

Expediente Núm. 60/2014
Dictamen Núm. 167/2014

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 17 de julio 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 27 de febrero de 2014 -registrada de entrada el día 6 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 12 de julio de 2012, el interesado presenta en un registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias (Sespa) una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos, que atribuye a la asistencia dispensada en un hospital público.

Expone que “en el año 2006” comenzó a “sentir dolor cervical”, acompañado desde el año 2011 por “pérdida de fuerza en ambos brazos y

parestias en el 1º y 2º dedo de la mano izquierda”, por lo que acudió al Servicio de Traumatología de dos hospitales distintos. Detectada mediante resonancia magnética “fractura de 1/3 medio de apófisis odontoides, no consolidada, angulada, con un pequeño hematoma a nivel subligamentario que provoca estenosis severa del agujero magno y una mielopatía comprensiva muy importante de la unión medular”, fue remitido a un tercer hospital, en el que tras realizar diversas pruebas se indicó “la realización de una artrodesis” a nivel de la “primera y segunda vértebra cervical”.

Llevada a cabo la intervención el día 30 de junio de 2011, consistente en “fijación de la apófisis espinosa C1-C2 mediante un alambre, así como aportación de injertos óseos a dicho nivel”, se inició “en el postoperatorio inmediato” “clínica de tetraparesia” ante la que se realizó “RNM de urgencia”, que reveló “imagen bien delimitada de aspecto quístico, hiperintensa que comprime médula, produciendo una alteración de la señal que se extiende desde la unión bulbo medular hasta la altura del cuerpo de C2 mal definida, que parece corresponder con edema por la comprensión de la lesión quística descrita anteriormente”, precisando que “dicha lesión quística ya estaba presente en el estudio de la RBM aunque en menor intensidad./ A la vista de estas circunstancias”, prosigue, “ese mismo día 30-06-2011 se procede a una extracción o retirada del material de cerclaje C1-C2, así como” de los injertos “a dicho nivel”, inmovilizando al paciente “con un corsé tipo Somi”; practicada “nueva EMG, el 13-07-11” “se informó de `alteración en forma de retraso en las conducciones de las vías motoras y somato sensoriales, a nivel superior a C5 en probable relación con compromiso a dicho nivel´”.

Manifiesta que de habersele “intervenido correctamente, me hubiera quedado como secuela, tan solo, una leve limitación funcional”, pero que “lo cierto es que entré al quirófano, sintiendo por todo problema, una sensación de hormigueo en dos dedos, y debido a la negligencia de los cirujanos que me intervinieron, quienes carecían de la experiencia necesaria en este tipo de intervenciones y tampoco eran los especialistas adecuados, ahora estoy imposibilitado hasta para valerme por mí mismo, pues no puedo realizar los

actos más esenciales de la vida, de hecho el propio INSS me reconoció de oficio una invalidez permanente absoluta en fecha 13 de abril de 2012". Señala que siguió rehabilitación hospitalaria en el periodo comprendido entre el 29 de julio de 2011 y el 26 de septiembre de 2011, fecha del alta con diagnóstico de "tetraparesia Asia D-C6 por síndrome centro medular".

Transcribe a continuación el contenido del informe de fecha 10 de enero de 2012 del Servicio de Traumatología del hospital al que imputa la negligencia, en el que se indica que "estando pendiente de la resolución quirúrgica definitiva, consistente en la osteosíntesis de apófisis de odontoides con liberación del arco posterior de C1-C2, exéresis del quiste retrodonteido y artrodesis occipito-cervical", el enfermo, "dada la rareza y gravedad de su patología, solicitó otras opiniones médico-quirúrgicas en otros centros donde presentan una mayor experiencia en este tipo de procesos. Dado que no hemos tenido ningún caso como este con anterioridad en este Servicio (COT) y dada la gravedad de las posibles complicaciones quirúrgicas, ante la petición del enfermo de ser intervenido en otro centro con mayor experiencia en esta patología, consideramos oportuna la posibilidad de ser valorado y tratado por otro servicio, donde presentan una mayor casuística".

Con base en tales afirmaciones, el reclamante sostiene que "la negligente actuación del Sespa no solo se limitó a practicar una intervención quirúrgica (...) sino que continúa, al no proveerme del centro sanitario y equipo médico adecuado, para practicar la tercera intervención, que se precisaba a la mayor urgencia." Explica que "dada la necesidad" de "solucionar el problema existente" había consultado a "la Clínica", que había respondido afirmativamente a su solicitud de intervención, pero que la Dirección de Servicios Sanitarios del Principado de Asturias no autorizó el tratamiento al no ser aquél un centro del Sistema Nacional de Salud, habiéndose "intentado la derivación" a un hospital público catalán en el que existía una "larga lista de espera".

Finalmente, fue intervenido en el Hospital Clínico, "realizándose una artrodesis occipito-cervical con anclajes en el área occipital posterior y con

tornillos transpediculares entre C2 y C4, así como una resección del arco posterior de C1”, siendo su evolución postoperatoria satisfactoria.

Adjunta diversa documentación, entre la que se encuentran informes médicos, y facturas emitidas por la clínica privada en la que fue intervenido, así como otras relativas a gastos de locomoción por desplazamientos a dicho centro.

Solicita una indemnización total ascendiente a trescientos treinta mil euros (330.000 €), de los que la cantidad de trescientos mil (300.000) corresponde a los daños y secuelas sufridos, mientras que los treinta mil euros restantes derivan de “los costes de la intervención que por motivos de urgencia y procedencia se me practicó en Navarra”.

2. Con fecha 19 de julio de 2012, el Área de Reclamaciones del hospital al que se imputa la actuación remite copia de la historia clínica del perjudicado.

Con fecha 25 de julio, el centro remite informe de alta en el Servicio de Rehabilitación, fechado en el mes de septiembre de 2011.

3. Mediante escrito notificado el día 31 de julio de 2012, el Coordinador del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica al reclamante 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 del silencio administrativo.

4. Con fecha 19 de octubre de 2012, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita al Servicio de Gestión de Prestaciones del Sespa “documentación relacionada con la canalización de este usuario fuera de la Comunidad Autónoma para el tratamiento de su patología”, así como “copia de la resolución de la Gerencia del Sespa en relación con un reintegro de gastos presentado” por el reclamante.

5. En la misma fecha, el Servicio del Área de Reclamaciones remite informe emitido el día 8 de octubre de 2012 por el Servicio de Traumatología, en el que

se reitera el contenido del obrante en la historia clínica, datado el 10 de enero de ese año y aportado por el reclamante, añadiéndose a la descripción de la intervención realizada que “desde el momento en que el enfermo solicitó consulta en otro centro, nosotros no hemos tenido más relación con el paciente, no sabiendo la evolución del mismo, tanto si fue tratado en otro centro o continúa con tratamiento ortopédico”.

6. Con fecha 29 de octubre de 2012, el Servicio de Gestión de Prestaciones del Sespa remite copia de la Resolución denegatoria de reintegro de gastos al reclamante por asistencia sanitaria en centro privado, datada el día 26 de abril de 2012.

En la misma se expone que “de la documentación aportada se desprende que el paciente opta por propia voluntad y de forma unilateral por la medicina privada, acudiendo a un centro hospitalario privado para ser intervenido quirúrgicamente de forma programada, mientras estaba siendo atendido” en un hospital público, no concurriendo la situación de urgencia vital prevista en la normativa aplicable.

Con fecha 30 de octubre de 2012, el mismo Servicio remite copia de la documentación relacionada con la canalización del perjudicado fuera de la Comunidad Autónoma para el tratamiento de su patología; en la misma consta que la derivación a otro hospital público fue “desestimada por este centro debido a la excesiva lista de espera”.

7. Con fecha 19 de noviembre de 2012, el Coordinador de Régimen Disciplinario y Responsabilidad Patrimonial acuerda suspender el procedimiento en tanto recaiga resolución judicial firme frente a la reclamación de reintegro de gastos médicos presentada por el afectado, advirtiéndose que contra dicha Resolución no cabe recurso alguno, al ser un acto de trámite.

Contra esta Resolución, el reclamante presenta recurso de alzada con fecha 18 de diciembre de 2012.

8. Con fecha 14 de enero de 2013, el reclamante comparece personalmente y manifiesta conferir su representación a una letrada.

En la misma fecha, la Letrada actuante presenta escrito en el que declara renunciar a reclamar en el procedimiento de responsabilidad patrimonial la cantidad correspondiente a los gastos correspondientes a la atención prestada en una clínica privada, solicitando asimismo copia del expediente, que le es facilitada.

9. Con fecha 2 de abril de 2013, la representante del reclamante solicita el levantamiento de la suspensión del procedimiento instruido.

10. Con fecha 15 de abril de 2013, el Servicio Jurídico del Sespa remite copia de la Sentencia de 4 de abril de 2013, del Juzgado de lo Social N.º 6 de Oviedo, en la que se estima parcialmente la demanda presentada por el reclamante, condenando al Sespa a abonar al mismo la cantidad de 23.730,28 € en concepto de reintegro de gastos devengados como consecuencia de la intervención quirúrgica llevada a cabo en una clínica privada y gastos derivados de la misma.

En su Fundamento Jurídico Primero, se expone que “el Sespa fue perfecto conecedor de la intención del demandante de intervenir en la Clínica, centro que fue también el recomendado por el COT, y realizando la intervención más de siete meses después” de la realizada por el Sespa, “habiendo permanecido durante todo ese tiempo con la ortesis colocada ante el riesgo de desplazamiento de la columna cervical./ No se trataba, por tanto, de una demora derivada de la existencia de una lista de espera, ni de que sea una prestación no cubierta por la cartera de servicios comunes, ni que sea una intervención que no pueda realizarse en centros pertenecientes al SPS, ya que de hecho en el Hospital de Barcelona sí podría haberse llevado a cabo la misma, sino que ante la negativa de este a admitir al demandante, no se le dio” al mismo “otra opción alternativa (...), aun cuando ello conllevara una cierta demora, por lo cual no resultaba admisible el dejar al demandante en una situación de indefinición de

manera indeterminada con una patología susceptible de producir graves daños y con una ortesis colocada de manera permanente”.

11. Con fecha 22 de abril de 2013, el Inspector encargado emite el Informe Técnico de Evaluación. En el mismo señala, en primer lugar y en cuanto al grado de estabilización de las lesiones, que “el paciente presenta actualmente la sintomatología propia de la mielopatía cervical que padece, consistente en disestesias y parestesias en pies, y más acusadas en las manos, lo que limita sus actividades manuales” y ha provocado la “declaración de invalidez permanente absoluta”, por lo que afirma que las lesiones “tienen carácter definitivo”.

En cuanto a las consideraciones médicas, explica que “las fracturas de la apófisis odontoides” no implican para la mayoría de pacientes el sufrimiento de “daños neurológicos”, aunque sí pueden ser potencialmente graves e incluso provocar la muerte, añadiendo que “tampoco es infrecuente la aparición de una mielopatía cervical semanas o meses después”; se describen, a continuación, los métodos terapéuticos (“directos e indirectos”) existentes para el tratamiento de la patología.

Con base en los datos obrantes en el expediente, concluye: “1. Lo manifestado por el reclamante acerca de la clínica que presentaba antes de ser intervenido por los servicios médicos del Sepsa no responde a la realidad, pues no se limitaba, como asegura, a una mera sensación de hormigueo en dos dedos. Esta disestesia localizada fue sólo un síntoma de comienzo que luego se extendería al resto de la mano izquierda. El paciente refería sentir además una descarga de ritmo mecánico, como hormigueos, en las nalgas y en 2º, 3º y 4º dedos, y al mover la cabeza decía notar una especie de calambres por el miembro superior izquierdo y en la región posterior de la cabeza. Señalaba también que al hacer movimientos bruscos notaba una corriente que desde la zona occipital irradiaba hasta el miembro inferior izquierdo. Así pues, el paciente presentaba antes de la cirugía una clínica muy florida, sugestiva de mielopatía cervical./ 2. Manifiesta también el reclamante que los cirujanos del Sepsa que le intervinieron no eran los adecuados y carecían de experiencia para operarle, lo

que tampoco es cierto. El paciente, como habían puesto en evidencia una resonancia y un TAC, presentaba una fractura de la apófisis odontoides, lesión propia de la casuística de los servicios de Traumatología y más concretamente de una unidad específica como la de Patología del Raquis, de referencia en nuestra Comunidad Autónoma./ 3. No puede hablarse de error diagnóstico en este caso, pues, como habían demostrado los distintos estudios de imagen previos, el paciente efectivamente presentaba una fractura de odontoides inveterada. Presentaba además un quiste retrodontoideo al parecer de origen traumático, que las pruebas efectuadas antes de la cirugía no consiguieron poner de manifiesto. En los informes” de la clínica privada en la que fue operado “obra como antecedente un golpe en la parte posterior de la cabeza, sufrido dos años antes que le había ocasionado una parálisis e hipostesia de las cuatro extremidades, y que curiosamente no había referido a los facultativos del Sespa./ 4. La cirugía de estabilización de la columna cervical alta a la que el reclamante fue sometido por los servicios médicos del Sespa, a la luz de la clínica y de los hallazgos radiográficos, estaba indicada, como también lo estaba la técnica quirúrgica utilizada. Evidentemente, la cirugía se efectuó sin conocer la presencia de una lesión -el quiste retrodontoideo-, que había pasado desapercibido en los estudios de imagen previos, y que motivó un conflicto de espacio en la zona y la aparición de las complicaciones descritas más arriba, contempladas en el documento de consentimiento informado que el reclamante hubo de firmar antes de la intervención./ 5. La actuación de los facultativos intervinientes fue pronta y eficaz, pues nada más advertir la sintomatología de compresión medular, extrajeron inmediatamente el material de osteosíntesis y los injertos óseos, y colocaron una minerva para estabilizar la columna cervical alta, a la espera de una solución quirúrgica definitiva en un centro con una mayor experiencia y casuística. Calificar su actuación de negligente, como el reclamante sugiere de forma reiterada, amén de poco afortunado, no es cierto./ 6. Las importantes secuelas que el reclamante sufre actualmente son consecuencia de la severidad de su patología, no de haber sido sometido a dos intervenciones supuestamente innecesarias, ya que después de esta cirugía el

paciente aquejaba la misma clínica que antes. Su afirmación sobre la mínima limitación funcional que tendría actualmente de haber sido operado correctamente desde el primer momento, no es más que una mera suposición sin apoyo científico alguno”.

Atendiendo a lo expuesto, propone la desestimación de la reclamación.

12. Con fecha 10 de mayo de 2013, el Jefe del Servicio Jurídico solicita la remisión el expediente administrativo para su envío al Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, al haber interpuesto el interesado recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de su reclamación de responsabilidad patrimonial; consta la remisión de la documentación solicitada el día 17 de mayo de 2013.

13. Con fecha 21 de octubre de 2013, una asesoría médica emite, a instancia de la compañía aseguradora del Sespa, dictamen suscrito por tres especialistas en Neurocirugía. En ella, tras efectuar diversas consideraciones médicas, formulan las siguientes conclusiones: “1. La indicación de cirugía cervical era correcta./ 2. La técnica quirúrgica utilizada era correcta y es una más de las diferentes opciones que se describen en la literatura científica. Cada cirujano utiliza una técnica de acuerdo al caso a tratar y a su propia experiencia con los diferentes sistemas de artrodesis cervicales disponibles en el mercado./ 3. La reintervención realizada al paciente de retirar el sistema de fijación cervical fue correcta. De hecho el paciente mejoró tras esta cirugía./ 4. También fue correcto dejar para un segundo estadio la realización de una laminectomía cervical y colocación de un implante posterior de fijación céfalo-occipital./ 5. En el caso de haber realizado una laminectomía cervical, además de la retirada de la fijación en la cirugía de urgencia, el segmento cervical C1-C2 se hubiera desestabilizado peligrosamente, por lo que hubiera sido necesario colocar un sistema de fijación occipito cervical en ese mismo momento. Esta técnica quirúrgica debe realizarla alguien con experiencia en estos sistemas y además el material tiene que estar disponible en el hospital./ 6. El tratamiento médico y quirúrgico de este tipo de

fractura de odontoides es controvertido, existen diferentes indicaciones y técnicas quirúrgicas, cada una con sus ventajas e inconvenientes. Cada cirujano debe utilizar aquella con la que tenga mayor experiencia y de acuerdo al caso clínico en cuestión”.

14. Mediante escrito notificado al interesado el 23 de diciembre 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.

Consta la personación de la representante el día 8 de enero de 2014, para la vista del expediente.

15. El día 11 de febrero de 2014, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios, emite propuesta de resolución desestimatoria. En ella se afirma que “en el caso que nos ocupa, ha quedado acreditado que la cirugía de estabilización de la columna cervical realizada” en el Hospital “era correcta, así como la técnica quirúrgica empleada, que es una más entre las diferentes opciones existentes, correspondiendo al cirujano actuante elegir aquella con la que esté más familiarizado y cuente con una mayor experiencia. La complicación aparecida no fue debida a una conducta poco diligente de los profesionales intervinientes, sino que constituye uno de los riesgos típicos del procedimiento de instrumentación de la columna y artrodesis cervical y, como tal, está contemplado en el documento de consentimiento informado suscrito por el reclamante. La rápida y eficaz actuación de los profesionales fue decisiva para solventar esta complicación y estabilizar provisionalmente la columna, siendo también correcto y adecuado diferir la definitiva estabilización quirúrgica a un momento posterior y en un centro especializado, con una mayor experiencia y una más amplia casuística en el tratamiento de este tipo de lesiones.”

16. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de febrero 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.

17. Con fecha 8 de abril de 2014, el Presidente del Consejo Consultivo solicita de conformidad con lo previsto en el artículo 37.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de dicho órgano, la emisión de informe “por quien corresponda” “en el que se dé respuesta al planteamiento efectuado en la reclamación, en cuanto a si la previa y conocida existencia de un quiste retroodontoideo condicionó el surgimiento de las `complicaciones (...) contempladas en el documento de consentimiento informado’, tal y como se afirma en el Informe Técnico de Evaluación”, aclarando igualmente “si su presencia fue tenida en cuenta para la determinación de la primera intervención llevada a cabo el día 30 de junio de 2011 (cirugía de estabilización de la columna cervical alta)”.

Mediante escrito de 21 de mayo de 2014, registrado de entrada el día 13 de junio en este Consejo, un Médico Adjunto del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del hospital implicado emite informe en el que afirma, en primer lugar, que “sí, pudo condicionar la aparición de complicaciones contempladas en el documento de consentimiento informado”, y, en segundo, que “la presencia de dicho quiste sí fue tenida en cuenta a la hora de seleccionar la técnica quirúrgica para la estabilización de la columna cervical a la que fue sometido el paciente”.

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 el interesado activamente legitimado para reclamar, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que motivaron la reclamación, pudiendo actuar por medio de representante acreditado en virtud de comparecencia personal del perjudicado al efecto.

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 12 de julio de 2012; habiendo recibido el alta en el Servicio de Rehabilitación el día 16 de septiembre de 2011, es claro que fue formulada aquella 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.

Sin embargo, observamos que el informe del servicio responsable, el Servicio de Traumatología del hospital al que se atribuye la deficiente asistencia, se limita a reproducir el contenido de un informe anterior del mismo departamento (en concreto, el emitido por el mismo profesional con fecha 10 de enero de 2012), sin cumplir por tanto su finalidad propia, que no es otra que la de contribuir a la finalidad de la instrucción, que a su vez debe proporcionar al órgano competente para resolver los elementos de juicio imprescindibles para dictar una resolución acertada. No obstante, teniendo en cuenta los datos obrantes en la historia clínica, los informes recabados en el curso de la instrucción -que analizaremos en la consideración sexta-, y pese a lo escueto del escrito aclaratorio remitido a este Consejo en virtud de la solicitud cursada al efecto, en los términos descritos en los antecedentes de hecho, entendemos que la retroacción del procedimiento no es necesaria, pues todos ellos facilitan elementos de decisión suficientes para alcanzar un pronunciamiento en el presente supuesto.

Por otra parte, advertimos que no procedía la suspensión del procedimiento por la pendencia del procedimiento judicial relativo al reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria privada recibida por el reclamante. En primer lugar, porque el procedimiento de reintegro de gastos no

se corresponde con el supuesto de suspensión establecido en el artículo 146.2 de la Ley 30/1992 (referido a aquellos instruidos en el orden jurisdiccional penal, en los que la determinación de los hechos “sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial”). Además, la comparación entre las respectivas cuantías demandadas por responsabilidad patrimonial (300.000 €) y por reintegro de gastos (30.000 €) pone de manifiesto la falta de identidad de las pretensiones, por lo que la pendencia del procedimiento judicial de reintegro, o su reconocimiento en dicha vía, tan solo afectaba a la efectividad de una parte del daño o a la determinación de la cuantía indemnizatoria que hubiera de reconocerse para repararlo, circunstancias que pueden tomarse en consideración en el momento de resolver el procedimiento de responsabilidad patrimonial sin comprometer la continuidad de su tramitación.

Asimismo, 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.

Por último, y puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

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.- Interesa el reclamante la percepción de una indemnización por los daños sufridos tras una intervención quirúrgica para el tratamiento de la fractura de odontoides que padecía, operación a la que achaca el padecimiento de una importante limitación funcional.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, resulta acreditado que tras la cirugía cuestionada, el paciente tuvo que ser reintervenido de urgencia el mismo día para retirar el material de fijación implantado, al surgir clínica de tetraparesia. Después de la misma, siguió tratamiento rehabilitador y requirió una tercera cirugía, que se llevó a cabo en un centro privado, con la finalidad de intentar curar la patología que sufre.

No obstante, acreditada la efectividad del daño alegado, no puede dejar de observarse a la hora de determinar su alcance que si bien el interesado alega que la limitación funcional que ha significado la declaración de invalidez permanente absoluta (acordada en el mes de abril de 2012), deriva directamente del agravamiento del estado del paciente tras la primera intervención de 30 de junio de 2011, limitación que impediría "realizar los actos más esenciales de la vida", en la consulta de 30 de mayo de 2012 se indica que existe limitación de las "actividades manuales", aunque "camina con normalidad". En todo caso, y con independencia del alcance de la situación de invalidez declarada en la que se encuentra el perjudicado, este ha padecido también el "sufrimiento de tener que ser reintervenido de urgencia", debiendo analizarse su relación con la asistencia recibida.

El interesado, aunque los reclama inicialmente a título de responsabilidad patrimonial, excluye más tarde de la pretensión indemnizatoria el abono de los gastos ocasionados por la asistencia sanitaria prestada con medios ajenos al sistema sanitario público con ocasión de la dolencia padecida, toda vez que ha visto satisfecha en vía judicial su solicitud de reintegro de los mismos.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido con ocasión 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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento. También

hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

El perjudicado sostiene que “pese a que gracias” a la última intervención “no tengo tanto dolor, la limitación funcional” que padece “en la actualidad, es consecuencia directa de la negligente intervención quirúrgica que se me realizó por el Servicio de Traumatología” del Hospital Concreta que los profesionales del mismo ni siquiera apreciaron “el quiste retrodontoideo, ocupando de por sí un espacio dentro del canal medular, de modo que al existir un conflicto de espacios, e introducir material de cerclaje C1-C2 e injertos, no hay espacio para ambos y se comprime la médula y sobreviene la parestesia cuyas consecuencias padeceré toda mi vida, pues si la primera intervención se hubiera realizado correctamente me hubiera quedado como secuela una leve limitación funcional, pero con tan negligente actuación médica, sufro” -insiste- “una importantísima limitación funcional” que le incapacita total y absolutamente para toda profesión u oficio, “más el riesgo para mi vida que tuve que soportar, y el sufrimiento de tener que ser reintervenido de urgencia por culpa exclusiva de los médicos del Servicio de Traumatología” del Hospital, que, a su juicio, “reconocen claramente su inexperiencia”.

Sin embargo, y pese a que le incumbe la carga de la prueba de las imputaciones que realiza, lo cierto es que el interesado no ha desarrollado la menor actividad probatoria. En consecuencia, este Consejo Consultivo debe formar su juicio en relación con la adecuación a la *lex artis* de la asistencia sanitaria prestada al perjudicado sobre la base de la documentación que obra incorporada al expediente, y que ha sido aportada por la Administración.

Atendiendo a la misma, cabe señalar, en primer lugar, que frente a la concreta imputación consistente en que el personal del Servicio “ni siquiera vio el quiste retrodontoideo”, lo cierto es que este sí se había apreciado en pruebas previas, si bien presentaba menor intensidad. En este sentido, y a solicitud de

este Consejo Consultivo como diligencia para mejor proveer, un facultativo del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología informa que la presencia del quiste “sí fue tenida en cuenta a la hora de seleccionar la técnica quirúrgica para la estabilización de la columna cervical a la que fue sometido el paciente”. Tal precisión, aunque escueta, solo puede interpretarse, dado el sentido del requerimiento formulado por este Consejo en respuesta al cual se emite el informe, como referida a que la existencia del quiste era conocida antes de la operación. Conocimiento que, por otra parte, se ve corroborado por la constancia en la historia clínica del informe de radiología realizado tras la primera cirugía, con carácter urgente, el día 30 de junio de 2011, en el que se declara que “la lesión de aspecto quístico descrita, ya estaba presente en un estudio previo de RM, aunque de menor entidad”; a su vez, en la resonancia informada el 1 de marzo de 2011, se diagnosticaba “imagen compatible con fractura de tercio medio de la apófisis odontoides, no consolidada, angulada con un pequeño hematoma subligamentario que provoca una estenosis severa del agujero magno y una mielopatía compresiva muy importante de la unión bulbo-medular”. La literalidad de los informes, especialmente la del primero, contradice la afirmación contenida en el Informe Técnico de Evaluación de que “las pruebas efectuadas antes de la cirugía no consiguieron poner de manifiesto” el quiste, así como que “la cirugía se efectuó sin conocer la presencia de una lesión -el quiste retroodontoides-, que había pasado desapercibido en los estudios de imagen previos”.

Por otra parte, si bien el paciente no cuestiona de forma expresa la técnica elegida -que, como se ha indicado, se decidió atendiendo a la presencia del quiste, según manifestación del Servicio implicado-, el dictamen médico incorporado al expediente se pronuncia expresamente respecto a la misma, indicando que la realizada fue “una intervención menos agresiva que otras descritas y que puede dar buenos resultados, aunque siempre teniendo en cuenta las posibles complicaciones que tiene todo tipo de cirugía”. Al surgimiento de tales complicaciones también alude el informe técnico de evaluación, destacando que están incluidas en el correspondiente documento de

consentimiento firmado suscrito por el reclamante, en el que se precisan como posibles las "secuelas neurológicas, que pueden ser irreversibles por lesión de la médula espinal o nervios en las maniobras propias del acto quirúrgico", añadiendo que "cualquiera de estas complicaciones puede requerir tratamiento médico, ortopédico y/o rehabilitador y, en algunas ocasiones, puede ser necesaria una segunda intervención".

En relación, en fin, al reproche que en materia de experiencia realiza el reclamante, ha de advertirse que la falta de la misma reconocida en el informe emitido por el Servicio responsable en el mes de enero de 2012 -y en el que se valora oportuna la derivación del paciente, ante su petición, a otro centro- aparece referida a la "rareza y gravedad" del proceso desencadenado tras la primera intervención, señalando que "no hemos tenido ningún caso como este con anterioridad en este Servicio", sin que pueda entenderse referida a la patología que indicaba aquella, pues, como señala a su vez el informe técnico,, la fractura de la apófisis odontoides que presentaba el reclamante "es propia de la casuística de los Servicios de Traumatología, y más concretamente de una unidad específica como la de Patología del Raquis, de referencia en nuestra Comunidad Autónoma".

En este sentido, del examen de la documentación obrante se desprende la diferencia entre ambos tipos de intervenciones, la artrodesis llevada a cabo en primer lugar, y la calificada en el mencionado informe del Servicio responsable como "resolución quirúrgica definitiva", que consistió en la realización, en un centro privado, de "laminectomía posterior de C1 y borde superior de C2 con colocación posterior de tornillos pediculares en C2 y a masas laterales en C3-C4 con fijación posterior mediante barras del sistema Ascent".

A estos efectos, los especialistas informantes de la asesoría médica explican que la decisión de intervenir fue acertada, así como la actitud posterior -con independencia del reproche que merezca la dilación en el tiempo de la respuesta terapéutica al paciente- de posponer la nueva cirugía de estabilización cervical "descompresiva", pues "en caso de haber realizado una laminectomía cervical, además de la retirada de la fijación en la cirugía de urgencia, el

segmento cervical C1-C2 se hubiera desestabilizado peligrosamente, por lo que hubiera sido necesario colocar un sistema de fijación occipito cervical en ese mismo momento”, técnica quirúrgica cuya realización requiere, según afirman expresamente, además de la especialización y experiencia del personal interviniente, la disponibilidad del material en el hospital.

A la vista de ello, consideramos que la falta de acreditación de mala praxis por parte de los profesionales implicados impide imputar el daño alegado al servicio público sanitario.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, 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.