

Expediente Núm. 207/2017  
Dictamen Núm. 204/2017

**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 13 de julio de 2017, 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 junio de 2017 -registrada de entrada el día 28 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios derivados de una intervención quirúrgica de una hernia discal.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 28 de octubre de 2016 tiene entrada en el Registro General de la Xunta de Galicia un escrito dirigido a la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias mediante el que la interesada interpone una reclamación de responsabilidad patrimonial del Servicio de Salud del Principado de Asturias por los daños y perjuicios derivados de una intervención quirúrgica -en concreto

una discectomía L5-S1 para tratar por vía quirúrgica una hernia discal que previamente le había sido diagnosticada-, que le fue practicada en el Hospital "X" el día 22 de octubre de 2013, y en el curso de la cual, "se produjo la rotura del discotomo quedando alojado en el espacio discal un fragmento del mismo".

En su relato de hechos la interesada indica que de la complicación ocurrida en el curso de la intervención quirúrgica, no fue informada en ningún momento, ni al momento del alta, ni en los controles posoperatorios a los que acudió el 2 de diciembre de 2013 y el 20 de de enero de 2014. Así las cosas y debido a que "desde la intervención quirúrgica" notaba un incremento de "las molestias lumbociáticas", acompañado de "crisis de parestesias" y "dolor hasta la región del gemelo", el día 10 de noviembre de 2015 decidió acudir "al Servicio de Traumatología del hospital (...) de A Coruña, donde tras realizarle una radiografía le informan que cuando le intervinieron la hernia discal L5-S1 le dejaron alojado en el espacio discal un fragmento metálico procedente de la rotura del discotomo".

Ante esta situación, solicitó "cita en el Servicio de Neurocirugía del Hospital "X", donde acude a una consulta (...), el 16 de febrero de 2016" y se le "solicita un TAC para valorar la ubicación del fragmento de discotomo y una EMG para valorar radiculopatía, todo ello tras examinar:/ La radiografía de columna lumbar en la que se detecta un fragmento de discotomo aparentemente en el cuerpo vertebral de la L5./ Y el TAC lumbar que concluye que existe un `aumento de partes blandas paramedial derecho que contacta con la raíz derecha de S1, sugestivo de resto/recidiva herniana. Material quirúrgico alojado en cuerpo vertebral L5 ´".

Refiere a continuación que en una nueva consulta de fecha 7 de junio de 2016 otra facultativa descartó "la retirada del material quirúrgico alojado en el espacio discal al considerar que esta intervención requería un abordaje anterior, con el riesgo de lesionar estructuras vasculares y nerviosas. Además recomienda realizar un seguimiento de la ubicación del citado material

quirúrgico mediante una radiografía anual para poder valorar posibles cambios de su ubicación”.

Finaliza la reclamante su relato indicando que “se encuentra en lista de espera para someter a tratamiento neuroquirúrgico el síndrome ciático persistente que presenta”.

Tras fundamentar en derecho la reclamación que formula, solicita ser indemnizada en la cantidad total de ciento sesenta mil euros (160.000 €), cantidad que desglosa del siguiente modo: a) 60.000 € en los que evalúa el “daño derivado de la imposibilidad de retirar el material quirúrgico alojado por el riesgo de lesión de estructuras vasculares y nerviosas, así como por los inconvenientes que supone en su vida diaria tener alojado en su espacio distal el citado material quirúrgico”; b) 40.000 € en los que cuantifica “el daño derivado del resto herniario”, cantidad que resulta de la aplicación del sistema establecido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, teniendo en cuenta “la necesidad de someterse a una nueva intervención, los días de incapacidad temporal que esta nueva intervención va a suponer y la pérdida de la calidad de vida ocasionada por las lesiones”; c) los 60.000 € restantes hasta alcanzar el total reclamado los solicita por “el daño moral derivado de no haber sido informada de que se había producido la rotura del discotomo durante la intervención practicada el 22 de octubre de 2013 y mantener oculta esta información durante dos años”.

**2.** Mediante escrito de 7 de diciembre de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la perjudicada la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio -4 de noviembre de 2016-, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**3.** A requerimiento de un Inspector de Servicios y Centros Sanitarios, con fecha 19 de diciembre de 2016 el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones del

Áreas Sanitaria IV incorpora al expediente la historia clínica de la paciente referida al presente episodio clínico obrante en el Hospital "Y".

De igual forma, el 13 de enero de 2017, la Directora de Atención Sanitaria y Salud Pública del Área Sanitaria I remite la historia clínica obrante en el Hospital "X" sobre este episodio, y que se complementa con un informe sobre la reclamación presentada, elaborado el 16 de diciembre de 2016 por el Director Área de Gestión Clínica del Aparato Locomotor del Hospital "X", con el siguiente contenido: "1.- La paciente es intervenida por una hernia discal L5-S1 el 22 de octubre de 2013 en nuestro hospital. Cierto es que durante la intervención se produce la rotura de una de las palas del discotomo (material biocompatible), quedando alojada en el equipo intervertebral y siendo imposible extraerla en el mismo acto quirúrgico./ 2. Tras la intervención, el cirujano (...) informa a los familiares de este incidente y de que no supondría mayor problema salvo que se movilizase el mismo, información que también se transmitió a la paciente durante su ingreso en el centro. Dado que conforme a la praxis habitual la información que se ofrece a los familiares del paciente tras las intervenciones se realiza de forma oral no hay constancia de este hecho, pero es paradójico pensar que se ha ocultado esta información cuando tanto en la hoja de intervención quirúrgica como en el curso clínico se hace constar este extremo (se aportan documentos), sabiendo que forma parte de la historia clínica a la cual tiene acceso, entre otros, el propio paciente./ 3.- En revisiones posteriores al alta hospitalaria el facultativo refiere mejoría de las parestesias sin déficits motores a las tres semanas y parestesia en el quinto dedo del pie 'en clara remisión' a los tres meses, por lo que es dada de alta el 20 de enero de 2014./ 4.- En ningún momento la paciente solicitó nueva revisión si realmente hubo un empeoramiento clínico. Acudió a otro centro donde se le informó de la existencia de un 'fragmento metálico alojado en el espacio discal procedente de la rotura del discotomo'. A priori parece un comentario muy dirigido, ya que la aparición de un fragmento metálico en una radiografía no implica necesariamente que sea procedente de un discotomo roto, salvo que la

paciente, o su familia, tuviera conocimiento de la incidencia y se lo hubieran referido al facultativo que realizó la consulta (luego se puede suponer que no estaban carentes de información)./ 5.- Tras la consulta en el Servicio de Neurocirugía del (Hospital `Y´) `se descarta la retirada del material quirúrgico alojado en el espacio discal al considerar que esta intervención requería un abordaje anterior, con el riesgo de lesionar estructuras vasculares y nerviosas´. Es cuestionable la necesidad de un abordaje anterior para la extracción del material; se podría intentar realizar por la misma vía utilizada en la cirugía primaria, valorando previamente el riesgo innecesario que supondría (salvo inmovilización), y, en caso de realizar abordaje anterior, los riesgos a los que estaría expuesta la paciente serían los mismos que por un abordaje posterior como el que se realizó. El fin último radica en la necesidad de realizar esta intervención ya que ese `fragmento metálico´ alojado en el espacio intervertebral no supone ningún problema para el paciente salvo en el improbable caso de movilización dado el transcurso de 3 años sin que la misma se haya producido, como hemos comentado anteriormente./ 6.- El TAC realizado en el (Hospital `Y´), al cual hemos tenido acceso, refiere `aumento de partes blandas paramedial derecho que contacta con la raíz derecha de S1 sugestivo de resto/recidiva herniaria´. Se demuestra claramente que no ha habido movilización del `fragmento metálico´ y que, en su ubicación actual (espacio interdiscal) no es factor de riesgo para provocar complicaciones en la sintomatología de la paciente. Es más, el `aumento de partes blandas paramedial derecho que contacta con la raíz derecha de S1 sugestivo de resto/recidiva herniaria´ que informa el estudio, sí guarda más relación con la clínica que, presuntamente, presenta la paciente (ya que no se ha podido evaluar de nuevo en este Servicio)./ 7.- En el consentimiento informado protocolizado por la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología (...), y firmado por la paciente, figura como `descripción de los riesgos típicos´ en el ítem `g´ la reproducción de la hernia por restos de tejido discal que no hayan sido extraídos´ (se adjunta). Probablemente ésta sea la causa de la

clínica que refiere la paciente actualmente (reiteramos que no ha sido evaluada desde el 20 de enero de 2014), y en ningún caso supone mala praxis por parte del facultativo y mucho menos una consecuencia directa de la rotura del instrumental quirúrgico./ En conclusión, afirmamos que la paciente y su familia han sido informados desde el primer momento de la incidencia ocurrida en el curso de la intervención quirúrgica y que la sintomatología que, presuntamente, presenta la paciente se debe a una recidiva herniaria, restos discales o aparición de fibrosis peridual tras el acto quirúrgico ya que el primer scanner realizado en el (Hospital `Y´) acredita que no hubo movilización del resto metálico; en ningún caso por mala praxis del cirujano que, además, no ha ocultado ninguna información sobre el proceso patológico al que nos referimos”.

**4.** Mediante escritos de 1 de febrero de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial remite una copia de la documentación obrante hasta ese momento en el expediente a la compañía aseguradora de la Administración, solicitando de la misma un dictamen pericial con respecto a la reclamación formulada.

En respuesta a esta solicitud, el día 7 de marzo de 2017 tres especialistas en Neurocirugía elaboran un dictamen médico, en el que concluyen que: “1. La indicación quirúrgica de hemilaminectomía y discectomía L5-S1 derecha fue correcta, así como la técnica quirúrgica utilizada./ 2. Durante la cirugía se produjo la rotura de una de las palas del discotomo que quedó alojado en el espacio interdiscal. En el mismo acto quirúrgico el cirujano intentó su retirada sin conseguirlo./ 3. Este hecho quedó reflejado en la hoja de intervención quirúrgica y en las hojas de los evolutivos. Según refiere el Jefe de Traumatología la familia fue informada verbalmente y durante su ingreso de la rotura del discotomo./ 4. En los controles posteriores la paciente mejoró de sus molestias dolorosas./ 5. No ha existido ningún tipo de complicación por el hecho de haber quedado alojado el fragmento metálico en el espacio

interdiscal, de hecho es un material biocompatible./ 6. La reaparición de su cuadro clínico se debe a una recidiva herniaria en el mismo espacio intervenido./ 7. No hay relación entre la presencia de un fragmento metálico situado en el espacio interdiscal L5-S1 y la reaparición de su cuadro doloroso ciático./ 8. No es necesaria la retirada de dicho fragmento ya que comporta un riesgo elevado y además no le está ocasionando ningún daño a la paciente./ 9. Por todo lo anterior no consideramos justificada la reclamación”.

**5.** El día 4 de abril de 2017, un Inspector de Servicios y Centros Sanitarios incorpora al expediente un Informe Técnico de Evaluación sobre la reclamación formulada en el que propone estimar parcialmente la reclamación presentada, reconociendo el derecho de la interesada a ser indemnizada en la cantidad de 25.000 euros.

Argumenta que “la rotura de material quirúrgico durante la cirugía no es frecuente pero puede ocurrir y así está descrito en la literatura científica. En este caso dicho material quedó alojado en el espacio intervertebral y no pudo ser extraído durante la cirugía. La pala quedó situada en el espacio intervertebral, es decir donde se había producido la hernia y se había extraído el material discal, en este lugar no comporta ningún riesgo para la paciente ya que no pasan estructuras vasculares ni nerviosas y se trata de un material biocompatible./ La paciente y su familia han sido informadas desde el primer momento de la incidencia ocurrida en el curso de la intervención quirúrgica y la sintomatología que presenta la paciente se debe a una recidiva herniaria, restos discales o aparición de fibrosis peridural tras el acto quirúrgico. El último scanner realizado en el (Hospital ‘Y’) acredita que no hubo movilización del resto metálico. No ha existido ningún tipo de complicación por el hecho de haber quedado alojado el fragmento metálico en el espacio interdiscal, ya que es un material biocompatible, y la reaparición de su cuadro ciático se debe como ya se ha indicado, a una recidiva herniaria en el mismo espacio intervenido, no habiendo relación alguna entre la presencia del fragmento de

discotomo (y) la reaparición de su cuadro doloroso ciático. Este se trata de un riesgo típico de esta cirugía y está expresamente contemplado en el documento de consentimiento informado que firmó la paciente”.

A pesar de esta valoración, se propone la estimación parcial de la reclamación formulada, conclusión que se alcanza ante lo que se considera una “evidente similitud” con una reclamación anterior resuelta por este mismo órgano y sobre la que tuvo ocasión de pronunciarse este mismo Consejo Consultivo del Principado de Asturias en el Dictamen Núm. 35/2014, parte del cual se reproduce.

Siguiendo la doctrina del Dictamen citado, se recuerda que, tal y como ocurre en el presente supuesto y sucedía en el precedente invocado, en el curso de la intervención quirúrgica que se le practicó a la reclamante se ha producido la rotura de material quirúrgico que ha quedado alojado en el espacio intervenido, no siendo aconsejable su extracción dado los riesgos que ello podría suponer, y que esta circunstancia por el solo hecho de su acaecimiento supone la materialización de daño jurídico de carácter moral que la perjudicada no tiene el deber jurídico de soportar. En consecuencia, se propone la estimación parcial de la reclamación ahora examinada, reconociéndole, de manera coincidente al precedente invocado, su derecho a ser indemnizada en la cantidad de 25.000 euros.

Una copia de este informe técnico de evaluación es remitida tanto a la compañía aseguradora de la Administración como a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias por el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios a través de sendos escritos fechados el 7 de abril de 2017.

**6.** Mediante escrito notificado a la reclamante el día 18 de abril de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.



En este trámite, tras serle remitida mediante correo certificado a la dirección por ella indicada una copia, en formato digital, de la documentación obrante en el expediente, el día 24 de mayo de 2014 la reclamante presenta en el Registro General de Entrada de la Xunta de Galicia un escrito de alegaciones, en el que tras afirmar que todo lo incorporado al expediente permite dar por acreditados los hechos en los que se basa su reclamación, esto es, la rotura de material quirúrgico producida en el curso de la intervención que le fue practicada el 22 de octubre de 2013 en el Hospital "X", e insistir en que dicha incidencia no le fue comunicada personalmente en ningún momento, ni a ella ni a ninguno de sus familiares, denuncia que el documento de consentimiento informado que figura incorporado al expediente, en concreto el ajustado al modelo oficial de la Sociedad de Cirugía Ortopédica y Traumatología (...), de los que en número total de tres figuran en el expediente, aparece "sin mención de nombre, fecha o firma por mi parte; y sin que, en todo caso, en el mismo se informe del riesgo finalmente manifestado. Por tanto, no se ha acreditado, de ningún modo, que se haya informado sobre los riesgos, beneficios y complicaciones propias de la cirugía lumbar".

**7.** Con fecha 9 de junio de 2017, la Coordinadora de Auditorías Asistenciales y Docentes elabora una propuesta de resolución en la que, tras asumir en su integridad las conclusiones del informe técnico de evaluación obrante en el expediente, propone la estimación parcial de la reclamación formulada, reconociendo el derecho de la reclamante a ser indemnizada en la cantidad de 25.000 euros.

**8.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de junio de 2017, 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, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), 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 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LPAC), dispone que "El derecho a reclamar prescribirá 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 el día 28 de octubre de 2016, y si bien el episodio asistencial que motiva la presente reclamación se remonta al día 22 de octubre de 2013, en el que la reclamante fue sometida a una intervención quirúrgica para abordar por tal vía una hernia discal que le había sido previamente diagnosticada, consta acreditado en el expediente que ante la persistencia de clínica dolorosa, y tras consultar la misma en la medicina privada, la interesada fue vista en consulta del Servicio de Neurocirugía del Hospital "Y" el día 16 de febrero de 2016, donde tras la exploración y las pruebas complementarias realizadas, que condujeron a que como "diagnóstico principal" le fuera diagnosticada una "recidiva herniaria L5-S1 derecha" y que como "otros diagnósticos", se constatará la presencia de "material quirúrgico (fragmento de discotomo) en cuerpo vertebral de L5".

En estas condiciones, tomando como referencia la fecha de esta consulta -16 de febrero de 2016-, en la que se constató el efecto lesivo de los hechos en los que se fundamenta la reclamación, y no habiendo transcurrido desde ese día hasta el 29 de octubre de 2016 -momento de la presentación de la reclamación- el plazo de un año legalmente determinado, es claro que la reclamación ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación no es otro que el establecido con el carácter de común en el título IV de la LPAC.

En aplicación de la normativa citada, se han observado los trámites fundamentales de audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución. Asimismo se ha incorporado al expediente, como especialidad propia de este tipo de procedimientos, el preceptivo informe del servicio afectado, previsto en el artículo 81.1 de la LPAC.

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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b, de la referida LPAC.

**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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. 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”.

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, 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 solicita una indemnización por los daños y perjuicios que entiende derivados de la intervención a la que fue sometida en el Hospital "X" el día 22 de octubre de 2013, en el curso de la cual uno de los materiales quirúrgicos empleados sufrió una rotura, quedando alojados restos metálicos en el espacio operado.

La Administración sanitaria frente a la que se reclama, ante la constancia de la complicación quirúrgica habida, propone una estimación parcial de la reclamación, conclusión que alcanza al admitir, si bien de una manera implícita por la remisión que se hace en la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración a un precedente anterior ante la "evidente similitud" de ambos casos, que se ha causado un daño moral a la reclamante, que esta no tendría el deber jurídico de soportar, concretado en el hecho de que, a raíz de la intervención, la interesada es portadora de un cuerpo extraño que no parece probable que pueda ser extraído o, al menos, no podrá serlo sin asumir ciertos riesgos para la propia perjudicada que no se aconseja afrontar, dado el carácter biocompatible de este material y que hasta la fecha no ha desarrollado clínica o patología de ningún tipo.

Con estos antecedentes, que permiten dar por acreditada tanto la efectividad de, cuando menos, parte de los daños alegados por la reclamante, así como su imputabilidad al servicio público sanitario, dada la anormalidad implícita al incidente quirúrgico producido, procede la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, cuya actividad generó unos daños antijurídicos que la perjudicada no tiene la obligación jurídica de soportar.

**SÉPTIMA.-** Establecida en los términos indicados la procedencia de la declaración de responsabilidad patrimonial, se hace necesario concretar el *quantum* indemnizatorio, y ello en función de los daños y perjuicios que resulten acreditados y que se encuentren ligados en una relación directa de causa-efecto con el irregular funcionamiento del servicio público sanitario constatado, aspecto este en el que se centran las abiertas discrepancias entre la cantidad solicitada por la perjudicada, 160.000 €, frente a los 25.000 € que propone reconocer la Administración.

A este respecto, partimos de que, para la interesada, los 160.000 € que reclama serían el resultado de la valoración de tres tipos de daños de naturaleza diferente que considera que le han sido causados: a) 60.000 € en concepto de “daño derivado de la imposibilidad de retirar el material quirúrgico alojado por el riesgo de lesión de estructuras vasculares y nerviosas, así como por los inconvenientes que supone en su vida diaria tener alojado en su espacio distal el citado material quirúrgico”; b) 40.000 € por “el daño derivado del resto herniario”, teniendo en cuenta “la necesidad de someterse a una nueva intervención, los días de incapacidad temporal que esta nueva intervención va a suponer y la pérdida de la calidad de vida ocasionada por las lesiones”; y c) 60.000 € por “el daño moral derivado de no haber sido informada de que se había producido la rotura del discotomo durante la intervención practicada el 22 de octubre de 2013 y mantener oculta esta información durante dos años”.

Por su parte, la Administración, en la propuesta de resolución que somete a nuestra consideración, solamente reconoce el derecho de la reclamante a ser indemnizada en atención los daños incluidos en el apartado a) del desglose que hace la reclamante -y ello en una cantidad inferior a la solicitada-, negando cualquier indemnización en lo que respecta a los daños incluidos en los apartados b) y c).

Comenzaremos nuestro análisis por los daños cuya indemnización rechaza la Administración en su propuesta.

La interesada en su apartado b) solicita ser indemnizada con 40.000 € ante la "la necesidad de someterse a una nueva intervención", para abordar por tal vía el "resto herniario", que aún en la actualidad presenta y que hace que se encuentre "en lista de espera para someter a tratamiento neuroquirúrgico el síndrome ciático persistente que presenta".

Pues bien, a la vista de la documentación incorporada al expediente, se hace evidente que la solicitud de indemnización por este concreto concepto ha de ser rechazada, y ello por la sencilla razón de que el daño que la reclamante pretende que le sea indemnizado -la necesidad de ser sometida a una nueva intervención quirúrgica-, no se encuentra unido causalmente con los hechos que, acreditados documentalmente y reconocidos por la Administración, se hallan en el origen de la presente reclamación -la complicación surgida en la intervención a la que fue sometida en el Hospital "X" el día 22 de octubre de 2013, en el curso de la cual uno de los materiales quirúrgicos empleados sufrió una rotura, quedando alojados parte de restos metálicos en el espacio operado-

A este respecto resulta altamente esclarecedor el Informe de Seguimiento de la Consulta de fecha 7 de junio de 2016 en la Unidad de Neurología del Hospital "Y" a la que acudió la paciente, y que obra incorporado a la historia clínica de este episodio, que permite concluir que esa pretendida relación de causalidad entre el incidente quirúrgico y la necesidad de proceder a esta nueva intervención solamente puede haberse alcanzada por la reclamante tras una tan interesada como errónea lectura por su parte de este informe.

En efecto, en este informe podemos leer que el diagnóstico principal no es otro que el de "recidiva herniana L5-S1 derecha", junto al que se describe en un apartado de "otros diagnósticos", la existencia de "material quirúrgico (fragmento de discotomo) en cuerpo vertebral de L5". Pues bien, en el mismo informe, tras indicarse que "la paciente presenta patología susceptible de tratamiento neuroquirúrgico (recidiva herninana). Hablado con la paciente, es incluida en LEQ", en el apartado de "tratamiento/recomendaciones", figura el

siguiente comentario, que pone de relieve lo erróneo e interesado del planteamiento de la reclamante al intentar anudar causalmente la nueva intervención quirúrgica a la que habrá de ser sometida, debida única y exclusivamente a la recidiva de su patología de base, con la complicación quirúrgica acaecida en la intervención que da origen a su reclamación. Dice este comentario: "La extracción del material quirúrgico queda descartada por mi parte, al requerir abordaje anterior, con el riesgo de lesión de estructuras vasculares y nerviosas./ La existencia de dicho material no presenta en este momento problema alguno para la paciente, dado que no contacta con estructuras vasculares ni nerviosas. Recomiendo seguimiento mediante Rx simple anual para valorar cambios en su ubicación".

La misma rotundidad en orden a descartar esta pretendida relación causal se observa en los diferentes informes incorporados al expediente, de los que destacamos en este momento, por su claridad y contundencia, parte de las conclusiones que se recogen en el dictamen emitido a instancias de la compañía aseguradora de la Administración por tres especialistas en Neurocirugía quienes, sin duda alguna, concluyen: "no ha existido ningún tipo de complicación por el hecho de haber quedado alojado el fragmento metálico en el espacio interdiscal, de hecho es un material biocompatible (...). La reaparición de su cuadro clínico se debe a una recidiva herniaria en el mismo espacio intervenido (...). No hay relación entre la presencia de un fragmento metálico situado en el espacio interdiscal L5-S1 y la reaparición de su cuadro doloroso ciático (...). No es necesaria la retirada de dicho fragmento ya que comporta un riesgo elevado y además no le está ocasionando ningún daño a la paciente".

En definitiva, consideramos que no procede el reconocimiento de indemnización alguna a la reclamante por este concreto concepto.

En el apartado c) de su desglose del total reclamado, la interesada solicita 60.000 € por "el daño moral" que entiende que se le ha causado al "no haber sido informada de que se había producido la rotura del discotomo



durante la intervención practicada el 22 de octubre de 2013 y mantener oculta esta información durante dos años”.

Pues bien, también con respecto a esta cantidad, ligado al “daño moral” que la reclamante alega que se le habría producido por esta supuesta falta de información del incidente, la Administración no reconoce en la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración indemnización alguna. Negativa de indemnización por este concepto, que comparte este Consejo.

En este sentido, y con respecto a este daño moral que la reclamante asocia a una supuesta falta de información del incidente quirúrgico habido, parece oportuno recordar las condiciones en las que cualquier paciente tiene derecho a la información, que no son otras que las recogidas en el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información documentación, conforme al cual “Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley. Además, toda persona tiene derecho a que se respete su voluntad de no ser informada. La información, que como regla general se proporcionará verbalmente dejando constancia en la historia clínica, comprende, como mínimo, la finalidad y la naturaleza de cada intervención, sus riesgos y sus consecuencias”.

Fijado el marco legal en el que ha de darse satisfacción al derecho a la información asistencial que asiste a cualquier paciente, y aplicado el mismo a la documentación incorporada al presente caso, nos encontramos con que en la historia clínica del episodio asistencial controvertido obrante en el Hospital “X” existe clara constancia por partida doble de la complicación habida. Así, en la hoja de intervención quirúrgica de 22 de octubre de 2013, al momento de describir la misma puede leerse lo siguiente: “durante la intervención se produce rotura de discotomo, quedando el fragmento alojado en el espacio discal. Se intenta de forma infructuosa su extracción”. Más adelante, en esta

misma historia clínica, en las notas de progreso, figura anotado ese mismo día a las 13:13 horas (hora de fin de la intervención iniciada a las 11:45 horas): “quirófano: Se realiza discectomía L5-S1 por HDL L5-S1. Durante la intervención se produce rotura de discotomo, quedando fragmento en espacio discal que no se puede extraer”. Esta constancia escrita en la historia clínica de la complicación quirúrgica, tal y como preceptúa el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, permite dar credibilidad a lo recogido con respecto a esta supuesta falta de información, en el informe de 16 de diciembre de 2016 del Director de Área de Gestión Clínica de Aparato Locomotor del Hospital “X”, cuando afirma que “tras la intervención, el cirujano informa a los familiares de este incidente y de que no supondría mayor problema salvo que se movilizase el mismo, información que también se transmitió a la paciente durante su ingreso en el centro. Dado que conforme a la praxis habitual la información que se ofrece a los familiares del paciente tras las intervenciones se realiza de forma oral no hay constancia de este hecho, pero es paradójico pensar que se ha ocultado esta información cuando tanto en la hoja de intervención quirúrgica como en el curso clínico se hace constar este extremo (se aportan documentos), sabiendo que forma parte de la historia clínica a la cual tiene acceso, entre otros, el propio paciente”, así como a su comentario posterior de que cuando la paciente acudió a otro centro “donde se le informó de la existencia de un ‘fragmento metálico alojado en el espacio discal procedente de la rotura del discotomo’. A priori parece un comentario muy dirigido, ya que la aparición de un fragmento metálico en una radiografía no implica necesariamente que sea procedente de un discotomo roto, salvo que la paciente, o su familia, tuviera conocimiento de la incidencia y se lo hubieran referido al facultativo que realizó la consulta (luego se puede suponer que no estaban carentes de información)”.

En definitiva, existiendo constancia escrita del incidente quirúrgico en la historia clínica, y siendo razonable entender que de ese incidente fue informada verbalmente la paciente, dándose con ello cumplimiento a lo establecido en el artículo 4.1 de la Ley 41/2002, no procede indemnizar a la reclamante por “el

daño moral” que entiende que se le ha causado al “no haber sido informada de que se había producido la rotura del discotomo durante la intervención practicada el 22 de octubre de 2013 y mantener oculta esta información durante dos años”.

Hemos dejado para último lugar el examen de la discrepancia existente entre la reclamante y la Administración, en la cuantía de la cantidad que esta se encuentra dispuesta a reconocer a aquella en concepto de indemnización por el único daño en el que existe coincidencia entre ambas partes que se habría causado a la perjudicada, daño de naturaleza moral que, guardando relación directa con la complicación quirúrgica acaecida, se concreta en la que parece ser la casi segura imposibilidad de que a la paciente le sea retirado el material quirúrgico que quedó alojado en el espacio operado como consecuencia de esta complicación, y ello por el riesgo de lesión de estructuras vasculares y nerviosas que una eventual extracción de este material pudiera acarrear.

Por este concepto, la Administración en la propuesta de resolución que somete a nuestra consideración reconoce a la perjudicada la cantidad de 25.000 €, cantidad idéntica a la ya acordada en una resolución que puso fin en vía administrativa a una reclamación anterior, y ello dando por supuesta la “evidente similitud de ambos casos”, y teniendo en cuenta el carácter “biocompatible” del material alojado, a lo que se une el que “la complicación quirúrgica constatada no ha originado patología ni clínica de ningún tipo”.

Para la reclamante, este mismo daño, al que liga “los inconvenientes que supone en su vida diaria tener alojado en su espacio discal” este material quirúrgico, debería ser indemnizado con 60.000 €, cantidad que observamos que coincide con la establecida precisamente en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de fecha 29 de mayo de 2015, por la que se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la allí reclamante, justamente en el mismo asunto invocado como precedente por parte de la Administración en su propuesta de resolución de la presente reclamación.

Ante esta clara referencia común de la que se sirven tanto la reclamante como la Administración frente a la que se reclama en la discrepancia que ahora nos ocupa, y partiendo del reconocimiento por nuestra parte de la similitud, -no exenta de ciertos matices-, existente entre ambos supuestos, poco puede añadir este Consejo al debate que en esta misma materia ya se produjo en aquel asunto, y sobre el que manifestamos nuestro parecer en el Dictamen Número 35/2014, y que ahora vemos cómo se reproduce con ocasión de la presente reclamación.

Si acaso, partiendo de la reflexión ya hecha en aquella ocasión de que la evaluación económica de un daño de naturaleza moral como el que nos ocupa imposibilita que sean utilizados criterios objetivos, de forma tal que su fijación solamente pueda ser establecida a tanto alzado, por lo que lo único que podemos hacer es recordar los términos en los que en aquella ocasión se produjo este mismo debate, y ello a los solos efectos de ver su posible acomodo a la presente reclamación.

En aquella ocasión, la reclamante, de un total reclamado que ascendía a 152.449,44 € por todos los conceptos, solicitaba por el mismo daño ahora examinado la cantidad de 80.000 €. En la propuesta de resolución sometida a la consideración de este Consejo, la Administración, como ocurre en el caso presente, solo consideraba acreditado este mismo daño de carácter moral, para el que proponía reconocer a la perjudicada su derecho a percibir la cantidad de 9.000 €. En nuestro Dictamen, 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”.

Asumiendo la cantidad propuesta por este Consejo, la Consejería de Sanidad, en la Resolución que puso final en la vía administrativa a la reclamación, acordó reconocer a la entonces perjudicada su derecho a percibir la cantidad de 25.000 € en concepto de indemnización. Recurrida en vía contencioso-administrativa la Resolución, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en sentencia de fecha 29 de mayo de 2015, dejó establecida la indemnización en la cantidad de 60.000 €, cantidad en la que el juzgador, a tenor del inciso final del Sexto de los Fundamentos de Derecho de la sentencia, valoró en aquella ocasión “el riesgo que presenta ese fragmento, la imposibilidad de poder acceder a las técnicas diagnósticas avanzadas (resonancia magnética) caso de ser necesaria, inconvenientes que produce en la vida diaria, junto al resto de las circunstancias concurrentes en la situación de la actora, incluidos los psíquicos”.

Como vemos, al momento de fijar a tanto alzado la indemnización procedente, tanto este Consejo como el Tribunal Sentenciador, hemos explicitado, como criterio orientador, datos obrantes en el expediente en aquella ocasión, alguno de los cuales, en concreto y de manera significativa “la imposibilidad de poder acceder a las técnicas diagnósticas avanzadas (resonancia magnética) caso de ser necesaria” en el futuro, utilizando la expresión de la Sala, juzgamos de singular relevancia. Sobre él, nada se dice en el caso presente, aunque entendemos imprescindible sea aclarado, de forma tal

que de concurrir, parece conveniente que se ponga en relación con la edad de la perjudicada, que era 43 años en aquel asunto y de 30 en el presente, al momento de la complicación quirúrgica.

En estas condiciones, consideramos que ha de ser la Administración, a través de los actos de instrucción que considere necesarios para la comprobación de lo apuntado, y a la vista de la experiencia que dimana del precedente del que se sirve, la que fije la cuantía de la indemnización.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, estimando parcialmente la reclamación presentada por ....., indemnizarla en los términos expresados en el cuerpo de este dictamen.”

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.