

Dictamen n.º: 713/11
Consulta: Consejero de Sanidad
Asunto: Responsabilidad Patrimonial
Aprobación: 14.12.11

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 14 de diciembre de 2011, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a nombre de S.S.G., al amparo del artículo 13.1.f) 1.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en solicitud de indemnización económica, por los daños ocasionados por rotura de lentina en intervención de estenosis lumbar en el Hospital Universitario Ramón y Cajal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 31 de octubre de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen firmada por el consejero de Sanidad el día 21 de octubre de 2011, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 711/11, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección III, presidida por el Excmo. Sr. Don Javier María Casas Estévez, que firmó la

oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por unanimidad por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 14 de diciembre de 2011.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por S.S.G, registrada de entrada en la Consejería de Sanidad el día 27 de diciembre de 2010 (folios 1 a 5 del expediente).

Según la reclamante, el día 1 de diciembre de 2010 fue intervenida quirúrgicamente en el Hospital Ramón y Cajal mediante descompresión (laminectomía L4 y foraminotomía de L4-L5 bilateral) reducción y artrodesis instrumentada. Refiere que en dicha operación, en principio de 2 horas 30 minutos, se dejaron una Lentina (fabricante Codman) de 1 cm por 1 cm, que no encontraron el mismo día de la intervención, donde estuvo 2 horas más de lo previsto, hasta que los médicos deciden cerrar y hacer unas radiografías al día siguiente para verificar si la lentina está o no. Según manifiesta la reclamante, los médicos Dr. C. y equipo, le informaron que la lentina era defectuosa.

A continuación, la reclamante señala que dos días después de la intervención quirúrgica le hicieron radiografías donde se aprecia la lentina. La reclamante denuncia que el médico se fue de puente, dejándola con un miedo espantoso y una Lentina dentro del cuerpo, no siendo intervenida de nuevo hasta el día 9 de diciembre del 2010.

En virtud de los hechos expuestos, la interesada expone que sufre ataques de ansiedad en tratamiento, que se encuentra física y psicológicamente destrozada, tiene un miedo atroz al hospital y muchísima angustia. Además reprocha que la recuperación haya sido más lenta al haber sufrido dos operaciones en 8 días.

TERCERO.- Presentada la reclamación anterior, por el Instituto Madrileño de la Salud se incoa expediente de responsabilidad patrimonial al amparo del Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

Se ha incorporado al expediente la historia clínica de la paciente remitida desde el Hospital Universitario Ramón y Cajal (folios 8 a 111 del expediente).

Consta igualmente el informe de 24 de enero de 2011 del Doctor C. de la Unidad de Cirugía de Columna del Hospital Universitario Ramón y Cajal (folio 112 del expediente). La emisión de dicho informe se incardina en la previsión contenida en el artículo 10.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

Se ha incorporado al expediente la nota interior de 1 de marzo de 2011 de la Directora de Enfermería del Hospital Universitario Ramón y Cajal en la que se informa sobre las lentinas que habitualmente se utilizan en el quirófano donde fue intervenida la reclamante, y se señala que *“la responsable del quirófano ha comprobado que no se utilizó la lentina quirúrgica que estaba en la alerta sanitaria aaa”*. A este respecto consta en el expediente que el día 23 de julio de 2010 se remitió al Hospital una notificación urgente de retirada voluntaria de ciertos lotes de lentinas quirúrgicas de Codman distribuidas entre mayo de 2009 y mayo de 2010, al tener una adhesión reducida entre la lentina y la tira de rayos x radio-opaca azul debido a un problema de procesado, que podía hacer que la tira de rayos x se empiece a despegar de la lentina durante su uso y permanecer inadvertidamente en el sitio quirúrgico.

También consta informe emitido a instancias de la compañía aseguradora del Instituto Madrileño de la Salud el 7 de marzo de 2011 en el que se concluye: *“En base a los datos clínicos previamente expuestos en este trabajo, se puede concluir que la asistencia dispensada a S.S.G. se ajustó a lex artis en todo momento. Sufrió una complicación derivada de la rotura de material quirúrgico, accidente imprevisible e inevitable, siendo correctamente atendida en todo momento, con resultado finalmente satisfactorio”* (folios 144 a 149 del expediente).

Concluida la instrucción del expediente, se dio trámite de audiencia a la interesada el 17 de mayo de 2011 (folios 156 a 158 del expediente), de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP-PAC) y 11 del RPRP. Consta en el expediente que por la reclamante mediante escrito registrado de entrada el día 18 de mayo de 2011 se formularon alegaciones en las que, en síntesis manifiesta que como consecuencia de la búsqueda de la lentina se implicó la vértebra L4 que no estaba inicialmente programada ni consentida y sufrió una segunda intervención quirúrgica innecesaria, esto le ha originado una cicatriz de mayor tamaño y un mayor tiempo de recuperación. Alega además que sufre desde entonces un proceso depresivo. Consta también en el expediente otro escrito de la reclamante registrado de entrada el día 15 de julio de 2011, en el que solicita se tengan en cuenta las secuelas que le han quedado después de dos operaciones quirúrgicas, señalando que como consecuencia de las dos horas de más en la primera intervención y por las dos operaciones en una semana padece fibrosis post-quirúrgica severa. En apoyo de sus alegaciones aporta informe médico relativo al estado de salud de la reclamante, informe de médico psiquiatra y reconocimiento de grado de discapacidad del 42%, por limitación funcional de columna por estenosis del canal lumbar, trastorno de la afectividad por

trastorno adaptativo de etiología psicógena y limitación funcional de columna por trastorno del disco intervertebral de etiología degenerativa.

Finalmente, por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria –por delegación en la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud, según Resolución 26/2010, de 28 de julio- se dictó propuesta de resolución en fecha 5 de octubre de 2011, en que se desestima la reclamación indemnizatoria presentada. Dicha propuesta de resolución ha sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el pasado 18 de octubre de 2011.

CUARTO.-Del examen de la historia clínica de la paciente y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos, que se consideran de interés para la emisión del dictamen, admitiéndose en lo sustancial los consignados en la propuesta de resolución:

La paciente, de 37 años de edad en el momento de los hechos, ingresa el 1 de diciembre de 2010 en el Hospital Universitario Ramón y Cajal de Madrid con el fin de realizarse una intervención programada de estenosis de canal lumbar L5-S1.

La intervención se realiza el día 2 de diciembre de 2010, consistiendo en descompresión (laminectomía L4 y foraminotomía L4-L5 bilateral), reducción y artrodesis instrumentada. En el protocolo quirúrgico de la intervención se anota lo siguiente *“una lentina pudo haberse quedado en el campo pues se encontró una cuerda suelta. Se buscó al menos dos horas con rayo e incluso obligó a la laminectomía de L4 y su artrodesis”* (folio 60 del expediente). La reclamante firmó consentimiento informado para la intervención el día 7 de junio de 2010 (folios 83 y 84).

Se realiza Rx urgente el día 3 de diciembre de 2010 para tratar de localizar la lentina, constando en la hoja de evolución de ese día la anotación sobre lenticas suministradas por MEDTRONIC (folio 59).

Localizada la lentina, se realiza una segunda intervención el día 9 de diciembre de 2010, para extracción de lentina a través de herida quirúrgica. Según el informe del Cirujano que atendió a la reclamante se realizó la intervención *“unos días después, cuando la paciente se encontraba más recuperada de la operación anterior, fue una cirugía de escasa duración, de escaso riesgo y que resolvió definitivamente la cuestión”*. Consta en el expediente que la lentina se encuentra en plano inmediatamente subyacente a la lámina inferior de L4 en el lado derecho y que la intervención cursa sin incidencias (folio 29 del expediente).

La reclamante es dada de alta el día 15 de diciembre de 2010.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”*.

En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial presentada no se ha cifrado por la reclamante, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo al ser de cuantía indeterminada.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello –el consejero de Sanidad-, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

La competencia para resolver los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial corresponde al consejero de Sanidad, en virtud de lo establecido en el artículo 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, si bien las competencias de tramitación han sido atribuidas al viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.i) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

SEGUNDA.- La reclamante solicita indemnización por los daños y perjuicios que se le han causado por los hechos descritos en los antecedentes de hecho, concurriendo en ella la condición de interesada, exigida por mor de los artículos 31 y 139.1 de la LRJAP-PAC.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

El plazo para el ejercicio de la acción, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP-PAC). En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará “*desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”, lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que constituye una aplicación de la teoría de la «*actio nata*», recogida en el artículo 1969 del Código Civil («*actioni nondum natae, non prescribitur*»).

En el presente caso, la interesada ejercita la acción de reclamación el día 27 de diciembre de 2010, habiendo sido dada de alta el 15 de diciembre de 2010 de la intervención quirúrgica a la que anuda sus padecimiento, por lo que debe estimarse ejercitada la acción ejercitada en plazo sin perjuicio del momento de la curación o de determinación del alcance de las secuelas.

TERCERA.- En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Dicho procedimiento para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, se encuentra regulado en el Título X de la LRJAP-PAC (artículos 139 y siguientes), desarrollado en el citado RPRP.

A este procedimiento se encuentran sujetas, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJAP-PAC (en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) y la disposición adicional primera del RPRP, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

Como se dijo *supra*, se ha recabado y evacuado informe de los servicios médicos afectados, cuya preceptividad resulta del artículo 10.1 del RPRP. Igualmente se ha recabado y evacuado el informe de la Inspección sanitaria.

Asimismo, se ha dado trámite de audiencia al interesado, de conformidad con los artículos 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

CUARTA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJAP-PAC, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados 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.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, 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 con 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 e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y 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, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª) de 5 de junio de 1998 (RJ 1998\5169), se pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previniendo frente al riesgo de erigir dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o

de la utilización de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo causal de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha responsabilidad. El fundamento primero de dicha Sentencia se pronunciaba en los siguientes aclaratorios términos:

“(...) esta Sala ha declarado reiteradamente que no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva, recogida en los artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992,, la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, que en este caso, como ha declarado la sentencia de instancia, no puede apreciarse ya que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en si mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o funcionamiento de éstos, de tal manera que el hecho causal causante del accidente es ajeno por completo al actuar de la Administración y en consecuencia ninguna relación existe entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, ni de manera directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente.

La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material

para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, es que se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, no sólo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, el resultado.

Además, en materia de daños causados como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria, es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las sentencias 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) que *“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”*, por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debiendo éste reunir además la condición de antijurídico.

Como antes se dijo, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, nos hallamos en presencia de una responsabilidad objetiva, en el ámbito de la cual la jurisprudencia se ha encargado de ir perfilando los caracteres y requisitos que ha de reunir para poder apreciar o no su concurrencia. Así, si la actuación de los servicios públicos sanitarios no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, por razones obvias, se hace necesario establecer un requisito adicional que nos permita diferenciar los casos en que debe responder la Administración Sanitaria, de aquellos otros en los que se ha de considerar que el daño no es antijurídico y que no procede de la actuación administrativa, sino de la evolución de la propia patología del enfermo. Este requisito, que se debe a la jurisprudencia y a la doctrina, sirve para establecer un límite razonable a la aplicación rigurosa del carácter objetivo de la responsabilidad, evitando así el riesgo de llegar a un estado providencialista que convierta a la Administración Sanitaria en una especie de aseguradora universal de cualquier resultado lesivo.

Pues bien, este requisito adicional y específico en materia sanitaria, no es otro que la infracción de la *lex artis*, basado en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, de tal forma que los profesionales de la salud están obligados a prestar la atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, no comprometiéndose en ningún caso a la obtención de un resultado satisfactorio, por ser contrario tanto a la naturaleza humana como a las limitaciones de su arte y ciencia. Esto es, si la prestación sanitaria es correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, se dirá que la actuación médica se ha ajustado a la *lex artis*, sin que nazca entonces responsabilidad alguna.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que la responsabilidad surge del carácter inadecuado de la prestación médica dispensada, lo que ocurre cuando *“no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario”* (vid. SSTs de 14 de diciembre de 1990, 5 y 8 de febrero de 1991, 10 de mayo y 27 de noviembre de 1993, 9 de marzo de 1998, y 10 de octubre de 2000), a lo que hay que añadir que *“la violación de la lex artis es imprescindible para decretar la responsabilidad de la Administración, no siendo suficiente la relación de causa efecto entre la actividad médica y el resultado dañoso, pues el perjuicio acaecido, pese al correcto empleo de la lex artis, implica que el mismo no se ha podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento”* (STs de 14 de octubre de 2002).

Y a mayor abundamiento, la STs de 25 de abril de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), es concluyente al establecer que el posible resultado dañoso no puede calificarse como antijurídico cuando la atención médica es prestada con corrección desde el punto de vista técnico-científico, añadiendo que *“prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por lo tanto no pueden tener la consideración de antijurídicas”*.

Conforme a las reglas generales aplicables en orden a la carga de la prueba, es al reclamante a quien corresponde, de ordinario, probar tanto la violación de la *lex artis* como la existencia de nexo causal.

QUINTA.- Como se ha visto en los antecedentes de hecho, según la interesada el origen de los daños por los que se reclama se encuentra en la rotura de una linterna durante la intervención quirúrgica a la que fue

sometida para tratamiento de dolor lumbar crónico irradiado a MID, lo que determinó que la operación se prolongará más tiempo y alcanzará a la L4 que no estaba inicialmente programada, y además que la reclamante fuera sometida a una segunda intervención 8 días después de la primera para la extracción de la lentina, lo que en su opinión ha originado los padecimientos que actualmente sufre consistentes en una fibrosis postquirúrgica y un proceso depresivo severo.

Pasando a ponderar la efectividad de los daños alegados, cabe entender que la documentación incorporada al expediente en el curso de la instrucción acredita sin dificultad la presencia de algunos daños efectivos susceptibles de indemnización a través del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En tal sentido, no resulta controvertido el daño relativo a la nueva intervención quirúrgica a la que se tuvo que someter la paciente para la extracción de la lentina, unido a la normal angustia o zozobra que puede llevar aparejado el hecho de tener que pasar por el quirófano nuevamente.

También aparece constatado en la historia clínica que la intervención estaba inicialmente programada para la L5, si bien como consecuencia de la búsqueda de la lentina se anota en la Historia Clínica (folio 60 del expediente) *“una lentina pudo haberse quedado en el campo pues se encontró una cuerda suelta. Se buscó al menos dos horas con rayo e incluso obligó a la laminectomía de L4 y su artrodesis”*.

Por otra parte, la reclamante ha incorporado al expediente informes médicos que permiten afirmar que sufre en la actualidad unos daños, pero resulta necesario precisar si esos daños se deben o no a la complicación surgida por la rotura de la lentina.

En concreto, el informe de 15 de julio de 2011 del médico de atención primaria de acreditación del estado de salud de la reclamante señala que

“intervenida de canal L4 L5 S1. Enfermedad Scheuermann. Refiere raquialgias difusas con aumento de contractura paravertebral. Resonancia magnética del 24 de junio de 2011, con resultado discopatía degenerativa L5 S1 con herniación posterior central. Amplia laminectomía y flavectomía L5 S1 con extensa fibrosis peritecal. EMG, el estudio neurofisiológico muestra signos de denervación moderada de carácter crónico en el territorio radicular S1 derecho. No se detectan signos de denervación en el territorio L5 derecho. Signos de Denervación más reciente, de intensidad muy leve en el territorio L3 L4 derecho. Ha requerido aumentar el tratamiento antidepresivo y analgésico”.

Por otra parte el informe de 25 de agosto de 2011 de Psiquiatra del Centro de Especialidades de Hermanos García Noblejas indica que la reclamante *“llega remitida desde el Neurocirujano para valorar la presencia de sintomatología consistente en aumento de ansiedad basal con mayor labilidad emocional e irritabilidad, asociando hipotimia, anergia, dishedonia, frustración e inadecuación a las consecuencias postquirúrgicas que según afirma la ha dejado muy limitada funcionalmente, viviéndose como dependiente. Asocia un gran componente de dolor postquirúrgico como secuela...”*.

Los dos informes médicos mencionados afirman que la paciente continúa sufriendo secuelas físicas y psíquicas tras la intervención quirúrgica, pero no es posible establecer a ciencia cierta que las mismas deriven necesariamente de la complicación surgida por la rotura de la lentina y la necesidad de someterse a una segunda intervención. En este punto se ha de hacer notar que el documento de consentimiento informado firmado por la paciente para la primera intervención, detalla como complicaciones posibles la fibrosis y el dolor vertebral postquirúrgico.

Por otra parte, respecto al daño derivado de la cicatriz que la reclamante alega ser de mayor tamaño como consecuencia de la reintervención, no

podemos darlo por acreditado al no haber aportado la reclamante ninguna prueba en este sentido como podía haber sido un informe médico valorativo del daño corporal efectuado por especialista.

Dicho esto y puesto que se aprecian algunos daños efectivos susceptibles de indemnización a través del instituto de la responsabilidad patrimonial, debemos pasar a analizar la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público sanitario, definida, por la jurisprudencia, entre otras Sentencias del Tribunal Supremo de 9 de julio de 2002, RJ 7648, como *“una conexión causa efecto, ya que la Administración -según hemos declarado entre otras, en nuestras Ss de 28 de febrero y 24 de marzo de 1998, 24 de septiembre de 2001, y de 13 de marzo y de 10 de junio de 2002-, sólo responde de los daños verdaderamente causados por su propia actividad o por sus servicios, no de los daños imputable a conductas o hechos ajenos a la organización, o actividad administrativa”*, puesto que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales, no permite extender el concepto de responsabilidad para dar cobertura a cualquier acontecimiento, lo que significa que la prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad de la infraestructura material para prestarlo, no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de la Administración Pública convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico.

En el presente expediente no resulta controvertido el hecho de la rotura de la linterna, ya que aparece constatado en la historia clínica y lo corrobora el informe del Cirujano que intervino a la reclamante cuando señala que

“en este caso existió una complicación menor, la de la lentina rota, que se sospechó inmediatamente y resolvió según “Lex artis”.

La propuesta de resolución plantea la desestimación de la reclamación indemnizatoria presentada por entender que en la asistencia sanitaria se produce una complicación quirúrgica *“que no puede ser imputada directamente a una supuesta mala praxis médica. Se trata de un hecho difícilmente evitable por la Administración al ser un accidente imprevisible. A mayores, el Hospital, ha comprobado que el material que debía ser retirado por la Alerta Sanitaria N° aaa, NO FUE USADO en la intervención quirúrgica, cumpliendo diligentemente, en este caso, con su deber de prevención de accidentes en los actos quirúrgicos”*

Respecto a la consideración del incidente de la rotura de la lentina como un accidente inevitable e imprevisible, este Consejo Consultivo no comparte los argumentos de la propuesta de resolución. En este punto entendemos oportuno traer a colación la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1ª) 664/2006, de 3 de noviembre, en la que se enjuicia una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la rotura de un instrumento quirúrgico (pinza del discotomo) con el consiguiente alojamiento de una pieza en el espacio discal L5-S1. En esta sentencia la Sala se pronuncia en los siguientes términos: *“...Esta rotura no puede considerarse un hecho inevitable, pues la lex artis alcanza igualmente al instrumental utilizado a lo largo de una intervención (que no tiene por qué ser estrictamente mala praxis médica, lo que en este caso no ha sido). Por tanto, se parte de un anormal funcionamiento de la «Administración sanitaria» por relación con este instrumental que se rompe y aloja en el interior de la paciente...”*

Además en cuanto al hecho de considerar que no se incurre en responsabilidad porque la rotura de la lentina ha de considerarse un hecho

imprevisible e inevitable, como aduce la propuesta de resolución, parece que se pretende argumentar la existencia de fuerza mayor como elemento excluyente de la responsabilidad patrimonial, sin embargo, la jurisprudencia distingue entre la fuerza mayor y caso fortuito. Así, define la fuerza mayor como aquellos hechos que, aún siendo previsibles, sean, sin embargo, inevitables, insuperables e irresistibles, siempre que la causa que los motive sea extraña e independiente del sujeto obligado (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 1999 –R.J. 1999/61754–) mientras que considera que existe caso fortuito cuando se dan acontecimientos o hechos imprevisibles pero insertos en el funcionamiento de cada actividad o servicio (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de julio de 1978) y afirma que el régimen de responsabilidad patrimonial *“permite excluir la fuerza mayor, pero no el caso fortuito”* (Sentencia del Tribunal Supremo nº 562/2003, de 10 de abril –JUR/2003/267303–). En el presente caso, la rotura de la lentina durante la intervención quirúrgica, no cabe dudar que se encuentre inserta en el funcionamiento del servicio, por lo que no puede argumentarse para excluir la responsabilidad de la Administración.

En este caso no hay duda de que el hecho de la rotura de la lentina que obligó a una segunda intervención quirúrgica para la extracción de la misma, supone una manifestación de funcionamiento anormal de la Administración sanitaria de cuyos resultados dañosos para la salud de la paciente debe responder la administración. No puede admitirse tampoco el argumento de la propuesta de resolución que con la firma del consentimiento informado la reclamante este obligada a soportar el daño, pues de la simple lectura del documento que obra en el expediente cabe colegir que dicha eventualidad no estaba prevista.

Por lo tanto en este caso resulta indubitada la existencia de un funcionamiento anormal del servicio sanitario, que determinó unos daños para la reclamante, resultando por tanto acreditada la existencia de relación

de causalidad entre el daño padecido y el funcionamiento del servicio público sanitario, que la reclamante no tenía la obligación de soportar.

SEXTA.- Procede a continuación, de conformidad con el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, la valoración de los daños para su cuantificación, lo que debe hacerse por imperativo del artículo 141.3 LRJAP-PAC con relación al momento en que la lesión efectivamente se produjo.

A la hora de realizar una valoración la jurisprudencia se ha decantado por una valoración global -sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 (RJ 8676), 15 de abril de 1988 (RJ 3072) y 1 de diciembre de 1989 (RJ 8992)- que derive de una *“apreciación racional aunque no matemática”* -sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990 (RJ 154)-, pues se carece de parámetro o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso.

La reclamante, no cuantifica el importe de la indemnización pretendida, si bien alega como daños la segunda intervención que no debiera de haber sufrido de no ser por la rotura de la lentina junto con la laminectomía de la L4 y artrodesis que no estaba inicialmente programada, un daño estético, pues según la reclamante le ha quedado una cicatriz de mayor tamaño, una fibrosis postquirúrgica y un proceso depresivo.

Ya hemos señalado en la consideración anterior que los informes médicos aportados por la reclamante acreditan que padece actualmente unas secuelas físicas y psíquicas pero no acreditan a ciencia cierta que las mismas deriven del incidente de la rotura de la lentina, pues algunas de esas secuelas aparecían contempladas como complicación posible en el documento de consentimiento informado de la primera intervención.

Así las cosas, aunque no se pueda establecer la relación causal entre los actuales padecimientos que sufre la interesada y el incidente de la lentina es

evidente que la interesada ha sufrido cuando menos la laminectomía de la L4 no prevista inicialmente y una reintervención innecesaria a consecuencia del referido incidente, daño que, a juicio de este Consejo, debe resarcirse en una cantidad que prudencialmente fijamos en 3.000 euros.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial reconociendo a la reclamante una indemnización en la cantidad de tres mil euros.

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, 14 de diciembre de 2011