

Dictamen n^o: **105/12**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **22.02.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 22 de febrero de 2012, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto antes referido y promovido por F.M.N., en adelante, “*el reclamante*”, sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por la deficiente asistencia sanitaria dispensada por parte de la Fundación A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado en Correos, el 20 de mayo de 2011, se reclama responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por los daños y perjuicios ocasionados, a su juicio, como consecuencia de una intervención quirúrgica de extirpación de disco intervertebral, llevada a cabo el 11 de diciembre de 2007, que le ocasionó una nueva lesión más grave, ocasionando una inestabilidad lumbar con cojera impeditiva para la profesión del reclamante, que ha ocasionado la declaración de invalidez total por parte de la Seguridad Social.

Solicita por ello una indemnización por importe de 240.000 euros. Aporta a la reclamación, además de informes médicos, algunos de los cuales realizados en un centro sanitario radicado fuera de la Comunidad de Madrid, resolución, de 14 de octubre de 2008, por la que se reconoce la

incapacidad permanente total para la profesión habitual, Auto de 4 de diciembre de 2009, del Juzgado de Instrucción nº 36, de Madrid, que acuerda el sobreseimiento provisional de la causa penal seguida por los hechos por los que se reclama, y Auto 1827/10, de 12 de mayo de 2010, de la Audiencia Provincial de Madrid, notificado el 27 de mayo de 2010, que desestima el recurso de apelación interpuesto contra aquél y lo confirma.

SEGUNDO.- De la historia clínica y la documentación obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos:

El reclamante fue intervenido quirúrgicamente en una primera ocasión, el 22 de junio de 2007, en la Fundación A, por una hernia discal L5-S1 que provocaba un cuadro de lumbociática izquierda incapacitante para sus actividades. Se objetivó en la exploración previa un déficit motor, sensitivo y de ROT Aquileo indicativos de una afectación radicular y en resonancia magnética una gruesa hernia discal extruida. No se registraron anomalías en la intervención quirúrgica.

Tras la intervención el reclamante presentó mejoría, persistiendo lumbalgia menos intensa y déficit sensitivo, indicativo de una afectación radicular residual. Se pautó tratamiento conservador, a pesar de lo cual empeoró posteriormente con recidiva de la lumbalgia y la ciatalgia, y persistencia de los signos de radiculopatía.

En la resonancia magnética de control realizada el 26 de octubre de 2007 se comprobó la existencia de cambios postquirúrgicos en L5-S1 izquierdo, con signos de recidiva herniaria posterior y central, por lo que se propuso una reintervención, que fue llevada a cabo el 11 de diciembre de 2007, en la que se extirparon restos de tejido discal y se observó una cicatriz fibrosa perirradicular, parcialmente liberada, sin que se registren

otras incidencias intraoperatorias ni complicaciones postoperatorias inmediatas.

En la revisión de 10 de enero de 2008 el paciente refiere haberse encontrado bien una semana, comenzando bruscamente con lumbociática izquierda incapacitante. Se advierte claudicación a la marcha de puntillas por dolor y ROT con Aquileo izquierdo abolido. Se solicita resonancia magnética y radiografía preferente.

En consulta de 7 de febrero de 2008 se valoran los resultados de la resonancia que muestran cambios postquirúrgicos con ocupación del receso que capta contraste, pequeña retrolistesis L5 sobre S1 y en la radiografía no se observan inestabilidades. Se opta por un tratamiento conservador basado, por un lado, en suprimir las cargas sobre la columna, perdiendo peso propio y evitando realizar esfuerzos y cargar pesos, y por otro, en un desarrollo muscular adecuado, mediante ejercicio diario y la práctica de natación.

En la revisión de 13 de mayo el paciente refiere haber interrumpido la fisioterapia por empeoramiento del dolor; no ha perdido peso, a pesar de la indicación que se le realizó. Refiere que el tratamiento farmacológico no le reporta beneficio. En la exploración el estiramiento ciático es negativo, hay abolición de ROT Aquileo izquierdo, sin atrofas musculares, y muestra un déficit para la dorsiflexión del pie izquierdo, con hipoestesia en el borde izquierdo del pie. También presenta dolor para la movilización de columna lumbar en flexión anterior. Se solicita nueva RM con contraste y radiografía lumbosacra dinámica, pautándose tratamiento con Gabapentina. La resonancia magnética, realizada el 26 de mayo de 2008, muestra espondiolistesis grado I/IV con retrolistesis de L5.

El reclamante ha seguido, posteriormente, tratamiento en la Unidad de Dolor. El 17 de septiembre de 2008, el reclamante fue intervenido

nuevamente en el Hospital Universitario Doce de Octubre, para fijación lumbar L4-S1, con material de osteosíntesis.

TERCERO.- Ante la reclamación, se incoa procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. En fase de instrucción se han recabado los informes médicos que conforman la historia clínica de la reclamante.

Forman parte de la historia clínica, entre otros documentos, el informe del Servicio de Neurocirugía de 15 de julio de 2011, en el que, tras relatar los hechos antes citados, pone de manifiesto que *“El paciente padecía una radiculopatía objetivada clínicamente de forma persistente, consiguiente a la hernia discal tratada y, posteriormente, a la fibrosis cicatricial.*

Conocida la presencia clínica de una radiculopatía (afectación radicular), los protocolos neuroquirúrgicos no incluyen la realización de un estudio EMG preoperatorio por no ser necesario y no aportar ninguna información útil clínica. La indicación de este estudio solamente se incluye, y como opción, en los protocolos de estudio y tratamiento de otras afecciones, como la estenosis de canal vertebral. La práctica clínica neuroquirúrgica incluye la valoración mediante exploración de eventuales signos de afectación radicular como ocurrió en este caso, permitiendo conocer de antemano que había radiculopatía; se entiende que en la práctica de Traumatología esta habilidad clínica puede no ser habitual y motivar la inclusión de EMG en los protocolos traumatológicos, a diferencia de los neuroquirúrgicos.

La presencia de radiculopatía comprobada y registrada en los preoperatorios, cuya mención omite el demandante y su especialista traumatólogo pericial, hace imposible valorar con seguridad si se realizó un daño a la raíz nerviosa durante la intervención quirúrgica, por lo que hay que poner en duda la afirmación que incluye el paciente, por

razonablemente dudosa y posiblemente temeraria. En mi opinión, con los datos comentados es imposible afirmar con razones objetivas que se dañó la raíz durante la intervención quirúrgica, ya que existía ya un daño preoperatorio, que puede ser el mismo comprobado posteriormente.

La observación de una listesis en grado tras una intervención quirúrgica por hernia discal no es un hecho frecuente, particularmente las listesis móviles que son causa de una inestabilidad vertebral activa causante de patología. Es más frecuente la observación de una pequeña retrolistesis por acomodo de los platillos vertebrales, particularmente en caso de tratamiento de grandes hernias discales, pero esa listesis no es móvil, como se comprobó en el paciente en los estudios Rx realizados. De cualquier manera, esta se presentó tras la segunda intervención quirúrgica y no antes. Por tanto, la indicación quirúrgica en la segunda intervención era una extirpación de tejido discal y eventualmente de cicatriz, y no realizar una intervención quirúrgica de una patología (la listesis e inestabilidad vertebral) entonces inexistente. De esta manera, no existía ninguna indicación para programar y realizar una fijación vertebral durante la segunda intervención quirúrgica.

En conclusión, los procedimientos de valoración clínica y los tratamientos quirúrgicos realizados en nuestro Centro fueron completamente correctos y siguiendo los protocolos y la lex artis neuroquirúrgica para la patología que se trataba.

En conclusión, en mi opinión, no procede la satisfacción de la reclamación patrimonial presentada”.

Se ha incorporado al expediente el Informe de la Inspección Sanitaria, cuyas conclusiones manifiestan que “*PRIMERA: De las consideraciones primera a tercera se obtiene que para el diagnóstico de una radiculopatía es suficiente con la exploración física y para la elección del tratamiento las*

pruebas de imagen, no se menciona la necesidad de realizar un EMG en ninguna de las referencias consultadas ni para el diagnóstico ni para llevar a cabo la discectomía.*

SEGUNDA: Según los datos de exploración física el paciente ya tenía afectación radicular antes de la primera intervención de junio de 2007 (Diciembre 2006, fol. nº 37 de H. 12 Octubre) y antes de la segunda de diciembre de 2007. El Dr. S. del Hospital B describe que los hallazgos son compatibles con radiculopatía S1 de denervación "reciente" término ambiguo que no permite concretar una fecha y establecer relación causal entre las cirugías practicadas en fechas de junio y diciembre de 2007 y la afectación radicular.

TERCERA: En la revisión bibliográfica llevada a cabo no se ha encontrado que la retrolistesis sea una complicación temprana o tardía de la discectomía lumbar. Si bien el Jefe de Servicio de NRCG de la FJD menciona la existencia de retrolistesis fija por acomodación de platillos vertebrales tras la cirugía.

CUARTA: Según lo registrado en la historia clínica la "pequeña retrolistesis de L5 sobre S1" se halla en RM por primera vez con fecha de febrero de 2008.

Previamente existen dos RM de fechas 08/11/2007 y 21/05/2007 en la que no se describe la existencia de ninguna retrolistesis. Por todo lo anterior, en base a los datos registrados en la historia clínica y lo extraído de la revisión bibliográfica, se concluye que el procedimiento quirúrgico de artrodesis NO estaba indicado desde el punto de vista clínico en las cirugías primera y segunda practicadas en la FJD en fechas de 22/06/2007 y 07/12/2007.

QUINTA: En los dos hospitales Públicos se coincide en que el paciente tiene retrolistesis L5-S1 grado I (mínima) es fija. En el Hospital 12 de

Octubre se practica la artrodesis de columna con el diagnóstico de "inestabilidad de columna" no se encuentra disco en el espacio L5-S1 durante la cirugía y la evolución que posteriormente ha experimentado el paciente y reflejada en la historia clínica es buena (fol no 30 y 31), siendo la exploración funcional a fecha de 25 de septiembre de 2009 NORMAL".

Como conclusión, el informe manifiesta que “(...) no existen dudas razonables en cuanto a la idoneidad del proceso asistencial que se ha seguido aquí”.

Mediante escrito notificado el 14 de octubre de 2011, se concede trámite de audiencia al reclamante, sin que conste la presentación de alegaciones.

Se ha dado, igualmente, trámite de audiencia a la Fundación A, mediante escrito de fecha 5 de octubre de 2011, presentando el 8 de octubre siguiente, escrito de alegaciones, manifestando que la asistencia sanitaria prestada fue en todo momento ajustada a la “*lex artis*”, como consta y está acreditado en el informe emitido por el Jefe de Servicio de Neurocirugía de la Fundación, resto de informes e Historia Clínica, así como en el informe de la Inspección Médica.

El 19 de diciembre de 2012, la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria, dicta propuesta de resolución desestimatoria.

CUARTO.- En este estado del procedimiento y mediante orden del Consejero de Sanidad, de 12 de enero de 2012, que ha tenido entrada el 26 del mismo mes, se formula consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Ismael Bardisa Jordá, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por

unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 22 de febrero de 2012.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación en soporte cd, que, numerada y foliada, se consideró suficiente, y de la que se ha dado cuenta en lo esencial en los antecedentes de hecho anteriores.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (LCC) por ser la cuantía de la reclamación superior a quince mil euros, y se efectúa por el Consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

El presente dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LCC.

SEGUNDA.- Como resulta de los antecedentes, el procedimiento de responsabilidad patrimonial se inició a instancia de interesado, y su tramitación se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las

Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

Ostenta el reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, por ser la persona directamente afectada por el daño.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid. En este caso, los supuestos daños se han causado por personal de la Fundación A. Y al ser éste un centro sanitario con el que la Comunidad de Madrid tiene suscrito un concierto para la prestación sanitaria, se puede concluir que se dispensó tratamiento sanitario al reclamante en el ámbito del sistema sanitario de la citada Comunidad, en el que dicho establecimiento sanitario, pese a su naturaleza privada, se halla integrado mediante concierto, como autorizan los artículos 66 y 67 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. Por este motivo, se puede afirmar que la Comunidad de Madrid tiene legitimación pasiva en este procedimiento.

La disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, añadida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece que la responsabilidad patrimonial de los servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados *“por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso”*.

Tratándose de un centro concertado, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.3 del R.D. 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las

Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, que establece:

“Se seguirán los procedimientos previstos en los capítulos II y III de este Reglamento para determinar la responsabilidad de las administraciones públicas por los daños y perjuicios causados a terceros durante la ejecución de contratos, cuando sean consecuencia de una orden directa e inmediata de la Administración o de los vicios del proyecto elaborado por ella misma, con arreglo a la legislación de contratos de las Administraciones públicas, sin perjuicio de las especialidades que, en su caso, dicha legislación establece.

En todo caso se dará audiencia al contratista, notificándole cuantas actuaciones se realicen en el procedimiento, al efecto de que se persone en el mismo, exponga lo que a su derecho convenga y proponga cuantos medios de prueba estime necesarios”.

En consideración a este precepto, en el presente expediente se ha dado audiencia a la Fundación A.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año; a tal efecto dispone el artículo 142.5 de la LRJ-PAC que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”.*

Es verdad que la ley ha configurado el plazo como de prescripción, lo que supone que ciertas actuaciones pueden interrumpirlo y, en especial, el ejercicio de la acción penal.

En relación a la existencia de actuaciones penales y su posible eficacia interruptiva sobre los procedimientos de responsabilidad patrimonial es preciso traer a colación la jurisprudencia del Tribunal Supremo (valga por todas las Sentencias 18 de enero de 2006 (recurso 6074/2001), 23 de enero de 2001, recurso 7725/1996, y 16 de mayo de 2002, recurso 7591/2000) que admite la interrupción del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación de responsabilidad patrimonial en los casos de existencia de un proceso penal sobre los mismos hechos determinantes de la responsabilidad administrativa, en aplicación del principio de *actio nata* - conforme al cual la acción sólo puede comenzar cuando ello es posible y esta coyuntura se perfecciona cuando se unen los dos elementos del concepto de lesión, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad-, de tal suerte que la pendencia de un proceso penal encaminado a la fijación de los hechos o del alcance de la responsabilidad subsidiaria de la Administración comporta dicha eficacia interruptiva del plazo de prescripción de un año establecido por el artículo 142.5 LRJ-PAC.

Del juego combinado de los artículos 121 del Código Penal –que establece la responsabilidad subsidiaria de la Administración por los daños causados por los penalmente responsables de los delitos dolosos o culposos, cuando éstos sean autoridad, agentes y contratados de la misma o funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos o funciones, siempre que la lesión sea consecuencia directa del funcionamiento de los servicios públicos que les estuvieren confiados, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial de aquélla- y el artículo 146.2 LRJ-PAC se extrae, según la jurisprudencia citada, que *“cuando no se ha renunciado en el proceso penal al ejercicio de la acción de responsabilidad civil subsidiaria de la Administración, la pendencia del proceso penal abre un interrogante sobre el alcance de dicha responsabilidad susceptible de condicionar el alcance de la reclamación de responsabilidad patrimonial para la Administración y,*

consiguientemente, de interrumpir la prescripción con arreglo a una interpretación extensiva del precepto legal”.

Resultando del expediente que el Auto 1827/10, de 12 de mayo de 2010, recaído en el proceso penal fue notificado al reclamante el 27 de mayo de 2010, debe reputarse en plazo la reclamación presentada el 20 de mayo del año siguiente.

TERCERA.- En cuanto al procedimiento, se han cumplido los trámites establecidos al efecto en la normativa aplicable, incluido el trámite de audiencia a los interesados, regulado en los artículos 84 de la LRJ-PAC, y 11 del RPRP.

Especialmente, se ha practicado la prueba precisa, incorporando la historia clínica del reclamante, se ha recabado informe de los servicios cuyo funcionamiento supuestamente han ocasionado el daño e informe de la Inspección Sanitaria.

Del expediente instruido, en cumplimiento del trámite de audiencia, se dio traslado al reclamante, así como a la Fundación A.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el reglamento de desarrollo anteriormente mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y el artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio

de 1957. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

"1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado 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 -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es

imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

QUINTA.- Aplicada la anterior doctrina al caso que nos ocupa, y acreditada, mediante los informes médicos obrantes en el expediente, que el reclamante padece retrolistesis que precisó de intervención quirúrgica de fijación lumbar, daño que es evaluable económicamente e individualizado en su persona, la cuestión se centra en dilucidar si es imputable a la actuación de los servicios sanitarios.

Para ello es necesario valorar si la intervención sanitaria cuestionada se ajustó a los parámetros de la *lex artis*, esto es, si se acomodó a una buena práctica médica, lo que enervaría la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, porque de acuerdo con una larga y consolidada jurisprudencia *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”* (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 -recurso 6/7915/03-, 7 de marzo de 2007 -recurso 6/5286/03-, 16 de marzo de 2005 -recurso 6/3149/01-), o lo que es lo mismo, no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.

Alega el reclamante que antes de la intervención quirúrgica realizada el 11 de diciembre de 2007 debiera haberse realizado un electromiograma, con arreglo a lo que establecen los protocolos, que dicha intervención se realizó con una incorrecta técnica quirúrgica al no efectuarse una fijación lumbar, provocando una lesión radicular y retrolistesis, que motivó la necesidad de una nueva intervención en septiembre de 2008.

No puede olvidarse que en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 –recurso 1267/1999–, 30 de septiembre de 2003 –recurso 732/1999– y 11 de noviembre de 2004 –recurso 4067/2000–, entre otras), si bien la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en los supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante (así las Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre –recurso 3071/03– y 2 de noviembre de 2007 –recurso 9309/03– y 7 de julio de 2008 –recurso 3800/04–).

Sin embargo, de los informes obrantes en el expediente resulta la corrección de la actuación sanitaria y su adecuación a la *lex artis*. Un examen de la historia clínica del reclamante pone de manifiesto, como subrayan los informes obrantes en el expediente, que aquél ya padecía radiculopatía con carácter previo a la intervención quirúrgica discutida, lo que viene a contradecir la afirmación del reclamante de que la afectación radicular se produjo en la intervención quirúrgica realizada el 11 de diciembre de 2007.

Por lo que se refiere a la necesidad de realización de electromiograma con carácter previo a la intervención de hernia discal, tanto el informe del Jefe de Servicio de Neurocirugía, como el de la Inspección Sanitaria coinciden en afirmar que la realización de esta prueba no está protocolizada para las intervenciones quirúrgicas de hernia de disco. El primero de ellos señala expresamente que *“los protocolos neuroquirúrgicos no incluyen la realización de un estudio EMG preoperatorio por no ser necesario y no aportar ninguna información útil clínica. La indicación de este estudio solamente se incluye, y como opción, en los protocolos de estudio y tratamiento de otras afecciones, como la estenosis de canal vertebral”*. Por

su parte la Inspección sanitaria concluye que *“para el diagnóstico de una radiculopatía es suficiente con la exploración física y para la elección del tratamiento las pruebas de imagen, no se menciona la necesidad de realizar un EMG en ninguna de las referencias consultadas, ni para el diagnóstico ni para llevar a cabo la discectomía”*.

Por lo que respecta a la inadecuada técnica quirúrgica empleada en la cirugía de 11 de diciembre, al no haberse realizado una fijación lumbar, que tuvo que llevarse a cabo en una nueva intervención, practicada en septiembre de 2008, tanto la historia clínica como los informes de la Inspección y del Jefe de Servicio de neurocirugía, evidencian que la retrolistesis que fue corregida mediante la cirugía de septiembre de 2008 se diagnosticó por vez primera en una resonancia magnética realizada en febrero de 2008, es decir, con posterioridad a la cirugía que es objeto de reproche. Previamente existen dos resonancias, de mayo y noviembre de 2007, en las que no se describe la existencia de ninguna retrolistesis. Por tanto, como indica el Jefe del citado Servicio *“la indicación quirúrgica en la segunda intervención [la de diciembre de 2007] era una extirpación de tejido discal y eventualmente de cicatriz, y no realizar una intervención quirúrgica de una patología (la listesis e inestabilidad vertebral) entonces inexistente”*, consideración en la que coincide la Inspección.

En definitiva, de lo expuesto se infiere que la actuación médica fue ajustada a las buenas prácticas de la medicina. A similares conclusiones llega el médico forense que intervino en el proceso penal instruido por estos mismos hechos. Según consta en el Auto de la Audiencia Provincial 1827/10, aportado por el reclamante, *“el informe del Médico Forense de fecha 26/5/09 considera que el diagnóstico y el tratamiento quirúrgico realizados en la Fundación A en las intervenciones de 22/6/07 y 11/12/07 fueron correctos, no existiendo indicios de ninguna maniobra errónea o contraria a la práctica médica correcta, aunque no se*

obtuvieran los resultados esperados, lo que es frecuente en este tipo de intervenciones, sin que las mismas produjeran un agravamiento del estado clínico”, lo que conduce sin solución de continuidad a negar la existencia de relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento del servicio público necesario, requisito imprescindible para poder apreciar la concurrencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por no concurrir los requisitos necesarios para ello.

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 este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 22 de febrero de 2012