

Expediente Núm. 176/2008
Dictamen Núm. 272/2009

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Jiménez Blanco, Pilar
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 4 de junio de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 25 de agosto de 2008, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por lo que considera una defectuosa asistencia sanitaria prestada en un centro hospitalario público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 18 de enero de 2008, la interesada presenta en las dependencias de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que considera que ha sido víctima de un error médico, con ocasión de una intervención quirúrgica realizada en el Hospital

Inicia el relato de lo sucedido señalando que, “con fecha 29 de marzo de (...) 2007”, fue intervenida quirúrgicamente practicándosele una “flavectomía L3-L4”, reseándose un disco “muy degenerado y pinzado”. Según indica, el

cirujano había informado a la familia de que “se le había extraído el disco bilateralmente (...). Después de haber transcurrido casi dos meses, los dolores eran insoportables” y, como consecuencia de una revisión al tercer mes, el responsable de la intervención practicada solicitó una resonancia magnética, que se efectuó “el día 31 de agosto” de 2007. Refiere que no recibió resultado alguno de la misma y que fue “a través de (la) Inspección Médica” como consiguió una copia del informe “en octubre de 2007”. Cita el resultado de ésta, señalando que “en el espacio intervertebral correspondiente a la L3-L4 hay una protrusión discal anular con mayor componente postero-lateral izdo. y una disminución de esa altura discal”, de lo que deduce que sigue teniendo “el disco motivo de la intervención quirúrgica”.

Finalmente manifiesta que el responsable de la intervención quirúrgica considera que no cabe practicar una nueva, dada su peligrosidad, y que es atendida posteriormente en los servicios de Rehabilitación y en la Unidad del Dolor, “con resultado negativo”. Concluye que ha “sido víctima de un error médico”, solicitando una indemnización por daños y perjuicios” que cuantifica en cien mil euros (100.000 €)

Al escrito de reclamación acompaña los siguientes documentos: a) hoja de intervención quirúrgica, en la que se recoge que el día 29 de marzo de 2007 se le practicó una “discectomía bilateral L3-L4”; b) informe del Servicio de Neurocirugía del, de fecha 17 de octubre de 2007; c) informe del Servicio de Radiodiagnóstico I, de fecha 11 de septiembre de 2007; d) informe médico privado de un especialista en “Cirugía Ortopédica y Traumatología”, de 6 de noviembre de 2007, en el que se señala como diagnóstico “síndrome facetario por discopatía L3-L4 posdiscectomía”; e) informe del Servicio de Reumatología, de 15 de noviembre de 2007, y f) informe de la Unidad de Tratamiento del Dolor, sin fecha.

2. El día 1 de febrero de 2008, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias notifica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará, el plazo de resolución y los efectos del silencio administrativo.

3. Mediante escrito de 28 de enero de 2008, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a la Gerencia del una copia de la documentación clínica relativa al proceso asistencial que denuncia la interesada, así como un "informe actualizado del Servicio de Neurocirugía sobre el contenido de la reclamación".

4. Con fecha 4 de febrero de 2008, el Secretario General del remite al Servicio instructor una copia del informe emitido por el Servicio de Neurocirugía y de la historia clínica de la reclamante.

El informe del servicio responsable, suscrito el día 30 de enero de 2008 por el Jefe del Servicio, confirma "que la intervención fue correcta, reseccándose la hernia de disco intervertebral L3-L4", descartándose "cualquier tipo de error o de intervención en otro espacio intervertebral". En un estudio radiológico practicado "se comprueba huella quirúrgica L3-L4, pinzamiento de este espacio discal y discreta rigidez del mismo". Considera que la interesada padece un "dolor neuropático, secundario a cambios plasticomedulares", añadiendo que resulta "conveniente valorar implante de neuroestimulador. En este sentido solicitará primera consulta en la Unidad del Dolor".

5. El día 5 de febrero de 2008, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto suscribe el correspondiente Informe Técnico de Evaluación, en el que, tras una descripción de la asistencia prestada a la reclamante, señala que "se trata de una paciente de 37 años de edad con poliartralgias, probablemente debidas a un síndrome fibromiálgico con dolores generalizados, y una lumbalgia residual tras cirugía de hernia discal. La Unidad del Dolor califica la lumbalgia de dolor neuropático y establece como impresión diagnóstica poliartralgia y posible colagenosis. Así pues, es preciso enmarcar la clínica que la paciente tiene y que ella imputa a un error en el espacio discal intervenido, con la patología general que padece. El propio traumatólogo privado cuyo informe aporta atribuye el cuadro doloroso de la paciente a un síndrome facetario por discopatía L3-L4 posdisectomía". Concluye proponiendo

la desestimación de la reclamación, “ya que la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adaptada a los conocimientos científicos y a la *lex artis*”.

6. Con fecha 7 de febrero de 2008, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y de todo lo actuado a la correduría de seguros.

7. El día 15 de abril de 2008, una asesoría privada emite informe, a instancias de la entidad aseguradora, suscrito por dos especialistas en Neurocirugía. En él, tras relacionar la documentación analizada y realizar diversas consideraciones médicas respecto a la patología de hernia discal, afirman que, “la paciente fue intervenida según la técnica descrita para este tipo de cirugía, resaltándose, además, que durante la intervención se utilizó control radiológico para la localización del espacio discal, por lo que es prácticamente imposible confundirse de espacio discal (...). El hecho de que en la RM lumbar, practicada varios meses después de la cirugía, se observe una protrusión discal L3-L4 no quiere decir que no haya sido intervenido dicho espacio. Durante la cirugía (...), habitualmente, se reseca el material discal que se ha extruido y sólo parte del disco intervertebral, quedándose siempre restos discales que pueden protruirse más adelante, lo cual ocurre hasta en un 10% de los casos. Por otra parte, el hecho (de) que la paciente mantenga dolor lumbociático tras la cirugía también está descrito en la literatura científica mundial con el nombre síndrome post-laminectomía, el cual consiste en dolor, calambres, parestesias, etc., similares y a veces peor que antes de la cirugía, aunque ésta se haya llevado a cabo correctamente.

Concluyen su informe señalando que “fue diagnosticada e intervenida correctamente de hernia discal lumbar”; que “no hubo error en la cirugía”; que “el beneficio clínico de una cirugía de hernia discal lumbar se encuentra aproximadamente en el 80% de los casos, por lo que no se puede asegurar el éxito en todos” ellos, y que por tanto no consideran “justificada esta reclamación”.

8. Evacuado el trámite de audiencia con vista del expediente mediante oficio notificado a la interesada con fecha 15 de mayo de 2008, el día 19 de ese mismo mes comparece ésta en las dependencias administrativas y se le hace entrega de una copia del expediente, compuesto en ese momento por ciento ocho (108) folios, según se refleja en la diligencia extendida al efecto. No consta que haya presentado alegaciones.

9. Con fecha 16 de julio de 2008, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En términos similares al informe técnico de evaluación, concluye que "es preciso enmarcar la clínica que la paciente tiene (...) con la patología general que padece. El propio traumatólogo privado, cuyo informe aporta, atribuye el cuadro doloroso (...) a un síndrome facetario por discopatía L3-L4 posdicerectomía" y, por tanto, "no hubo error en la cirugía".

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 25 de agosto de 2008, registrado de entrada el día 2 de septiembre siguiente, 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 Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

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 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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 142.5 de la LRJPAC dispone que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse 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 18 de enero de 2008, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -la intervención quirúrgica- el día 29 de marzo de 2007, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de

la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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

No obstante, hemos de advertir que el escrito inicial de la interesada, pese a haber sido presentado directamente en las dependencias de la Consejería responsable del servicio público frente al que se reclama, según se desprende de la anotación manual y del sello de tinta estampado en el mismo, no ha sido anotado en ningún registro de entrada legalmente constituido, incumpléndose con ello lo dispuesto en el artículo 38.1 de la LRJPAC.

Finalmente, observamos que ha sido rebasado el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Recibida la reclamación en las dependencias de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios el día 18 de enero de 2008, se concluye que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 2 de septiembre de 2008, el plazo de resolución y notificación ha sido sobrepasado. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

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 139 de la LRJPAC 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios

públicos”. 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 141 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.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de daños y perjuicios formulada como consecuencia de la atención sanitaria prestada a la interesada, consistente en la realización de una intervención quirúrgica de discectomía bilateral L3-L4. La perjudicada alega, en esencia, que una vez practicada la intervención, ha empeorado de sus dolencias, y cuestiona que realmente la hayan intervenido del mencionado disco, llegando incluso a

afirmar que un traumatólogo, al que acude privadamente, informa no saber en qué consistió la operación efectuada.

La realidad de la intervención llevada a cabo y la persistencia de la sintomatología dolorosa que se pretendió corregir con la misma la acreditan los distintos informes médicos que obran en el expediente, fundamentalmente el del Servicio de Neurocirugía, de fecha 17 de octubre de 2007, cuando indica que, una vez practicada la intervención, la interesada, “tras un mes bien, comenzó con dolor en región lumbar que se irradia a miembro inferior izquierdo por cara lateral hasta la rodilla”.

Ahora bien, la mera existencia de unos daños efectivos, individualizados y susceptibles de evaluación económica surgidos en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que aquéllos se encuentran causalmente unidos al funcionamiento del servicio público y que son antijurídicos.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, 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 eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, 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 apreciar que el daño alegado por la 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.

En el presente caso, de lo actuado en el procedimiento se deduce que la asistencia prestada a la interesada ha sido correcta, pese a no obtenerse el resultado deseado. En primer lugar, hemos de descartar la existencia del error al que ésta se refiere en su reclamación, dado que todos los informes incorporados al procedimiento sostienen que se llevó a cabo una discectomía del disco intervertebral L3-L4, y, en contra de lo que aquélla indica en su escrito, el informe médico privado al que se refiere, y que adjunta, no afirma la existencia del error que ella sospecha, sino que únicamente diagnostica un “síndrome facetario” en L3-L4 con posterioridad a la realización de una discectomía, sin incorporar consideración alguna sobre la corrección de la práctica médica. Tampoco podemos presumir la existencia de ese supuesto error de lo informado por el Servicio de Radiodiagnóstico en septiembre de 2007. Por su parte, los especialistas que informan a instancia de la entidad aseguradora sostienen que el hecho de que “se observe una protrusión discal L3-L4 no quiere decir que no haya sido intervenido dicho espacio”, dado que “durante la cirugía (...), habitualmente, se reseca el material discal que se ha extruído y sólo parte del disco intervertebral, quedándose siempre restos discales que pueden protruirse más adelante, lo cual ocurre hasta en un 10% de los casos”. Además, los informes de los servicios administrativos y el realizado por la asesoría privada coinciden al relacionar la sintomatología de la interesada con la patología general que padece y constatan que se trata de una paciente que sufre “poliartralgias, probablemente debidas a un síndrome fibromiálgico con dolores generalizados”, afirmando que la asistencia sanitaria fue correcta y adaptada a los criterios de la *lex artis*, tanto en el diagnóstico como en la intervención practicada.

Finalmente, la asesoría privada sostiene que “el beneficio clínico de una cirugía de hernia discal lumbar se encuentra aproximadamente en el 80% de

los casos, por lo que no se puede asegurar el éxito en todos" ellos, y en este sentido hemos de reparar en que el consentimiento para la intervención que suscribe la interesada recoge, entre los riesgos típicos, la "necesidad (de) reintervención" y la "persistencia de lesión radicular".

Con base en las consideraciones anteriores, extraídas del examen de la historia clínica de la reclamante y de los diferentes informes técnicos incorporados al procedimiento, concluimos que no se ha probado por la interesada la existencia de una mala praxis médica, ni en el diagnóstico inicial de la hernia discal, ni en la realización de la intervención y el posterior tratamiento de la misma. En consecuencia, estimamos que los daños alegados no resultan imputables al servicio público sanitario, ya que constituyen la manifestación de una dolencia cuya curación, lamentablemente, no es posible garantizar con una asistencia sanitaria correcta.

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

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.