

Expediente Núm. 49/2019
Dictamen Núm. 173/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 18 de julio de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 22 de febrero de 2019 -registrada de entrada el día 27 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que atribuye a una intervención quirúrgica de revisión de artrodesis previa.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 4 de mayo de 2018, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que atribuye a una negligente actuación del servicio público sanitario.

Expone que “hace un año” fue operada por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital “X”, “quedando en mal estado los parámetros sagitales del lumbo-sacro y (que) en la actualidad cae la columna de forma progresiva hacia adelante sin remedio”. Señala que en la consulta del Servicio de Traumatología de ese hospital el especialista le manifiesta “que para alinear esa columna habría que haberlo hecho desde las vértebras cervicales, dorsales y lumbares”; es decir, “no solo desde las lumbares, como se hizo en la operación realizada (...) el día 6 de abril de 2017”, presentando “desequilibrio” - según refiere- al alta de esta intervención.

Afirma que esta actuación constituye una “negligencia médica” que le ha causado “daños morales y físicos”, y precisa que “los dolores son insoportables” y que “la toma de opiáceos prescritos acortará su vida”.

Por ello, solicita una indemnización de doscientos cincuenta mil euros (250.000 €), así como “una nueva intervención quirúrgica en condiciones para alinear la columna, pero que sea trasladada al Hospital “Y”, en Madrid, de manera urgente, trasladando la Dirección del (Hospital “X”) toda la documentación e historial que posee para una operación en condiciones correctoras con los parámetros de alineación correctos y con más medios”.

Adjunta a su escrito una copia de su documento nacional de identidad y una tarjeta acreditativa del grado de discapacidad que padece (45 %).

2. Mediante oficio de 23 de mayo de 2018, la Gerencia del Área Sanitaria IV envía una copia de la reclamación al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios.

3. El día 30 de mayo de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas traslada una copia de la reclamación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

4. Con fecha 6 de junio de 2018, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto solicita a la Gerencia del Área Sanitaria IV una copia de la historia clínica relativa al proceso de referencia, así como un informe del Servicio de Traumatología sobre el concreto contenido de la reclamación.

5. Mediante escrito de 7 de junio de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio -25 de mayo de 2018-, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

6. El día 3 de julio de 2018, el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio instructor un CD que contiene una copia de la historia clínica de la paciente y el informe elaborado al efecto por el Servicio de Traumatología el 29 de junio de 2018 en el que se recoge su curso clínico.

En cuanto a la petición de nueva intervención para corrección del perfil sagital, “no se considera a la paciente tributaria” de esa operación “dada la elevada morbilidad asociada a esta cirugía y la importante rigidez de la curva secundaria a múltiples cirugías previas”.

Finalmente, indica que se ha solicitado consulta en la Unidad del Dolor y que la enferma sigue revisiones en ese Servicio.

7. Obra incorporado al expediente un informe pericial de la compañía aseguradora de la Administración elaborado por dos licenciadas en Medicina y Cirugía (una especialista en Medicina Legal y Forense y otra Diplomada en Medicina del Seguro) el 6 de agosto de 2018. En él, tras analizar la asistencia sanitaria dispensada a la paciente, concluyen que “se ha actuado con manejo correcto de la sintomatología, tanto en la indicación de la intervención como en la praxis”, y que por lo tanto correspondería desestimar la reclamación.

8. Mediante oficio notificado a la interesada el 23 de octubre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia.

9. Con fecha 30 de octubre de 2018, esta presenta en el registro de la Gerencia Territorial de Justicia de Asturias un escrito en el que manifiesta que le es "imposible" desplazarse para consultar el expediente "debido a las limitaciones" que provocan su enfermedad, y dado que se ha "negado a facilitar información al representante designado" por ella mediante "autorización voluntaria" solicita que le sea remitido a su domicilio "el expediente íntegro", con suspensión del plazo para formular alegaciones.

El 22 de noviembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le remite una copia de los documentos que integran el expediente en formato electrónico, comunicándole la apertura de un nuevo trámite de audiencia por un plazo de quince días.

10. Mediante oficio de 16 de enero de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas pone en conocimiento de la correduría de seguros que ha transcurrido el plazo establecido para presentar alegaciones sin que se hayan recibido.

11. Con fecha 24 de enero de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella razona que en el presente caso la intervención quirúrgica realizada el 6 de abril de 2017 tenía como principal propósito "reducir el dolor, y no está exenta de riesgo, tanto por la propia técnica como por la situación vital" de la paciente, pues lleva "implícitas una serie de complicaciones comunes y potencialmente serias que podrían requerir tratamientos complementarios, materializándose en el presente caso como

riesgos típicos la persistencia (de) dolor residual y la infección de la herida quirúrgica”. Añade que detectadas las complicaciones se pusieron a su disposición “todos los medios diagnósticos y terapéuticos para posibilitar su solución, por lo que en ningún caso cabe apreciar incorrección de la actuación médica”.

En lo referente a la solicitud de traslado del expediente médico para una nueva intervención en el Hospital “Y”, asume las consideraciones formuladas por el Servicio de Traumatología en su informe de 29 de junio de 2018.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de febrero de 2019, 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 de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 4 de mayo de 2018 (folio 7) y, si bien la intervención que la motiva se realizó el 6 de abril de 2017, no podemos obviar que la mala evolución provocó que fuera necesaria una segunda operación, que se practicó el 2 de mayo de 2017 recibiendo el alta la paciente en el Servicio de Traumatología el día 17 del mismo mes, por lo que es claro que ha sido presentada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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, en relación con la fecha de presentación de la reclamación en el registro de la Administración del Principado de Asturias y su recepción por el órgano instructor advertimos los mismos problemas que ya pusimos de manifiesto en los Dictámenes Núm. 160/2015 y 163/2015, entre otros, por lo que nos remitimos a las consideraciones allí realizadas. Ahora bien, en este caso la Administración se cuida, en la práctica del trámite previsto en el artículo 21.4 de la LPAC, de comunicar a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios -en su calidad de órgano competente para resolver- y no, de forma genérica, en la Administración del Principado de Asturias -como venía haciendo habitualmente-.

Asimismo observamos que el informe evacuado por el Servicio de Traumatología implicado es insuficiente, pues se limita a describir el proceso asistencial de la paciente sin abordar las concretas imputaciones formuladas en el escrito de reclamación. Pese a ello, no se estima pertinente en este momento la retroacción de las actuaciones, toda vez que el resto de la documentación incorporada al expediente permite un pronunciamiento de fondo sobre la controversia que se suscita.

Finalmente se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se ha 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 21.1 y 24.3, letra b), de la 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”.

Por otra parte, el artículo 34 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.- En el presente asunto se imputan a la Administración sanitaria los daños y perjuicios que la reclamante asocia a la cirugía de revisión de artrodesis previa a la que se sometió en un hospital público.

Por lo que a la efectividad del daño se refiere, consta probado documentalmente en el expediente que el 6 de abril de 2017 se le realizó una cirugía de revisión de artrodesis previa que evolucionó de modo desfavorable, siendo reintervenida para limpieza quirúrgica de la herida en mayo de ese mismo año. En la última revisión -marzo de 2018- se aprecia que clínicamente ha aumentado el dolor y ha empeorado el perfil sagital. Por tanto, ha de darse por acreditada la existencia de un daño cuyo alcance y evaluación económica determinaremos si concurren los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Ahora bien, esta mera constatación de unos daños efectivos, evaluables económicamente e individualizados surgidos en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que 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.

También ha subrayado este Consejo 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.

En el caso que nos ocupa la interesada se sometió a dos intervenciones de columna lumbar en un hospital de otra Comunidad Autónoma, y posteriormente siguió tratamiento en el Hospital "X". Según el informe del Servicio de Traumatología de este último centro, en la valoración inicial presentaba "dolor dorsolumbar severo asociado a ciatalgia bilateral y severo desequilibrio sagital", por lo que tras valorar conjuntamente con ella los beneficios e inconvenientes de la cirugía se programa una nueva reintervención quirúrgica con el objetivo principal de mejorar el dolor lumbar, realizándose revisión de instrumentación y reartrodesis dorsolumbar D8-S1 el 6 de abril de 2017. La paciente tuvo que ser nuevamente operada el día 2 de mayo de 2017 para limpieza de la herida quirúrgica con evolución favorable".

La reclamante denuncia una negligente actuación del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital "X" que le practicó la revisión de artrodesis. En concreto, sostiene en el escrito de su reclamación que han quedado "en mal estado los parámetros sagitales del lumbo-sacro y en la actualidad cae la columna de forma progresiva hacia adelante sin remedio". El informe del Servicio de Traumatología confirma este pronóstico señalando que en el seguimiento clínico de la paciente "se aprecia consolidación de artrodesis D8-S1; no obstante (...), presenta dolor lumbar que va progresivamente en aumento con radiculalgia bilateral e importante dificultad para la deambulación (se desplaza en silla de ruedas)". Sin embargo, no tenemos constancia de que desde ese Servicio se le haya explicado -tal y como ella manifiesta en su escrito de reclamación- "que para alinear esa columna habría que haberlo hecho desde las vértebras cervicales, dorsales y lumbares"; es decir, "no solo desde las lumbares, como se hizo en la operación realizada (...) el día 6 de abril de 2017". Estas afirmaciones, que constituyen el núcleo de la reclamación, no gozan de un soporte probatorio que las avale, ni tampoco la perjudicada -sobre quien recae la carga de la prueba- alega nada al respecto ni aporta informe médico alguno que vincule los padecimientos que sufre con una mala praxis del Servicio que la intervino quirúrgicamente.

Por su parte, las facultativas que informan a instancias de la compañía aseguradora de la Administración consideran que los profesionales que la atendieron actuaron con un "manejo correcto de la sintomatología, tanto en la indicación de la intervención como en la praxis". Y señalan que aquella había firmado el documento de consentimiento informado previo a la intervención en el que se recoge, entre otros riesgos, "la persistencia de la sintomatología previa"; extremo este que hemos podido constatar, dado que entre los documentos que integran la historia clínica remitida figura el "consentimiento informado para instrumentación de columna y artrodesis vertebral (revisión de artrodesis previa)" firmado por ella. En idéntico sentido se pronuncia el Instructor del procedimiento al elaborar la propuesta de resolución, en la que

explica que el propósito principal de este tipo de intervenciones es “reducir el dolor”, y advierte que es una cirugía que “no está exenta de riesgo, tanto por la propia técnica como por la situación vital” de la paciente, pues “lleva implícitas una serie de complicaciones comunes y potencialmente serias que podrían requerir tratamientos complementarios, materializándose en el presente caso como riesgos típicos la persistencia (de) dolor residual y la infección de la herida quirúrgica”. En todo caso defiende la actuación médica, pues detectadas las referidas complicaciones se pusieron a su disposición “todos los medios diagnósticos y terapéuticos para posibilitar su solución”.

En cuanto a la pretensión de ser operada nuevamente para la corrección del perfil sagital, el especialista en Traumatología que suscribe el informe de 29 de junio de 2018 no considera que la paciente sea tributaria de una nueva intervención “dada la elevada morbilidad asociada a esta cirugía y la importante rigidez de la curva secundaria a múltiples cirugías previas”; motivo por el cual se ha solicitado consulta en la Unidad del Dolor.

En definitiva, debemos recordar que la asistencia sanitaria constituye una obligación de medios, no de resultado, de modo que la persistencia del dolor y el empeoramiento del perfil sagital que actualmente presenta la perjudicada son riesgos inherentes a este tipo de intervenciones -tal y como se recoge en el consentimiento informado firmado por la reclamante-, en las que se pretenden reducir los padecimientos del paciente mejorando su calidad de vida pero en ningún caso se garantiza la curación completa de la patología que presente. Lo anterior, unido a la ausencia de signos que evidencien una actuación del facultativo que realizó la operación contraria a la *lex artis ad hoc*, y dada la falta de alegaciones e informes periciales de parte que contradigan la asistencia sanitaria realizada, nos lleva a excluir la antijuridicidad del daño y a determinar la desestimación de la reclamación.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

(P. A. LA LETRADA ADJUNTA A LA SECRETARÍA GENERAL)

Fdo.: Paz de Vera Estrada

V.º B.º
LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.