

Dictamen nº: **53/17**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación **02.02.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 2 de febrero de 2017, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3.f) a) de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por D. J.F.R.M. sobre indemnización de los daños y perjuicios relacionados con el tratamiento de una espondilolistesis con espondilolistesis L5-S1.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 17 de marzo de 2016, el particular identificado en el encabezamiento del dictamen presentó en una oficina postal, solicitud indemnizatoria en la que exponía que, en febrero de 2013, y a causa de los fuertes dolores lumbares que había padecido durante el año anterior, fue objeto de un estudio neurofisiológico y de una resonancia magnética en la columna lumbar en el Hospital Infanta Leonor (HIL), pruebas que permitieron deducir que sufría una radiculopatía ganglionar o postganglionar L5-S1 y S1-S2 derechas severas, con importante pérdida de unidades motoras, así como una hernia discal de base ancha posterocentral L5-S1, con cambios degenerativos en las articulaciones L4-L5 y L5-S1.

Con dichos diagnósticos, fue remitido a su hospital de referencia, el Severo Ochoa (HSO), que le realizó nuevas pruebas y le citó para consulta de Neurología en el Hospital Universitario de Getafe (HUG), centro este último en que, en junio de 2013, se le diagnosticó una espondiolosis con espondilolistesis, para cuyo tratamiento se le indicó la realización de una artrodesis L5-S1 con laminectomía, a la que fue sometido en el mes de agosto.

Lamenta el reclamante que, después de esta operación, y a pesar de los importantes dolores e incapacidad que presentaba, se le diera de alta a los dos días de la intervención sin practicar antes alguna prueba que permitiera deducir si la intervención quirúrgica había resultado exitosa.

Con posterioridad, acudió en octubre a realizarse un TAC y en diciembre un escáner, siendo así que no tuvo una nueva cita con el neurocirujano hasta el mes de enero de 2014, fecha hasta la cual estuvo llevando el corsé que le había sido indicado a raíz de la operación. En dicha consulta, el paciente que presenta la reclamación puso de manifiesto al facultativo la debilidad y molestias que sentía en los miembros inferiores, así como el dolor que sentía en el miembro inferior derecho. Según expresa, el especialista, sin comprobar el resultado de las pruebas que la habían sido realizadas con posterioridad a la intervención quirúrgica, le pautó rehabilitación, la retirada gradual del corsé y el inicio gradual de las actividades de la vida diaria, citándole para dentro de seis meses.

La rehabilitación tuvo que ser suspendida a las 14 sesiones, por el “dolorosísimo estado en que se encontraba el paciente”, siendo remitido a su neurocirujano para que volviera a valorar su situación. Apunta también que los rehabilitadores se extrañaban ante el hecho de que siguiera llevando el corsé pasados casi seis meses desde la intervención quirúrgica. El paciente optó por acudir sin cita al neurocirujano, que le

animó a no hacer caso de las advertencias de los rehabilitadores e iniciar los ejercicios en piscina para ir recuperando movilidad. Asimismo, en febrero, y después de siete meses portándolo, le indicó la retirada del corsé.

El reclamante refiere que, ante la agravación paulatina de sus molestias (dolores insoportables en la espalda y la pierna derecha y pérdida de la movilidad en los dedos del pie y en el tobillo derechos), acudió en varias ocasiones sin cita a consulta, y que no se le mandaron pruebas que pudieran dar respuesta a dicho empeoramiento.

Ya pasado un año desde la intervención, en nueva consulta con su neurólogo de julio de 2014, se comprobaría mediante un electromiograma actividad reinervativa y afectación crónica radicular, prescribiendo fortalecimiento de la musculatura de la columna lumbar mediante ejercicio físico y, por primera vez, un TAC de control. Dicha prueba, realizada en septiembre, permitió establecer el diagnóstico de espondilólisis, espondilolistesis y lumbociatalgia derecha, con severas limitaciones de por vida a sus 47 años, consistentes en no coger peso, no hacer esfuerzos y evitar la sedestación.

Asimismo, refiere la reclamación que, en vista de dicho TAC, así como del realizado en octubre de 2013, el facultativo insistía en la correcta colocación de los tornillos que le habían sido puestos en la intervención quirúrgica.

Ante la gravedad de la situación, el reclamante acudió a una segunda opinión al Hospital Quirón de Pozuelo de Alarcón, en el cual, en consulta de 24 de septiembre de 2014, se le mandó realizar una radiografía de la zona afectada, de la que resultó la movilización de los tornillos con sospecha de pseudoartrosis L5-S1, aconsejándole una cirugía de revisión para reartrodesis. Sin embargo, el facultativo del HUG insistió en su diagnóstico previo, ante lo cual el reclamante puso

una queja y solicitó la derivación al Hospital General Universitario Gregorio Marañón (HGUGM).

En Neurocirugía del HGUGM, inicialmente se insistió en noviembre de 2014 en el diagnóstico que traía del HUG, si bien, ante la insistencia del paciente, se le realizaron una resonancia magnética lumbar, un TC lumbar y un electromiograma, que permitieron comprobar que los cuatro tornillos estaban sueltos y debía ser objeto de una nueva intervención quirúrgica, quedando apuntado (a los 19 meses de la primera operación) en lista de espera sin ningún tipo de preferencia o de urgencia.

Ante la desesperación del paciente por la espera, consiguió ser derivado de nuevo al Hospital Quirón, en régimen de concierto, donde fue intervenido en octubre de 2015. Advierte el reclamante que la tardanza en realizar esta nueva cirugía le deparó secuelas en la zona inguinal y en las caderas por el tiempo considerable en el que había mantenido posiciones inadecuadas por el dolor y una deambulación incorrecta.

En la actualidad, estaba siendo tratado en el Hospital Quirón de problema de psoas y en el Hospital Rey Juan Carlos de un dolor inguinal incapacitante.

La reclamación lamentaba un deficiente control y seguimiento tras la intervención quirúrgica, con tardanza en indicarle la realización de pruebas de control; el excesivo y anormal tiempo que mantuvo el corsé; la demora en realizar la resonancia de control una vez que le fue prescrita; de la obstinación en afirmar que la fijación de los tornillos era correcta y la lentitud en realizar la segunda intervención una vez que se decidió llevarla a efecto.

De todo ello se había derivado la incapacidad para desarrollar su profesión habitual como autónomo con maquinaria pesada, estando

pendiente a la fecha de la reclamación de la resolución que, en su caso, declarase la incapacidad permanente que había solicitado, por lo que solicitaba ser indemnizado en cantidad suficiente para cubrir los daños y perjuicios físicos morales producidos a consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria recibida en los hospitales de Getafe y Gregorio Marañón.

Acompañaba a su reclamación documentación médica relativa al proceso asistencial, así como la respuesta del gerente del HUG ante la queja que presentó contra el neurocirujano que le operó la primera vez y la solicitud de cambio de centro sanitario.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo, en particular del historial clínico que le ha sido remitido, permite poner de manifiesto los siguientes hechos:

Después de iniciar el año 2013 con dolores debidos a una lumbociática derecha, en Traumatología del Centro de Salud Santa Isabel, el 13 de febrero de 2013 fue visto por el Servicio de Traumatología del HIL, pidiéndole la realización de una RMN y de un EMG por posible hernia discal, y prescribiéndole un antiinflamatorio inyectable, que le fue administrado durante dos días en Atención Primaria hasta que el día 22 de aquel mismo año hubo que suspenderlo por reacción alérgica.

En nueva consulta en el mismo centro indicado de 8 de abril, ya con el resultado de las pruebas practicadas (Rx, RMN y sendos EMG de febrero y de marzo), se anotó que el estudio neurofisiológico había puesto de manifiesto la existencia de una pérdida muy severa de unidades motoras en niveles L5-S1 y S1-S2 derechos, sin signos de denervación en el momento actual. Los hallazgos ENG de los N Peroneal, Peroneo superficial y Sur al derechos, junto a los hallazgos

EMG descritos se estimaron compatibles con la existencia de una radiculopatía aguda ganglionar o postganglionar L5-S1 y S1-S2 derecha, objetivándose, no obstante, una mejoría con respecto al anterior estudio (PUM de reinervación, mayor riqueza de unidades motoras, no registrándose actividad denervatoria en el momento actual). En sesión clínica se fijó el diagnóstico de hernia discal de base ancha posterocentral en L5-S1, con desgarro anular en la región paracentral derecha y cambios degenerativos a las articulaciones interapofisarias de L4-L5 y L5-S1. Como plan, se dispuso el de remitir al paciente a su hospital de referencia para tratamiento definitivo, quedando citado en Neurocirugía del HUG para el 5/4/2013, y en un mes para revisión en el propio Servicio de Traumatología del HUSO, sin perjuicio de la advertencia de acudir a Urgencias en caso de empeoramiento.

El 25 de abril asistió a consulta de Neurocirugía del HUG.

El 10 de mayo fue visto en el del Hospital Severo Ochoa, produciéndole una leve mejoría el tratamiento pautado con dosis alternas de dos tipos de analgésicos y un antiinflamatorio.

El 31 de mayo el neurocirujano solicitó una radiografía, quedando a la espera de determinar si se le operaba en consulta de junio.

El 6 de junio, en consulta de Neurocirugía del HUG, con las pruebas que ya habían sido valoradas en la consulta de 8 de abril, se le diagnosticó espondilolisis con espondilolistesis y planteó tratamiento quirúrgico consistente en artrodesis de L5-S1 con laminectomía.

En la consulta de Atención Primaria (AP) del 22 de julio, mientras seguía el tratamiento con analgésicos, ya tenía hecho todo el preoperatorio, aunque se mostraba desesperado porque no le llamaban para ser operado.

La intervención quirúrgica consistente en laminectomía L5 y una artrodesis transpedicular L5-S1 se produjo el 5 de agosto de 2013 en el Servicio de Neurocirugía del HUG, cuando el paciente contaba con 45 años de edad, desarrollándose sin complicaciones. Ante su buena evolución, fue dado de alta el día 7, quedando citado en consultas externas en dos meses, con la indicación de reposo relativo con incorporación a sus actividades básicas en el plazo de 4-6 semanas, utilizando ortesis lumbar.

Hasta el día 19 de agosto, en que le retiraron las grapas sin dehiscencia ni infección, estuvo acudiendo al CS a por recetas de analgésicos.

En la consulta de AP de 13 de septiembre, se anotó que Neurocirugía no le permitía de momento sentarse más de 10 minutos, que cuando estaba de pie tenía que ir con corsé y que no podía caminar más de 10 minutos.

En nueva consulta de AP de 4 de noviembre, se anotó que el neurocirujano le mandaba seguir con corsé y sin sentarse, que tenía fijado un TAC para el 9 de diciembre de 2013 y luego consulta en enero de 2014, fecha en la que se le retiraría el corsé e iniciaría la rehabilitación.

En la consulta de Neurocirugía del HUG de 9 de enero de 2014, en que el paciente refería molestias lumbares y debilidad en ambos miembros inferiores, se le indicó retirada gradual del corsé, rehabilitación, inicio gradual de las actividades de la vida diaria y nueva cita en seis meses.

La rehabilitación se inició el 20 de enero de 2014, si bien, en consulta de AP de 1 de julio, después de más de cuatro meses y medio

sin acudir al Centro de Salud, se anotó que no estaba mejor y que estaba pendiente de más sesiones de rehabilitación.

En revisión en Neurocirugía del HUG de 3 de julio, el paciente refería dolor lumbar irradiado a la pierna derecha que apareció tras la retirada del corsé y el inicio de la magnetoterapia. En el EMG, se observaba actividad reinervativa y afectación crónica radicular. Igualmente, el facultativo anotó que “Tiene hecho TC donde se observa la correcta colocación de los tornillos”. Se le encomendó fortalecer la musculatura de la columna lumbar con ejercicio físico, y solicitó RM de control.

En nueva consulta en el mismo Servicio de 18 de septiembre, se apreciaron en las pruebas radiológicas cambios postquirúrgicos con correcto posicionamiento de los tornillos, sin datos de compresión radicular, y observó un tejido dorsal al cuerpo de L5 y S1 sugestivo de tejido de granulación. En el EMG postquirúrgico no se observaban signos denervativos agudos en la musculatura explorada (dependiente de las raíces L4-S1), se apreciaban signos reinervativos leves en el músculo gemelo derecho y signos neurofisiológicos de daño axonal crónico leve en la raíz S1 derecha. Se estableció el juicio clínico de espondilolisis, espondilolistesis y lumboociatalgia derecha. Se recomendó al paciente no coger pesos ni realizar grandes esfuerzos, así como evitar la sedestación en la medida de lo posible. También se le incitaba a hacer ejercicio físico (tal como pilates o natación) de forma regular y seguir con sus revisiones en consultas de Neurocirugía.

Según las anotaciones de la consulta de AP de 23 de septiembre de 2014, se anotó que el paciente había sido dado de alta en el INSS con fecha 9 de julio de 2014, obteniendo nueva baja laboral tras recurrir a partir del 10 de julio hasta el 29 de agosto, en que fue dado nuevamente de alta. En la consulta de referencia, dijo que no se encontraba bien y solicitó que se le diera nueva baja por recaída.

Solicitada por el paciente una segunda opinión, en revisión en la Clínica Quirón de Pozuelo de Alarcón de 24 de septiembre, el paciente presentaba a la exploración dolor lumbar y en pierna derecha, y Lassegue positivo derecho. También se anotó: "TC 12/13 sin evidencia de fusión alguna. Laminectomía amplia. JC: sospecha de pseudo lumbar L5-S1. Valorar cirugía de revisión L5-S1".

En nueva consulta en la misma clínica de 2 de octubre, en la que se realizó una Rx con movilización tornillos, se estableció el juicio clínico de sospecha de pseudoartrosis L5-S1, recomendando al paciente cirugía de revisión para reartrodésis.

Con esta segunda opinión, el paciente fue visto por el Servicio de Neurocirugía de HGUGM, que, en consulta de 3 de noviembre, señaló que,

"... tras la cirugía el paciente utilizó corsé lumbosacro durante 6 meses tras la cirugía. Tras la retirada del corsé se reiniciaron las molestias (dolor lumbar y en miembro inferior derecho: cara interna del muslo y pierna hasta la planta del pie, con parestesias en planta). Fue valorado por Rehabilitación que al parecer desestimó tratamiento por el tiempo transcurrido desde la cirugía. Solicitó segunda opinión en Traumatología Hospital Quirón donde se sugiere diagnóstico de pseudoartrosis L5-S1. Acude ahora para solicitar segunda opinión.

Exploración neurológica: Lassegue derecho positivo a 45°. No déficit motor aparente, Sensibilidad normal. ROTs rotulianos y aquileos simétricos. RCP flexora bilateral. No alteración del control de esfínteres. Solicitud RM columna lumbar, TC lumbar y EMG".

El 25 de noviembre de 2014 se le hizo un TAC, estando pendientes de RMN y EMG.

Ya con el resultado de las pruebas, en consulta de 19 de enero de 2015, en el Servicio de Neurocirugía del HUGM, se valoró el TAC de columna lumbar, sugestivo de anterolistesis L5-S1 grado 1 secundaria a espondilolisis bilateral en L5, cambios postquirúrgicos en L5-S1 con tornillos de fijación transpedicular, que el tornillo derecho de S1 no atraviesa el pedículo, sino que tiene una orientación oblicua lateralizada a la derecha, sobre pasando además el margen anterior del sacro y el resto de tornillos tienen una orientación adecuada, en el nivel L5-S1 existe una seudoprotrusión discal difusa con estenosis de la base de los forámenes en conjunción, sin otras alteraciones significativas. En cuanto a la RNM de columna lumbar, era sugeritiva de artrodesis L5-S1, persistiendo una listesis grado 1 en L5-S1, el tamaño del canal es amplio tras la cirugía, los forámenes de conjunción se encuentran disminuidos bilateralmente en L5-S1, y en el resto de los niveles no se observan alteraciones reseñables; finalmente, el EMG mostraba radiculopatía motora crónica L5-S1 derecha fundamentalmente en S1 derecho.

En nueva consulta de 9 de febrero de 2015 se concluyó que:

“El dolor que refiere antes de operarse es un dolor radicular hasta la planta del pie derecho. El dolor era casi constante. Desde la operación en agosto de 2013 la clínica no ha variado prácticamente, excepto que refiere debilidad subjetiva para la dorsoflexión de los dedos del pie derecho. Hemos visto todas las pruebas de imagen realizadas y parece que pudiera haber una pseudoartrosis. Les explico la posibilidad de reintervención mediante artodesis circunferencial. Acepta. Solicito estudio NF aquí”.

La siguiente revisión se produjo el 1 de junio, en la que el paciente estaba clínicamente igual. El EMG mostraba denervación moderada-importante L5 derecha y leve S1. Asimismo, se anotó que el paciente

estaba “*yendo a un curandero en Cáceres y cree que ha empezado a mover algo los dedos del pie*”.

En febrero de 2015, en Neurocirugía del HGUGM, se decidió volver a intervenirle, al tener sueltos los tornillos y algún nervio pinzado por las parestesias, mandándose realizar un EMG y una RX de columna, quedando citado para el 1 de junio.

El 3 de marzo de 2015, y después de dos pesquisas por la Inspección de la Seguridad Social ante el Centro de Salud en el mes de febrero, pidió el alta voluntariamente.

En visita al CS de 2 de junio, estaba pendiente de ser llamado para intervenirle.

El 8 de junio portaba un EMG que denotaba denervación crónica de grado importante en territorios correspondientes a miotoma L5 derecho y de grado leve-moderado en miotoma S1 derecho.

El 3 de agosto mostraba algo de mejoría con tratamiento consistente en antiartríticos/analgésicos y benzodiacepinas.

Desde el 10 de octubre de 2014 al 16 de julio de 2015, no se registró ninguna asistencia al CS.

El 7 de octubre de 2015 fue intervenido en la Clínica Quirón de fracaso de artrodesis L5-S1 de espindilolistesis L5-S1. La intervención consistente en retirada de instrumentación previa movilizada y reartrodesis con tornillos pediculares y caja intersomática cursó sin complicaciones, siendo dado de alta el día 11 de octubre dada su buena evolución postquirúrgica. Al alta, se le pautó analgésico antiinflamatorio y heparina, quedando emplazado para revisión en Traumatología a las cuatro semanas de la intervención.

En la anotación del CS de 12 de noviembre de 2015, a la que acudió para obtener recetas, figura que se encontraba mucho mejor.

El 17 de noviembre acudió a Traumatología para revisión, anotándose haber sido operado con éxito del fracaso de la artrodesis, obteniendo indicación de caminar más y seguir con corsé.

En consulta de la Clínica Quirón Salud de 22 de enero de 2016, en el apartado *Evolución* se anotó “*Dolor región inguinal derecha de varios días de evolución; refiere tr. indirecto previo. Dolor que aumenta con la flexión. Molestias al cruzar las piernas. Camina 1 hora al día pero luego refiere dolor. Cojea con deambulación prolongada. Exploración: - No dismetrías. - Rolling test. - Stinchfield no lo puede realizar; disminución fuerza psoas. - Atrapamiento*”, y en el de Juicio Clínico, “*Creo que se trata de un problema de psoas más que intrarticular de cadera. Solicito artroRM indirecta. La Rx es normal*”.

En nueva visita a AP de 25 de enero de 2016, consta que estaba siguiendo tratamiento rehabilitador en el Hospital Severo Ochoa.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial, una vez admitida a trámite la solicitud en virtud de acuerdo de la jefa de Área de Responsabilidad Patrimonial y Actuaciones Administrativas del SERMAS de 23 de marzo de 2016.

En el procedimiento, se han recabado informes de los servicios que han prestado la asistencia sanitaria relaciona con la reclamación.

Por parte del jefe de Sección del Servicio de Neurocirugía del HUG se ha emitido informe de 1 de abril de 2016, en relación con la asistencia prestada al paciente en el mismo.

El Servicio de Neurocirugía del HGUGM, en informe de 6 de abril de 2016, recogió los datos relativos a la asistencia prestada por su lado, sin hacer valoración crítica sobre el contenido de la reclamación.

Igualmente, en relación con la espera quirúrgica, se ha emitido informe por el Servicio de Admisión del HGUGM, en el que se explica que, ante la demora superior a 30 días para poder intervenirle por el Servicio de Neurocirugía, se le ofreció al paciente la derivación a cuatro hospitales distintos que concreta, siendo rechazados todos por aquél.

La Inspección Sanitaria, con fecha 8 de agosto de 2016, suscribe informe en el que, tras exponer los antecedentes fácticos y las consideraciones médicas que tiene por oportunas, concluye que

"No se constata "Retraso en el diagnóstico" a la vista de los resultados de las Pruebas Complementarias realizadas. No se constata "Retraso en la intervención quirúrgica" toda vez que, a pesar de haberle ofrecido al paciente varios Centros Hospitalarios, el paciente los rechaza. Por lo tanto se considera que, dicha asistencia sanitaria fue correcta según los criterios de la lex artis ad hoc".

Por oficio de 22 de septiembre, se ha concedido el trámite de audiencia al reclamante, que lo ha formalizado mediante escrito presentado en su nombre con fecha 17 de octubre, en el que incide en esencia en la argumentación expuesta en su escrito inicial.

Asimismo, con fecha 4 de noviembre, ha presentado un nuevo escrito, por medio de abogado en el que expone los comentarios que le ha hecho un especialista que no identifica en relación con la resonancia magnética que le fue realizada el 18 de septiembre de 2014.

Formalizado el trámite de audiencia, el viceconsejero de Sanidad ha emitido propuesta de resolución de 18 de noviembre de 2016 en el sentido de desestimar la reclamación al considerar que, conforme al criterio expuesto por la Inspección Médica, no se había acreditado la existencia de relación de causalidad entre una mala praxis médica y el resultado dañoso.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante oficio de 19 de diciembre de 2016 que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el día 23 siguiente, formula consulta cuyo estudio corresponde por reparto de asuntos al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por unanimidad en Pleno de 2 de febrero de 2017.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f).a de su Ley 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y a solicitud de un órgano legitimado para ello según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP). Así se deduce del hecho de haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

El reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJAP), al ser la persona que ha recibido la asistencia sanitaria por la que se deduce la reclamación.

En cuanto a la legitimación pasiva, corresponde a la Comunidad de Madrid, ya que los centros sanitarios que asistieron a la paciente pertenecen a su red sanitaria.

Por lo que se refiere a la tramitación del procedimiento seguido por el órgano que eleva la consulta, entre los actos realizados, tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen y según exige el artículo 10.1 del RPRP, figura la obtención de los informes de los Servicios de Neurocirugía de los Hospitales de Getafe y Gregorio Marañón, así como del Servicio de Admisión de este último. Por lo demás, se ha dado cumplimiento al trámite de audiencia y se ha incorporado el informe de la Inspección Sanitaria. En consecuencia, no se observan defectos procedimentales de carácter esencial, o que puedan acarrear indefensión, a lo largo del procedimiento.

A tenor del artículo 142.5 LRJ-PAC, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año desde el momento de producción del hecho que motive la indemnización o desde la fecha en que se hayan manifestado sus efectos lesivos. Como particularidad, cuando los daños tengan carácter físico o psíquico, el plazo empezará a computarse desde la curación o, en su caso, desde la determinación del alcance de las secuelas.

El reclamante solicita la indemnización de los daños y perjuicios que considera derivados del deficiente control y seguimiento de la intervención quirúrgica consistente en laminectomía L5 y artrodesis transpedicular L5-S1, realizada el 5 de agosto de 2013. No fue hasta consulta de 19 de enero de 2015, en el Servicio de Neurocirugía del HUGM, cuando se puso de manifiesto la posible colocación incorrecta de los tornillos, situación por la que tuvo que ser reintervenido el 7 de octubre de ese mismo año. Basta tener en cuenta ese dato para colegir que el 17 de marzo de 2016, fecha en que fue presentada la reclamación, el derecho a reclamar no había prescrito.

TERCERA.- El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce a los particulares, en los términos establecidos por la ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que ésta sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y no concurra circunstancia de fuerza mayor que sirva para exonerar a la Administración.

La previsión constitucional se halla desarrollada actualmente en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC, si bien, como ya apuntamos anteriormente, en este caso el referente normativo viene constituido por los artículos 139 y siguientes de la LRJAP.

Tiene declarado el Tribunal Supremo, por todas en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de abril de 2016 (RC 2611/2014), que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJAP y una reiterada jurisprudencia que lo interpreta:

- a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente en relación a una persona o grupo de personas;
- b) que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal;
- c) ausencia de fuerza mayor, y
- d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico. Pero que

“... lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es

indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta... Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

En concreto, cuando se trata de daños derivados de la asistencia sanitaria, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público en cuanto que el criterio de la actuación conforme a la denominada *lex artis* se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios.

Así, señala el Tribunal Supremo, en doctrina reiterada en numerosas ocasiones (por todas, la STS de 19/5/2015, RC 4397/2010) que

"... no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva mas allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del

paciente, por lo que si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido ya que la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados".

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el procedimiento datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, se viene señalando que, en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales pueda tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido, cabe entender conculcada la *lex artis* puesto que al no proporcionar a los interesados esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal (SSTS de 19/5 y de 27/4/2015, RRCC 4397/2010 y 2114/2013).

CUARTA.- Del breve resumen de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial incluidos en la consideración jurídica precedente, se deduce que no cabe plantearse una posible responsabilidad de la Administración sin la existencia de un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido recordaba la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009, que

“... la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”.

En el caso del reclamante, el perjuicio alegado reside en las secuelas sobre su estado de salud, derivadas de la tardanza en darse cuenta que la colocación de los tornillos que se le habían insertado en la operación de columna realizada el 5 de agosto de 2013 era inadecuada.

Centrada así la cuestión, conviene advertir que no basta con acreditar la emergencia de un daño para que se surja la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que, cuando de la asistencia sanitaria se trata, es necesario probar que aquél se halle vinculado a una actuación contraria a los principios de la *lex artis ad hoc*.

En dicho sentido, ha recordado la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, S. 10^a, en Sentencia de 21 de abril de 2016 (P.O. 409/2013),

“Así, este Tribunal en la administración del principio sobre la carga de la prueba, ha de partir del criterio de que cada parte soporta la carga de probar los datos que, no siendo notorios ni negativos y teniéndose por controvertidos, constituyen el supuesto de hecho de la norma cuyas consecuencias jurídicas invoca a su favor (por todas, sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1985 , 9 de junio de 1986 , 22 de septiembre de 1986 , 29 de enero y 19 de febrero de 1990, 13 de enero , 23 de mayo y 19 de septiembre de 1997 , 21 de septiembre de 1998), todo ello, sin perjuicio de que la regla pueda intensificarse

o alterarse, según los casos, en aplicación del principio de la buena fe en su vertiente procesal, mediante el criterio de la facilidad, cuando hay datos de hecho que resultan de clara facilidad probatoria para una de las partes y de difícil acreditación para la otra (Sentencias Tribunal Supremo (3^a) de 29 de enero , 5 de febrero y 19 de febrero de 1990 , y 2 de noviembre de 1992 , entre otras).

Resulta que cuando, para apreciar algún punto de hecho de relevancia para resolver el proceso, sean necesarios o convenientes conocimientos especiales, se establece, como cauce adecuado para hacerlos llegar al mismo, el de la prueba pericial, aunque se ha de señalar que los informes periciales no acreditan por sí mismos y de una forma irrefutable una determinada valoración y apreciación técnica de los hechos o datos aportados al proceso, sino que expresan el juicio o convicción de los peritos con arreglo a los antecedentes que se les han facilitado, sin que necesariamente prevalezcan sobre otros medios de prueba, ya que no existen reglas generales preestablecidas para valorarlos salvo la vinculación a las reglas de la sana crítica en el marco de la valoración conjunta de los medios probatorios traídos al proceso, pero es claro que la fuerza probatoria de los dictámenes periciales reside en gran medida en la cualificación técnica de los peritos, en su independencia o lejanía respecto a los intereses de las partes y en la fundamentación y coherencia interna de sus informes.

Las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales medicas pues se está ante una cuestión eminentemente técnica y como este Tribunal carece de conocimientos técnicos- médicos necesarios debe apoyarse en las pruebas periciales que figuren en los autos. En estos casos los órganos judiciales vienen obligados a

decidir con tales medios de prueba empleando la lógica y el buen sentido o sana crítica con el fin de zanjar el conflicto planteado”.

En el caso examinado, no hay pruebas de las que se pueda inferir que la actuación de los médicos que atendieron al paciente, haya sido contraria a las exigencias de la buena práctica médica.

En este punto, cabe señalar, en primer lugar que, aunque los tornillos se hayan presentado desplazados con el paso del tiempo, por parte del reclamante no se ha aportado prueba de la que se deduzca que esa situación sea consecuencia de una mala práctica en la intervención quirúrgica, ni tan siquiera que la colocación sea incorrecta desde el momento de la intervención y no obedezca a un posible desplazamiento posterior.

En segundo lugar, es plausible la posibilidad de que nos encontremos ante una complicación de la intervención quirúrgica, y en este sentido la propia Inspección Sanitaria en su informe señala que las complicaciones post quirúrgicas, incluso de tipo tardío, son frecuentes en las intervenciones de columna.

En particular, el informe de la Inspección Sanitaria incide en que al reclamante se le realizó un TAC que, en la consulta de 3 de julio de 2014 del Servicio de Neurocirugía del HUG, permitió apreciar que los tornillos se hallaban correctamente colocados. Según la inspectora-médica actuante, la realización de un TAC de columna lumbar constituye la prueba de elección cuando se sospechan alteraciones en la colocación de los tornillos o datos de inestabilidad como consecuencia de una pseudoartrosis.

Por consiguiente, y ante la falta de presentación por parte del reclamante de informes técnicos que contrarresten el criterio de los que han sido incorporados a iniciativa del instructor, no se puede deducir

que en la intervención quirúrgica ni en el post operatorio se haya actuado en contra de los criterios de la buena práctica médica.

No cabe desdeñar que, según ha señalado la Sentencia de 11 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (R. 998/2013) en la misma línea tantas veces avalada por esta Comisión Jurídica Asesora, dicho informe

“... pese a no ser propiamente una prueba pericial sino un informe técnico incluido en el expediente administrativo, tiene una fuerza de convicción muy relevante, que deriva de la circunstancia de que el Médico Inspector ha informado con criterios de profesionalidad acordes con las pautas técnicas y científicas propias de su titulación profesional, así como con objetividad, imparcialidad e independencia respecto del caso y de las partes, al haber actuado en el ejercicio de funciones públicas”.

En este punto, la queja del reclamante no puede obviar el carácter de obligación de medios que tiene la prestación sanitaria cuando de la medicina curativa se trata. Ésta, tal como venimos afirmando con insistencia (verbigracia, en el Dictamen 163/16, en el que nos hacíamos eco de la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo y de la Sala homónima del T.S.J. de Madrid), constituye una obligación de medios y no de resultado, siendo deber del profesional sanitario el prestar la debida asistencia, mas no el garantizar en todo caso la curación del enfermo.

En atención a lo expuesto, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, al no haberse acreditado la existencia de *mala praxis* en la atención sanitaria prestada al reclamante.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 2 de febrero de 2017

La Vicepresidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 53/17

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid