

Dictamen Núm. 104/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 19 de mayo de 2022, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 7 de marzo de 2022 -registrada de entrada cuatro días después-, 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 llevada a cabo en un centro de titularidad privada perteneciente a la Red Sanitaria de Utilización Pública del Principado de Asturias.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 23 de febrero de 2021, la interesada presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños padecidos durante una cirugía de espalda llevada a cabo en un centro privado vinculado mediante concierto con el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Expone que “mientras era intervenida” en el “de cirugía vertebral lumbar” en septiembre de 2018 sufrió “una complicación” consistente en “sangrado intraoperatorio vascular, por lo que solo se le realizó laminectomía derecha y fusión instrumentada izda. -con injertos locales y aspirado de médula ósea-, siendo derivada al Servicio de Traumatología” del Hospital, donde fue operada por “el Servicio de Cirugía Vascular de forma urgente por estenosis ilíaca primitiva izda. con colocación de stent”. Añade que debido a la continuidad del “dolor intenso lumbar (...) se decidió nueva cirugía quirúrgica”, completándose “la artrodesis del lado derecho y revisión instrumentación izda.”. Precisa que “las complicaciones surgidas en el acto quirúrgico” (concretadas en la lesión vascular de la arteria ilíaca primitiva izda.) “han derivado en unas consecuencias limitativas graves en la paciente”, así como en “la necesidad de diferentes intervenciones”.

Especifica que “no existe prescripción” puesto que, aunque “el inicio causal data de septiembre-2018 (...), todo el proceso gradual -causal con clara relación causa-efecto- continuó temporalmente con el seguimiento y control periódico prolongado” y nuevas intervenciones quirúrgicas.

Solicita una indemnización ascendiente a noventa mil euros (90.000 €), así como copia de diversa documentación médica perteneciente a su historial.

2. El día 16 de abril de 2021, el Director Médico del centro privado en el que se llevó a cabo la primera operación remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios un escrito en el que confirma que la paciente “fue derivada” a dicho hospital “en régimen de concierto” desde el Servicio de Salud del Principado de Asturias, enviando asimismo el informe “del servicio médico actuante sobre el concreto contenido de la reclamación presentada”.

Mediante oficio de 3 de mayo de 2021, una funcionaria del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV traslada al Servicio instructor un CD que contiene una copia de la historia clínica de la paciente, así como los informes elaborados por los Servicios de Cirugía Vascular

y de Traumatología; documentación que se completa con la remisión, el día 21 de junio de 2021, de una copia de la historia clínica de la reclamante existente en el Hospital “anterior al mes de septiembre de 2018”.

3. Con fecha 27 de mayo de 2021, y previa petición formulada por el Servicio instructor, el Director Médico del le remite el informe suscrito el 21 de mayo de 2021 por el Coordinador del Servicio de Neurocirugía.

El 26 de junio de 2021, le traslada el documento de consentimiento informado para “fijación vertebral por vía posterior”, firmado por la paciente el 29 de agosto de 2018.

4. El día 16 de agosto de 2021, emiten informe a instancias de la compañía aseguradora dos especialistas, uno de ellos en Cirugía Ortopédica y Traumatología y el otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo, ambos peritos médicos y valoradores del Daño Corporal. En él, tras formular diversas consideraciones médicas sobre la patología que presentaba la paciente y su abordaje terapéutico, concluyen tanto la adecuación del “procedimiento quirúrgico y la técnica elegida” como la condición de “riesgo descrito en la cirugía lumbar” de la “lesión vascular”, que -según razonan- fue tratada “de manera rápida y diligente”. Precisan que en el documento de consentimiento informado suscrito por la paciente el día 12 de febrero de 2018 se reflejan como riesgos típicos la “lesión vascular, pseudoartrosis y persistencia de dolor residual”. Por ello, rechazan la existencia de “mala praxis” en la actuación médica.

5. Mediante oficio notificado a la reclamante el 22 de octubre de 2021, la Jefa de la Sección de Apoyo del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una copia de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 28 de octubre de 2021, la interesada presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que se ratifica en las “consideraciones iniciales” expuestas en su reclamación.

Igualmente, se confiere trámite de audiencia al centro privado concertado que practicó la intervención.

6. El día 20 de diciembre de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas suscribe propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento. En ella razona que el mero hecho de “la materialización de un riesgo descrito y recogido en el consentimiento informado firmado por la paciente no puede ser considerado una actuación incorrecta por parte de los profesionales que han participado en el procedimiento”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de marzo de 2022, 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, de la Consejería de Salud, 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 como titular del servicio público sanitario. De lo actuado se desprende que los daños que la perjudicada imputa a la sanidad pública se atribuyen sustancialmente a la intervención realizada en el, centro sanitario privado con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de usuarios del Sistema Nacional de Salud, en aplicación del cual se ha dispensado la asistencia que constituye el núcleo de la 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 23 de febrero de 2021, y según consta en la historia clínica la paciente hubo de ser intervenida de nuevo -al frustrarse la primera cirugía lumbar debido a la complicación surgida- por la misma patología el día 12 de marzo de 2020. Por tanto, ya se considere la fecha de alta tras esta última operación (seis días después), ya se estime como *dies a quo* para el cómputo del plazo el 4 de

febrero de 2021, en que es dada de alta en el Servicio de Cirugía Vascular del Hospital tras ser atendida de la lesión sufrida durante la primera intervención, no ofrece duda que ha sido formulada 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, incluido el interviniente por parte del centro sanitario privado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de una intervención

quirúrgica llevada a cabo en un centro de titularidad privada perteneciente a la Red Sanitaria de Utilización Pública del Principado de Asturias.

Del examen del expediente resulta acreditado que durante la realización de una cirugía de artrodesis vertebral la reclamante sufrió una complicación consistente en la lesión de la arteria ilíaca izquierda, que fue objeto de sutura inmediata en el quirófano, y que hubo de someterse a una nueva operación en otro centro hospitalario público en el que también se llevó a cabo una segunda cirugía de espalda sobre la misma zona intervenida en la primera.

Por tanto, debemos considerar probada la existencia de un daño, identificado cuanto menos con la necesidad de someterse a nuevas operaciones quirúrgicas, perjuicio cuyo alcance concretaremos en caso de ser estimatorio el sentido de nuestro dictamen.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica *per se* la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio sanitario y si ha de reputarse antijurídico.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 80/2020), 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 la reclamante y cuya efectividad ha sido acreditada 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 (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de estos supuestos, 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, exigencia también legal y jurisprudencial que recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 22 de diciembre de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:3949- (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 1.ª).

Sentado lo anterior, observamos que la interesada se limita a expresar de forma un tanto imprecisa que ha existido “mala praxis” y “negligencia médica”, indicando que “un buen actuar inicial y medios adecuados *ex initio* al tiempo de la (primera) intervención” hubiera evitado las posteriores, pero no efectúa razonamiento técnico alguno que sustente su imputación, carente también de informe médico pericial que apoye dicha pretensión, y pese a que en el trámite de audiencia alude someramente a la existencia de “informes

médicos no aportados en este acto al no disponer de ellos”, sin que fuera presentado alguno durante la tramitación del procedimiento.

Frente a tal déficit probatorio se alzan los informes emitidos a instancia de la Administración y su compañía aseguradora, que explican con claridad tanto la indicación de la cirugía realizada como la condición de riesgo típico de la complicación surgida -cuya justificación médica también se proporciona, basada en la “proximidad topográfica entre las estructuras vasculares y el nivel lumbar intervenido”-. En ellos se destaca también la premura en la reparación de la lesión, que se acomete durante la misma intervención y, en un momento posterior, en el Servicio de Cirugía Vascular del Hospital En particular, se califica la actuación ante la hemorragia como “rápida y diligente” al suturarse de forma inmediata la arteria dañada, siendo tratada de la estenosis derivada de la lesión en este último centro hospitalario.

A nuestro juicio, no ofrece duda que nos hallamos ante la materialización de un riesgo típico, pues consta en la historia clínica el documento de consentimiento informado para instrumentación de columna y artrodesis vertebral, suscrito por la paciente el 12 de febrero de 2018, momento en el que, según el informe de la consulta llevada a cabo ese día en el Servicio de Traumatología del Hospital, fue incluida en lista de espera quirúrgica. Y en dicho documento figura, efectivamente, como uno de los riesgos típicos de la cirugía practicada el de “lesión vascular”.

Por otra parte, el informe pericial suscrito por dos especialistas explica también las perspectivas y resultados de la cirugía de artrodesis lumbar, exponiendo los porcentajes de fracaso (hasta un 25 %) que, en todo caso, resultan independientes de la necesidad de reintervención asociada en el presente asunto a la imposibilidad de completar la primera cirugía por manifestarse la complicación descrita.

En definitiva, resulta acreditado que se han cumplido las normas y protocolos impuestos a la práctica clínica, según justifican los informes médicos incorporados por la Administración al expediente, sin que la lesión vascular

sufrida pueda imputarse a la infracción de la *lex artis ad hoc* sino a la desgraciada materialización de un riesgo conocido que no siempre puede prevenirse ni evitarse. Por este motivo, tampoco reviste antijuridicidad el daño consistente en la necesidad de realizar una nueva operación por parte del Servicio de Traumatología, consecuencia de la imposibilidad de concluir la primera debido precisamente a la aparición de la complicación vascular. Y, finalmente, no cabe atribuir a una mala praxis la persistencia del cuadro clínico que afecta a la paciente -que ella misma tampoco reprocha con claridad-, justificado de acuerdo con las explicaciones médicas obrantes en los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento. En este punto conviene subrayar las consideraciones del informe elaborado a instancias de la compañía aseguradora, en el que se afirma, con relación a la cirugía de revisión de la columna lumbar, que sus resultados "son muy variables e impredecibles. Según los datos aportados por las diferentes series que encontramos en la bibliografía, el porcentaje de buenos resultados oscila entre el 25 % y el 80 %", precisando que "en todo momento ha existido un seguimiento continuo y estrecho de la paciente, tratando tanto la patología inicial mediante la cirugía como (...) las complicaciones presentadas (lesión vascular y no unión de artrodesis lumbar) de manera apropiada, inmediata, sin dilaciones indebidas y acorde a las pautas y estándares habituales en la práctica clínica, habiéndose puesto todos los medios posibles para la curación" de la misma, con cita al efecto de diversa bibliografía médica.

En definitiva, las periciales incorporadas al expediente, únicos elementos sobre los cuales este Consejo ha de formar su convicción, permiten concluir que la actuación del personal sanitario ha sido correcta y adaptada a la *lex artis*, según se desprende de los informes obrantes en aquel, los cuales en ningún momento han sido desvirtuados por la reclamante cuya imputación se sustenta únicamente en sus propias opiniones y que, en el marco del procedimiento administrativo, no ha acudido al derecho que la ley le confiere de presentar pericias que acrediten una mala praxis médica.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.