los casos sobre el administrado la carga de probar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica (STS de 9 de diciembre de 2008).

Por el contrario, frente a la pasividad de la reclamante, se integran en el expediente informes médicos que coinciden en la inexistencia de deficiencias en la asistencia sanitaria prestada y, también, en la conclusión de no apreciar vulneración alguna de la “lex artis” exigible atendiendo a las circunstancias del caso.

Resulta así que, según informa el Servicio de Cirugía Torácica, con apoyo en la documentación obrante en la historia clínica aportada, la propuesta de practicar la intervención quirúrgica vino precedida por una clínica alusiva a repetidas asistencias de la paciente en el Servicio de Urgencias por padecer un “dolor insoportable”, que no conseguía reducirse mediante los tratamientos analgésicos prescritos, y que podían obedecer a la configuración de sus cartílagos bajos que ocasionarían rozamiento y las luxaciones de las que se quejaba la paciente, siendo ese conjunto de circunstancias y la persistencia de las dolencias la que llevó a los servicios sanitarios a sugerir la colocación de una barra atornillada para fijar los

cartílagos y evitar las repetidas luxaciones, “sin poder asegurarle al 100% que la solución fuese eficaz”.

Sobre la conveniencia de la intervención quirúrgica propuesta se pronuncia el informe médico pericial, reseñando que de los métodos utilizados para el tratamiento de la luxación costal se utilizó “un procedimiento cruento” ante el dolor incapacitante que sufría la paciente, eligiéndose el menos agresivo consistente en la fijación costal con barra de Matrix Rib, descartándose entonces el otro procedimiento más agresivo consistente en la resección costal, ya que esta cirugía de resección “es más traumática y no queda asegurado que resecada la costilla no se pueda luxar otra”.

La intervención quirúrgica se realizó conforme a lo informado a la paciente, colocándose una “barra de titanio de 8 cm” según resulta de los informes y pruebas médicas obrantes en el expediente administrativo, que desmienten lo señalado por la reclamante sobre la existencia de una “gran barra metálica a lo largo de todo el pecho”, practicándose para ello “una incisión sobre los cartílagos afectos del tamaño mínimo necesario para fijar la barra” que nunca puede identificarse con “una gran incisión en el abdomen” a la que alude la reclamante.

No obstante la corrección de la intervención practicada, resulta de los informes que la paciente seguía presentando los mismos dolores que padecía con anterioridad a la intervención, por lo que solicitó la retirada de la barra, si bien una vez programada ésta “la paciente decide rechazar la intervención quirúrgica y firma un consentimiento informado de denegación de intervención”.

Finalmente, en septiembre de 2014, toda vez que persistía el dolor, la paciente solicita de nuevo la retirada de la barra, que esta vez se lleva a cabo mediante nueva intervención quirúrgica que se practica en noviembre de 2014, siendo esa actuación igualmente correcta y necesaria puesto que, como mantiene el informe médico pericial, “ya que el procedimiento no fue efectivo, es correcto la retirada si seguía con dolor y luxación”, sin que

resulte del expediente la existencia de incidencia reseñable alguna en la práctica de esta segunda intervención.

Al respecto parece mantener la reclamación que el dolor costal que sigue padeciendo, y que califica de crónico, tiene su origen y causa directa en la existencia de las intervenciones quirúrgicas practicadas. Sin embargo, y por el contrario, los informes médicos que tenemos a la vista coinciden en señalar que “la intervención ni aumentó ni disminuyó la sintomatología y el tratamiento analgésico de por vida no tiene relación con la cirugía por si misma sino con la patología previa que aconsejó la intervención”, o que “el dolor crónico que reclama la paciente no corresponde al implante de la barra de titanio, es por la propia patología; siendo ésta debida al trastorno funcional por la laxitud del ligamento condro-costal, con lo cual anatómicamente por TAC, ECO y Gammagrafía no se encuentra alteraciones, por lo que en la consulta de 2ª opinión así se indicó”.

En consecuencia, la inexistencia de acreditación sobre la innecesariedad o defectuosa realización de las intervenciones quirúrgicas, y la igual inexistencia de acreditación de que los dolores que padece actualmente la reclamante obedezcan y traigan causa directa de las mismas, impiden considerar acreditada la responsabilidad sanitaria imputada en la reclamación, máxime cuando los informes médicos obrantes en el expediente conducen directamente a la conclusión contraria, esto es, a la corrección de la actuación de los servicios sanitarios, debiendo compartir este Consejo las consideraciones que se contienen en la propuesta de resolución respecto a que el hecho de que los resultados no fueran los esperados por los médicos no conduce a la existencia de la responsabilidad reclamada al ser la obligación de los profesionales una obligación de medios y no de resultados, estando obligados a prestar la debida asistencia sanitaria pero sin poder garantizar nunca la efectividad de la misma y la completa curación de los enfermos, según ha reconocido constante jurisprudencia de nuestros tribunales de la que se ha recogido una muestra en este dictamen.

Señalar, para concluir, que la reclamación alude a una supuesta información defectuosa al paciente de las características y condiciones de la

intervención quirúrgica a practicar, que pretende se vería acreditado por el hecho de haber firmado un documento de consentimiento informado que alude a intervenciones quirúrgicas en general y no a la específica que le iba a ser practicada. Al respecto, como bien señala la propuesta de resolución, los documentos en los que se plasma el consentimiento obedecen a la necesidad de garantizar su existencia y las condiciones en que se ha prestado, sin que en todo caso puedan sustituir a la información verbal al resultar ésta la más relevante para el paciente.

La existencia de esa información resulta del propio escrito de reclamación, en el que se reconoce haber recibido información respecto a la intervención por el Servicio de Cirugía Torácica (“...dos pequeñas incisiones, colocaría una pequeñas barras...”), resultando también esa circunstancia del informe de exploración de 12 de junio de 2013, en el que se reseña literalmente que “se le informa de la intervención, riesgos y alternativas y firma los consentimientos de IG y de trasfusión”, además de la afirmación mantenida en el informe emitido por el Servicio de Cirugía Torácica ante la reclamación, en el que se reitera que “los detalles concretos de la intervención se le explican verbalmente”, como se recogió en su día “en la anamnesis de 12/06/2013.

En consecuencia, no se puede apreciar por el Consejo en este caso la existencia de un daño antijurídico que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar, al que alude la reclamación y del que se pueda derivar ninguna clase de responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos, dado que los profesionales de los citados servicios actuaron conforme a la “*lex artis*” *ad hoc*.

III. CONCLUSIÓN

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

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.