

Expediente Núm. 25/2014  
Dictamen Núm. 35/2014

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*García Gutiérrez, José María*  
*Zapico del Fueyo, Rosa María*  
*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 3 de marzo de 2014, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 23 de enero 2014 -registrada de entrada el día 4 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios derivados de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 28 de mayo de 2013, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

Refiere que, estando diagnosticada de “hernia discal L4-L5 derecha”, el día 15 de noviembre de 2010 se le practica en el Servicio de Neurocirugía del Hospital ..... una “discectomía y foraminotomía L5-S1 vía lateral derecha”.

Señala que tanto “en el informe de alta de hospitalización de fecha 16 de noviembre de 2010, como en la hoja de intervención quirúrgica, se reseña la existencia de un cuerpo extraño metálico quirúrgico”, y que el día 1 de octubre de 2011 ingresa en el citado Servicio “por un cuadro ciatálgico, siendo tratada con AINEs y descontracturantes” y dada de alta hospitalaria el 11 de octubre de 2011.

Precisa que el 18 de octubre de 2011 vuelve a ingresar en dicho Servicio y que es intervenida bajo anestesia general el 26 de octubre de 2011, “poniéndose de manifiesto la existencia de un severo cuadro de fibrosis que englobaba la raíz S1 derecha, practicándose la liberación de la raíz y ampliándose el espacio del receso lateral, de lo que fue dada de alta (...) el día 31 de octubre de 2011”. Ante la persistencia del cuadro doloroso, la reclamante fue atendida en repetidas ocasiones y el 23 de abril de 2012 en un estudio de TC de columna lumbo-sacra se observaron “cambios posquirúrgicos en L5-S1 con desaparición del disco intervertebral. Rectificación de la lordosis fisiológica. Cuerpo extraño a nivel de pelvis, sin cambios respecto al estudio previo de octubre de 2011”. Especifica que en el informe del Servicio de Neurocirugía de 23 de mayo de 2012 consta que “persiste lumbociatalgia derecha. No se ha podido hacer RM por artefacto metálico. Dado que en RM realizada el 25-4-2005 se había apreciado hernia foraminal L4-L5 derecha, se va a intentar realizar RM selectiva al espacio L4-L5”, y que el 19 de junio de 2012 el citado Servicio señala en un nuevo informe que “el TC realizado el 6-6-12 no mostró nuevos datos significativos. Recomendando revisión en seis meses”.

Del relato de hechos que efectúa la perjudicada, y de la documentación que adjunta, se desprende que estuvo ingresada de nuevo en el hospital entre el 23 de julio y el 8 de agosto de 2012 por un “cuadro de dolor lumbar que irradia a territorio radicular S1”. En relación con este episodio, destaca que en el informe de un TC abdominopélvico efectuado el día 26 de julio de 2012 se concluye que existe un “cuerpo extraño metálico de 15 mm en vecindad al disco L5-S1 y a la arteria ilíaca interna derecha. La arteria no muestra afección. Existe un artefacto arterial causado por la alta densidad metálica del cuerpo extraño, pero que no debe considerarse como una alteración patológica”.

Expone que con fecha 25 de julio de 2012 fue solicitada consulta al Servicio de Cirugía Vasculuar, y que "a la hora de valorar la posibilidad de intervención quirúrgica para la extracción del cuerpo extraño llegan a la conclusión de que, ante el hecho de no haberse desplazado conjuntamente con la complejidad de la búsqueda y retirada del mismo, la mejor actitud es la observación de la paciente en su Servicio de origen, rechazándose (...) la actitud quirúrgica". Con posterioridad, el 3 de septiembre de 2012, la reclamante fue atendida en el Servicio de Urgencias "por un cuadro doloroso en miembro inferior derecho" y un TC de columna lumbo-sacra realizado el 2 de noviembre de 2012 informa de "alteraciones residuales poscirugía con imágenes compatibles con fibrosis peridural en L5-S1 derecha".

Añade que el día 24 de marzo de 2013 ingresó en el Servicio de Neurocirugía con el diagnóstico de "fibrosis peridural posquirúrgica" y que el 25 de ese mismo mes fue intervenida, "practicándose una exploración quirúrgica del espacio L5-S1 izquierdo, reseándose fibrosis peridural y ampliando el espacio mediante foraminotomía parcial", siendo dada de alta el día 28 de marzo de 2013 con programación de revisión para el 2 de julio de 2013.

Asimismo, la perjudicada indica que con fecha 8 de mayo de 2013 se emite informe psiquiátrico por una clínica privada en el que se establece el diagnóstico de "trastorno depresivo recurrente".

Con el apoyo de un informe pericial elaborado el 15 de mayo de 2013 por un especialista en Medicina Legal y Forense, fundamenta la reclamación en la existencia de mala praxis médica. Considera, respecto a la "actuación quirúrgica", que "el hecho de quedar un cuerpo extraño metálico residual se configura como una actuación que no se ajusta a la lex artis, de la que se deriva un daño a la reclamante que no debía de haber soportado, por cuya consecuencia se ha alargado el proceso clínico con la necesidad de posteriores actuaciones quirúrgicas que no han resuelto la patología existente a nivel L4-L5, y con el surgimiento de una situación de riesgo importante por causa de la permanencia y situación del cuerpo extraño; es decir, que por consecuencia de la citada actuación quirúrgica a la reclamante se le ha producido un daño

corporal, así como un daño moral resultante del riesgo derivado de la existencia del cuerpo extraño que tiene alojado en su organismo”.

Para valorar los daños y perjuicios causados por la mala praxis denunciada se sirve de la Resolución de 21 de enero de 2013 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

Por lo que se refiere al daño corporal, la perjudicada parte de la premisa de que el periodo de consolidación del proceso en el que se ha visto inmersa abarcaría un total de 831 días, iniciando su cómputo el día anterior al “15 de noviembre de 2010, cuando tiene lugar el ingreso hospitalario para la primera intervención quirúrgica”, y tomando como término final el día “24 de enero de 2013, fecha en la que, tras valoraciones por parte de los Servicios de Neurocirugía y de Cirugía de Vascular (...), se toma la decisión de no actuar quirúrgicamente para la extracción del cuerpo extraño”. De estos 831 días, 34 serían hospitalarios y 797 ambulatorios, de los cuales 752 se consideran como impeditivos, una vez descontados los 45 días que entiende hubieran sido necesarios si el posoperatorio hubiera cursado sin incidencia alguna. De esta forma, cifra lo reclamado por este concepto en 46.088,64 €.

Respecto al perjuicio funcional ocasionado por la permanencia de un cuerpo extraño en su organismo, afirma, con apoyo en el informe pericial que adjunta, que supone 21 puntos de secuelas, de los que 14 corresponderían a la “persistencia de un cuadro clínico derivado de la hernia discal L4-L5 sin operar” y 7 a lo que conceptualiza como “trastorno depresivo reactivo”. Todo ello conduce a que, aplicado el baremo citado, la indemnización por secuelas se eleve a la cantidad de 26.360,80 €, en la que incluye un 10% de factor de corrección por perjuicios económicos.

En cuanto al daño moral, la interesada, partiendo de la situación de riesgo a la que se ha visto abocada, “sobrevvenida por la existencia de un cuerpo extraño metálico situado en la proximidad de estructuras vasculares, y en relación a la repercusión funcional del estado clínico, habida cuenta que (...) con anterioridad a ser intervenida quirúrgicamente el día 15 de noviembre de 2010 desempeñaba las funciones laborales de limpiadora, lo cual supone la

existencia de una incapacidad permanente total para su profesión habitual”, hace una estimación que asciende a 80.000,00 €.

Lo expuesto la lleva a cuantificar la indemnización que solicita en un importe total de ciento cincuenta y dos mil cuatrocientos cuarenta y nueve euros con cuarenta y cuatro céntimos (152.449,44 €).

Adjunta copia de los siguientes documentos: a) Hoja de intervención quirúrgica de 15-11-2010. b) Informe de alta del Servicio de Neurocirugía de 16-11-2010. c) Informe de alta del Servicio de Cardiología de 06-05-2011. d) Informe del Servicio de Radiodiagnóstico, relativo a un TC de columna lumbar, de 06-10-2011. e) Informe de alta del Servicio de Neurocirugía de 11-10-2011. f) Informe de alta del Servicio de Neurocirugía de 31-10-2011. g) Informe del Servicio de Radiodiagnóstico, sobre un TC de columna lumbo-sacra con reconstrucción en los tres planos del espacio, de 23-04-2012. h) Informe del Servicio de Neurocirugía de 23-05-2012. i) Informe del Servicio de Neurocirugía de 19-06-2012. j) Informe de Neurofisiología Clínica de 25-07-2012. k) Informe de Neurofisiología Clínica de 26-07-2012. l) Informe del Servicio de Radiodiagnóstico, relativo a una angiografía TC abdomen y pelvis sin lateralidad, de 26-07-2012. m) Informes privados emitidos por un especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, de fechas 27-07-2012 y 30-07-2012. n) Informe de alta del Servicio de Neurocirugía de 25-08-2012. ñ) Informe del Área de Urgencias de 03-09-2012. o) Informe del Servicio de Radiodiagnóstico, sobre un TC de columna lumbo-sacra sin lateralidad, de 26-07-2012. p) Informe del Servicio de Cirugía Vasculard de 24-01-2013. q) Informe de alta del Servicio de Neurocirugía de 28-03-2013. r) Informe psiquiátrico emitido por una clínica privada, de 08-05-2013. s) Informe pericial, elaborado por un especialista en Medicina Legal y Forense el 15 de mayo de 2013.

**2.** Mediante escrito notificado a la interesada el 7 de junio de 2013, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios le comunica la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**3.** Con fecha 6 de junio de 2013, el Inspector designado para elaborar el informe técnico de evaluación solicita a la Gerencia del Área Sanitaria IV una copia de la historia clínica de la reclamante relativa al proceso de referencia y un informe del Servicio que dispensó la asistencia.

Mediante oficio de 14 de junio de 2013, el Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital ..... remite al Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios una copia de la historia clínica de la perjudicada, y el día 8 de julio de 2013 le envía el informe emitido por el Jefe del Servicio de Neurocirugía el 5 de ese mismo mes. En este último se indica que "la paciente presenta desde la intervención quirúrgica inicial episodios recurrentes de lumbociatalgia derecha. Las intervenciones realizadas posteriormente no han demostrado la existencia de recidiva herniaria y sí fenómenos de fibrosis peridural (respuesta cicatricial habitual del tejido conectivo)./ La fragmentación del instrumento quirúrgico que motivó el cuerpo extraño metálico es una complicación infrecuente, pero posible. La ubicación del mismo hace aconsejable repetir estudio de imagen periódicamente para controlarlo. En sí mismo no ha provocado clínica de ningún tipo hasta el momento, pero impide la realización de resonancias magnéticas que sería el estudio de elección./ En cuanto a la fibrosis posquirúrgica, existe abundante bibliografía al respecto".

**4.** El día 12 de julio de 2013, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, tras constatar que en la intervención quirúrgica a la que fue sometida la reclamante el día 15 de noviembre de 2010 "hubo una complicación intraoperatoria, consistente en (que) se rompió una de las patillas del discotomo o una punta de bisturí", y dejar constancia de que "el informe del Servicio no valora posibles causas de la rotura del material", concluye que "nos encontramos ante dos hechos diferentes. Por un lado, la mala evolución de la cirugía de la hernia discal, en la que se ha producido una reacción cicatricial dolorosa, pero en la que no existe mala práctica clínica ni conductas alejadas de la lex artis. Por

otro, la rotura de material quirúrgico que no es conveniente extraer y que lógicamente produce en la paciente un daño moral e impide la realización de exploraciones mediante RM. Lo que no podemos compartir es el criterio sostenido por el perito de la (...) reclamante (...) cuando afirma que la presencia del cuerpo extraño ha dado lugar, anudando una cosa y otra, a un alargamiento del proceso clínico con la necesidad de posteriores actuaciones quirúrgicas que no han resuelto la patología existente a nivel L4-L5./ Frente a esta afirmación es preciso señalar que la presencia del cuerpo extraño es un daño en sí mismo pero no guarda relación alguna con la mala evolución de la cirugía de la hernia discal. Se trata de un daño antijurídico que la paciente no tiene el deber jurídico de soportar, pero es un daño estrictamente moral, dado que no le ocasiona ningún tipo de clínica o alteración funcional. El propio perito de la reclamante manifiesta su incapacidad para cuantificar el quantum indemnizatorio y se limita a aplicar el baremo de tráfico y calcular la indemnización correspondiente por el tiempo de curación y los días impeditivos de la patología vertebral, estableciendo únicamente como nexo causal entre uno y otro la presencia de un cuerpo extraño cuando realmente está fuera de toda discusión que este no produce ninguna clínica./ Por tanto, consideramos que procede estimar parcialmente la reclamación y reconocer una indemnización por el daño moral ocasionado a la paciente, relativo a ser portadora de un cuerpo extraño metálico que genera una situación de riesgo. El daño moral se indemniza con una cantidad a tanto alzado, no siendo posible el uso de baremos al efecto”.

**5.** Mediante escritos de 29 de julio de 2013, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

**6.** El día 15 de septiembre de 2013, se incorpora al expediente el informe emitido a instancias de la compañía aseguradora, suscrito por tres especialistas en Neurocirugía. En él se concluye que “la indicación y técnica quirúrgica

empleada en todas las intervenciones ha sido correcta (...). La causa de recurrencia de lumbociática en esta paciente ha sido la aparición de fibrosis perirradicular (...). El tratamiento quirúrgico de la fibrosis perirradicular tiene un bajo índice de curación de lumbociática permanente (...). La rotura de un elemento del material quirúrgico que quede abandonado en una localización profunda es un suceso infrecuente, pero posible, para el que hay que evaluar el riesgo de retirada del fragmento frente a las complicaciones que este pueda causar. En esta paciente este fragmento está alojado en una localización inocua (...). El fragmento metálico abandonado no tiene relación alguna con los síntomas de lumbociática, ya que estos se deben exclusivamente a la fibrosis (...). La paciente no ha sufrido secuelas secundarias a su cirugía (...). Por todo lo anterior no consideramos justificada la reclamación”.

**7.** Figura en los folios 278 y 279 del expediente remitido un documento, sin fecha, en el que, bajo el título de “informe sobre valoración del daño”, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios, una vez valorada la documentación obrante en aquel, manifiesta su “acuerdo con el criterio expresado en el informe técnico de evaluación”. Precisa que “el daño moral se debe indemnizar con una cantidad a tanto alzado, no siendo posible el uso de baremos al efecto, por lo que se considera que debe ser fijada la cuantía indemnizatoria en nueve mil euros (9.000 €)”.

**8.** Mediante escrito notificado a la reclamante el 22 de noviembre de 2013, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Dentro del referido trámite, el día 3 de diciembre de 2013 comparece en las dependencias administrativas un letrado, en nombre y representación de la interesada, según acredita mediante poder notarial otorgado al efecto, y se le hace entrega de una copia de la documentación obrante en el expediente, compuesto en ese momento por doscientos setenta y nueve (279) folios, tal y como consta en la diligencia extendida al efecto.

Con fecha 2 de enero de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario comunica a la compañía aseguradora que ha transcurrido el plazo establecido para presentar alegaciones sin que se haya hecho uso de este derecho.

**9.** El día 10 de enero de 2014, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en el sentido de estimar parcialmente la reclamación formulada, estableciendo el importe de la indemnización que procede abonar en 9.000,00 €.

**10.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de enero de 2014, 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 Sanidad, 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.-** Al examinar los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, procede analizar en primer término si la reclamación ha sido ejercitada dentro del plazo establecido al efecto; aspecto no considerado de manera expresa por la interesada al momento de formularla ni por la Administración frente a la que se reclama en la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración.

En relación con este plazo, 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”. Así las cosas, si tenemos en cuenta que en el presente supuesto el hecho generador de los daños cuya indemnización se pretende se remonta al 15 de noviembre de 2010 -fecha en la que le fue practicada a la perjudicada una intervención quirúrgica en el curso de la cual quedó alojado un cuerpo extraño procedente del material quirúrgico empleado en el espacio operado-, y que tal circunstancia fue conocida por ella al día siguiente, esto es, el 16 de noviembre de 2010 -al entregársele el informe de alta en el que figura recogida expresamente dicha incidencia-, resulta obvio que una eventual respuesta positiva a la cuestión examinada -pertinencia del plazo de la reclamación presentada el día 28 de mayo de 2013- solamente es posible si nos situamos en la perspectiva de la manifestación de los efectos lesivos de la complicación quirúrgica finalmente materializada.

A este respecto, y prescindiendo en este concreto momento de un mejor y más pormenorizado examen sobre los eventuales efectos lesivos que para la salud de la reclamante se podrían derivar de manera directa de la complicación

quirúrgica constatada, resulta indudable, por haber quedado acreditado así en el expediente y ser admitido por la Administración sanitaria frente a la que se reclama, que la presencia del cuerpo extraño metálico alojado en el espacio operado ha venido produciendo por sí solo y desde el primer momento el efecto de que a la interesada, y en orden al estudio y determinación del posterior tratamiento de su dolencia base, no le pueda ser aplicada la técnica de la resonancia magnética, que, tal y como reconoce la propia Administración, hubiera sido "el estudio de elección".

Con estos antecedentes, teniendo en cuenta que la limitación de recursos terapéuticos que se deriva de la situación a la que se ha visto abocada la perjudicada conduce a que la misma deba ser sometida a controles permanentes mediante la repetición de estudios de imagen periódicos, y tomando como referencia la fecha del 24 de enero de 2013, en la que el Servicio de Cirugía Vasculat, a la vista de los últimos antecedentes del caso, concluye que "la mejor actitud es la observación de la paciente (...), rechazándose (...) la actitud quirúrgica", debemos entender que la reclamación se formuló dentro del plazo legalmente determinado, al no haber transcurrido un año entre la indicada fecha y el día en que se presentó la misma -28 de mayo de 2013-.

**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 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.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, 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.-** La interesada pretende ser indemnizada por los daños y perjuicios sufridos y las secuelas subsiguientes que entiende derivados de la intervención a la que fue sometida el día 15 de noviembre de 2010, en el curso de la cual uno de los materiales quirúrgicos empleados sufrió una rotura quedando alojado en el espacio operado sin posibilidad de extracción. A efectos de su indemnización, la perjudicada distingue entre los daños y perjuicios de naturaleza corporal, con las consiguientes secuelas, que estima en la cantidad global de 72.449,44 €, y los daños morales que se derivan de la situación de riesgo sobrevenida como consecuencia de la permanencia de un cuerpo extraño metálico alojado en su cuerpo, que cifra en 80.000 €, interesando ser indemnizada en la cantidad total de 152.449,44 €.

La Administración sanitaria reconoce la complicación quirúrgica que se manifestó, a la que expresamente conceptúa como daño antijurídico que la perjudicada no tiene obligación de soportar, y propone la estimación parcial de su reclamación, pero entiende que la presencia del cuerpo extraño metálico alojado en el espacio operado no guarda relación alguna con la posterior evolución de la dolencia de base que motivó la intervención. En estas

condiciones, y reconociendo la producción de un daño moral a la reclamante, propone indemnizarla, por este único concepto, en la cantidad de 9.000 €.

Planteada la cuestión en los términos expuestos, y resultando sobradamente probado que en el curso de la intervención quirúrgica a la que fue sometida la interesada el día 15 de noviembre de 2010 se produjo la rotura de “una de las patillas del discotomo o una punta de bisturí”, y que desde tal fecha las diferentes exploraciones llevadas a cabo han confirmado la permanencia en el espacio operado de “un cuerpo extraño metálico de unos 15 mm” por delante del espacio L5-S1, ha de darse por acreditada la efectividad de alguno de los daños alegados, sin perjuicio de la valoración que quepa efectuar en el caso de que se concluyese que concurren los requisitos legales para una declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En todo caso, la mera constatación de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado surgido 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 el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

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

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.

Aplicado lo anterior al presente supuesto, debemos comenzar por indicar que la propia Administración reconoce que la presencia de un cuerpo extraño metálico alojado en el espacio operado se debe al hecho de la rotura del material quirúrgico empleado -por una razón que este Consejo no puede entrar a analizar, pues se trata de un aspecto no examinado en ninguno de los informes obrantes en el expediente-, circunstancia que califica de una violación de la *lex artis ad hoc*. Asociado a tal hecho, la misma Administración también admite que la interesada no puede someterse a la técnica diagnóstica de la resonancia magnética -que, tal y como sostienen los propios servicios sanitarios, hubiera sido "el estudio de elección" para su patología de base-.

A la violación de la *lex artis* reconocida por la Administración, este Consejo Consultivo considera que cabe vincular causalmente dos daños efectivos: en primer lugar, un daño moral directamente asociado al temor creado por la situación de riesgo sobrevenida como consecuencia de la permanencia de un elemento extraño metálico en el cuerpo de la reclamante y, en segundo lugar, el que se concreta en una limitación cierta de los recursos diagnósticos que pueden emplearse con esta paciente, no solo en relación con el estudio preciso de sus dolencias actuales, sino también de otras enfermedades que le aquejen en el futuro.

Sin embargo, el análisis de una eventual relación de causalidad entre la complicación quirúrgica constitutiva de una infracción de la *lex artis* y los daños corporales alegados por la reclamante presenta mayores dificultades. Para su examen hay que partir del dato de que la evolución de la dolencia de base que

motivó la intervención no parece haber conducido al deseable restablecimiento de la integridad de la salud de la perjudicada, que adolece, aún en la fecha actual, de persistencia de dolor lumbociático.

A estos efectos, la interesada conceptúa como daño corporal indemnizable el derivado de lo que su perito califica como "periodo de consolidación del proceso", en concreto el que va desde el día de la intervención quirúrgica -15 de noviembre de 2010- al 24 de enero de 2013 -en que el Servicio de Cirugía Vascular, a la vista de los últimos antecedentes del caso, concluye en que "la mejor actitud es la observación de la paciente (...), rechazándose (...) la actitud quirúrgica"-.

Por su parte, la Administración sanitaria propone la desestimación de la reclamación en lo que se refiere al daño corporal, argumentando que la presencia del cuerpo extraño metálico alojado en el espacio operado no guarda relación alguna con la posterior evolución observada en la dolencia de base que motivó la intervención quirúrgica, toda vez que no ha desarrollado patología de ningún tipo.

Así las cosas, y en orden a centrar adecuadamente la materia ahora estudiada, hemos de tener presente que en asuntos como el que nos ocupa, en el que nos encontramos con un funcionamiento anormal de la Administración sanitaria contrario, como hemos razonado, a *lex artis ad hoc*, que ya de por sí y por lo pronto determina un reconocimiento de responsabilidad patrimonial en orden a la indemnización de algunos de los daños causados, la regla aplicable en la generalidad de los supuestos de reclamaciones patrimoniales de carácter sanitario, conforme a la cual recae sobre el particular la carga de acreditar que tal irregular proceder ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama, se invierte, de forma tal que en estos casos excepcionales es a la propia Administración sanitaria frente a la que se reclama a la que cumple acreditar la falta de nexo causal entre los daños y perjuicios reclamados y el anormal funcionamiento constatado, todo ello por una elemental aplicación del principio jurisprudencial, sólidamente establecido, de posibilidad y facilidad probatoria, lo que, aplicado a la cuestión examinada, nos obliga a plantearnos si los diferentes informes incorporados al expediente

permiten a este Consejo concluir, tal y como entiende la Administración, que hay ausencia de nexo causal directo e inmediato entre los daños corporales reclamados, esto es, la persistencia de dolor lumbociático con origen en fibrosis radicular que aún en la fecha actual padece la reclamante, y la complicación quirúrgica materializada el día 15 de noviembre de 2010.

Al respecto, conviene tener presente como punto de partida que, tal y como reconoce de manera expresa el informe pericial que adjunta la reclamante a su escrito inicial, cuando a la perjudicada le fue diagnosticada la hernia discal L4-L5 para la que se le pautó tratamiento quirúrgico ya presentaba "antecedentes de cervicalgias y lumbalgias crónicas".

Por lo demás, todos los informes incorporados por la Administración al expediente concluyen, a la vista de las reiteradas exploraciones y estudios realizados a la reclamante con posterioridad a la complicación quirúrgica, que el objeto metálico roto y alojado en el espacio operado no ha producido hasta la fecha clínica ni patología alguna.

Así, en el informe del Servicio de Cirugía Vasculat de 24 de enero de 2013, que sirve de base a la propia reclamante a efectos de poner término al "periodo de consolidación del proceso", se afirma que "dicho objeto metálico está alojado en la misma situación desde al menos el día 16-11-2010, es decir año y medio antes, sin que por ello se haya producido alteración alguna derivada del mismo".

En idéntica línea, el informe emitido por el Jefe del Servicio de Neurocirugía el 5 de julio de 2013 indica, respecto a la complicación surgida, que "la exploración neurológica es incongruente con el nivel lesional (S1 derecha), ya que refiere un déficit motor y sensitivo que no es coherente con ese nivel metamérico. Se le han solicitado nuevos estudios de imagen y neurofisiológicos. Seguirá controles periódicos en nuestra consulta./ En resumen, la paciente presenta desde la intervención quirúrgica inicial episodios recurrentes de lumbociatalgia derecha. Las intervenciones realizadas posteriormente no han demostrado la existencia de recidiva herniaria y sí fenómenos de fibrosis peridural (respuesta cicatricial habitual del tejido conectivo)./ La fragmentación del instrumento quirúrgico que motivó el cuerpo

extraño metálico es una complicación infrecuente, pero posible. La ubicación del mismo hace aconsejable repetir estudio de imagen periódicamente para controlarlo. En sí mismo no ha provocado clínica de ningún tipo hasta el momento, pero impide la realización de resonancias magnéticas que sería el estudio de elección./ En cuanto a la fibrosis posquirúrgica, existe abundante bibliografía al respecto”.

Con mayor detalle, en el informe técnico de evaluación se señala que “no ha habido recidiva herniaria, pero sí fenómenos de fibrosis peridural (respuesta cicatricial habitual del tejido conectivo) que constituye una de las complicaciones más frecuentes posquirúrgicas de la cirugía de hernia discal. Después de toda intervención quirúrgica se produce siempre la formación de tejido cicatricial alrededor de la raíz nerviosa operada y su implicación en la recidiva del dolor radicular es un tema ampliamente discutido”. Más adelante, se concluye que “lo que no podemos compartir es el criterio sostenido por el perito de la (...) reclamante (...) cuando afirma que la presencia del cuerpo extraño ha dado lugar, anudando una cosa y otra, a un alargamiento del proceso clínico con la necesidad de posteriores actuaciones quirúrgicas que no han resuelto la patología existente a nivel L4-L5./ Frente a esta afirmación es preciso señalar que la presencia del cuerpo extraño es un daño en sí mismo, pero no guarda relación alguna con la mala evolución de la cirugía de la hernia discal. Se trata de un daño antijurídico que la paciente no tiene el deber jurídico de soportar, pero es un daño estrictamente moral, dado que no le ocasiona ningún tipo de clínica o alteración funcional. El propio perito de la reclamante manifiesta su incapacidad para cuantificar el quantum indemnizatorio y se limita a aplicar el baremo de tráfico y calcular la indemnización correspondiente por el tiempo de curación y los días improductivos de la patología vertebral, estableciendo únicamente como nexo causal entre uno y otro la presencia de un cuerpo extraño cuando realmente está fuera de toda discusión que este no produce ninguna clínica”.

Finalmente, coincidiendo también con los anteriores, el informe suscrito por los especialistas en Neurocirugía deja constancia de que, “según la bibliografía científica, los pacientes intervenidos de hernia discal lumbar pueden

requerir reintervención hasta en un 11% de los casos, siendo la fibrosis radicular una de las causas más frecuentes” y la “responsable de la persistencia del dolor lumbociático”. Sostiene que “el fragmento metálico abandonado es completamente inocuo” y concluye que “la causa de recurrencia de lumbociática en esta paciente ha sido la aparición de fibrosis perirradicular (...). El tratamiento quirúrgico de la fibrosis perirradicular tiene un bajo índice de curación de lumbociática permanente (...). La rotura de un elemento del material quirúrgico que quede abandonado en una localización profunda es un suceso infrecuente, pero posible, para el que hay que evaluar el riesgo de retirada del fragmento frente a las complicaciones que este pueda causar. En esta paciente este fragmento está alojado en una localización inocua (...). El fragmento metálico abandonado no tiene relación alguna con los síntomas de lumbociática, ya que estos se deben exclusivamente a la fibrosis (...). La paciente no ha sufrido secuelas secundarias a su cirugía”.

En tales condiciones, partiendo de la coincidencia que se observa en todos los informes obrantes en el expediente en orden a descartar de manera rotunda que hasta la fecha la presencia del objeto metálico alojado en el espacio operado a la reclamante haya desarrollado patología ni clínica de ningún tipo, y que, en consecuencia, la persistencia de dolor lumbociático con origen en fibrosis radicular -que se añade a las lumbalgias crónicas que, como reconoce el perito de la reclamante, esta ya presentaba con anterioridad a la intervención quirúrgica a la que fue sometida- no guarda relación directa de causa a efecto con la complicación quirúrgica que se manifestó, sin que tales informes, de los que tuvo perfecto conocimiento la perjudicada a través de su comparecencia en el trámite de audiencia, hayan sido objeto de cuestionamiento alguno por su parte, este Consejo considera que en lo relativo al daño corporal la reclamación ha de ser desestimada, al no apreciar la necesaria vinculación entre el mismo y la complicación quirúrgica que surgió.

**SÉPTIMA.-** El carácter parcialmente estimatorio de la conclusión alcanzada en cuanto a la indemnización del daño moral causado y reconocido hace necesario concretar su *quantum* indemnizatorio.

La reclamante, a pesar del reconocimiento expreso por parte del perito por ella misma designado de la falta de conocimientos precisos para la cuantificación del daño moral, lo valora acudiendo a la tabla IV de la Resolución de 21 de enero de 2013 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en la cantidad de 80.000 €. Afirma, al respecto, que la situación de riesgo a la que se ha visto abocada, "sobrevvenida por la existencia de un cuerpo extraño metálico situado en la proximidad de estructuras vasculares, y en relación a la repercusión funcional del estado clínico, habida cuenta que (...) con anterioridad a ser intervenida quirúrgicamente el día 15 de noviembre de 2010 desempeñaba las funciones laborales de limpiadora (...), supone la existencia de una incapacidad permanente total para su profesión habitual".

Por su parte, la Administración entiende, en relación con el daño moral que reconoce causado, que respecto del mismo no resulta posible el uso de baremos, y fija su cuantía "a tanto alzado" en la cantidad de 9.000 €.

El planteamiento que sobre esta cuestión hace la reclamante debe ser rechazado, pues, habiendo concluido que la complicación quirúrgica constatada no ha originado patología ni clínica de ningún tipo, difícilmente resulta admisible que de la misma pueda derivar un estado clínico que produzca una incapacidad permanente total para la profesión habitual de la perjudicada, lo que, por otro lado, no se ha documentado en el expediente.

En estas condiciones, a la vista de la naturaleza del perjuicio causado, que imposibilita la aplicación al mismo del baremo alegado por la interesada, y a falta de otros criterios que permitan cuantificarlo objetivamente, este Consejo, disintiendo de la concreta cuantía propuesta por la Administración, estima como más razonable y prudente dejar establecida la misma en la cantidad de veinticinco mil euros (25.000 €) en atención a las circunstancias concurrentes. En primer lugar, la edad de aquella -43 años en la fecha en que se materializó la complicación- y, en segundo lugar, que deberá afrontar un futuro en el que la sola presencia del cuerpo extraño metálico condiciona, como hemos visto, la posibilidad de que le sea practicada una técnica diagnóstica habitual y de alto grado de precisión, como es la resonancia magnética. Pero, también hemos considerado a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria que la

reclamante puede ver condicionadas otras expectativas vitales -de trabajo o de cualquier otra índole- ante la convicción subjetiva de que se produzca una migración del elemento metálico, con el riesgo asociado de lesionar alguna estructura anatómica. Y, aunque no existe prueba de que tal circunstancia se haya producido, no podemos desconocer que el miedo o la incertidumbre -pese a su componente subjetivo- están justificados en este caso, dado que parten del dato objetivo de la presencia de un cuerpo metálico puntiagudo próximo a estructuras neurológicas de extraordinaria importancia.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a ..... en la cantidad de veinticinco mil euros (25.000 €).”

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.