

Dictamen Núm. 113/2024

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 13 de junio de 2024, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 1 de marzo de 2024 -registrada de entrada el día 7 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de una cirugía de la mano.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 15 de junio de 2022, la interesada presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de una intervención quirúrgica.

Expone que el día 16 de julio de 2020 “sufrió una caída con daño en la mano derecha” acudiendo al Servicio Urgencias de la Fundación Hospital “por dolor, hematoma y deformidad en el 5.º metacarpiano”, realizándosele radiografías que mostraron una “fractura espiroidea desplazada en el 1/3 medio del 5.º meta de la mano derecha”, por lo que es derivada al Hospital “X” “para

valoración por cirujano plástico de guardia”. Señala que fue intervenida en dicho centro al día siguiente, practicándosele una “reducción cerrada de la fractura, osteosíntesis percutánea con agujas y férula inmovilizadora”, siendo alta el mismo día 17 de julio de 2020.

Precisa que acudió “posteriormente a su mutua laboral” al tratarse “de un accidente de trabajo *in itinere*”, siendo derivada para tratamiento a un cirujano plástico. Indica que tras una primera consulta, “3 semanas” después de la intervención, las radiografías mostraron “fractura sin reducir”, prescribiéndosele de “nuevo tratamiento quirúrgico” que se llevó a cabo el 17 de agosto de 2020. Tras la operación presentó “mala evolución con mano edematosa (...) compatible con (...) (síndrome de dolor regional complejo o distrofia simpático refleja)”, mostrando “desviación radial de la muñeca, supinación limitada (...) y déficits funcionales”, lo que requirió rehabilitación a través de ingreso hospitalario “en octubre de 2020”.

Manifiesta que el día 1 de diciembre de 2020 se sometió a nueva cirugía para “extracción del material de osteosíntesis, capsulotomía dorsal (...) (metacarpofalángica) (...) y osteotomía desrotadora”, siguiendo revisiones hasta un nuevo ingreso en abril de 2021 “para rehabilitación intensiva”, siendo alta laboral en junio de 2021. Explica que se siguió expediente ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social por lesiones no invalidantes, constatando a propósito del mismo un perito médico el 16 de diciembre de 2021 determinadas secuelas y emitiendo otro facultativo “informe de valoración médica y del daño corporal” el 10 de junio de 2022.

En cuanto a la relación de causalidad, sostiene que sufrió una “mala intervención quirúrgica el día 17 de julio de 2020” a la que atribuye la existencia de “secuelas”. Cita al efecto este último informe, en el que se afirma que la prueba de imagen revelaba que “el foco de fractura del 5.º metacarpiano está distraído y sin reducir y que una de las agujas de Kirschner no se encuentra insertada en el fragmento proximal, por lo que el riesgo de pseudoartrosis es muy alto al no existir contacto alguno entre los fragmentos”, lo que “se podría haber evitado con un control adecuado durante y después de la intervención, ya

que nada de este control se realizó y se da el alta sin valorar. Consecuencia de esta mala intervención y posterior control, la paciente ha padecido sus consecuencias”.

Con base en ello, solicita una indemnización de ciento treinta mil seiscientos cuarenta y ocho euros con ochenta y dos céntimos (130.648,82 €), resultante de la suma de diferentes conceptos.

Acompaña diversa documentación médica y varios informes -alguno de ellos sin fecha- entre los que se encuentran los emitidos el 29 de diciembre de 2021 y el 10 de junio de 2022, relativo a las secuelas que presenta la reclamante.

2. Previa solicitud formulada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, el 14 de julio de 2022 el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite una copia de la historia clínica de la interesada y el informe del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital “X”.

El día 4 de octubre de 2022 le envía las pruebas de imagen (radiografías) requeridas.

3. Con fecha 11 de octubre de 2022, previa petición del Inspector de Prestaciones Sanitarias actuante, la interesada presenta en una oficina de correos un escrito al que acompaña “las radiografías posoperatorias de la intervención quirúrgica realizada el 17 de agosto de 2020” en un centro privado.

Efectuado un nuevo requerimiento con advertencia de desistimiento en caso de caducidad, la afectada aporta nuevos estudios radiográficos.

4. Obra seguidamente en el expediente un informe pericial emitido a instancia de la entidad aseguradora de la Administración el día 2 de febrero de 2023 por dos especialistas, uno en Cirugía Ortopédica y Traumatología y otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo.

En él formulan diversas consideraciones médicas sobre las fracturas del 5.º metacarpiano de la mano y una valoración de la praxis aplicada, con específica referencia a la “información preoperatoria de cirugía y riesgos”, concluyendo que “la elección de la técnica quirúrgica” empleada en la operación del día 17 de julio “fue correcta”, así como su ejecución. Destacan la ruptura del nexo causal que representa el seguimiento y tratamiento posoperatorio realizados por la mutua.

5. Mediante oficio notificado a la interesada el 11 de abril de 2023, el Instructor del procedimiento le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una copia de los documentos obrantes en el expediente.

Consta la presentación de alegaciones el día 2 de mayo de 2023, en las que la interesada cuestiona un extremo del informe pericial emitido a instancia de la compañía aseguradora y propone la práctica de prueba testifical pericial por parte del especialista en Cirugía Plástica, Reparadora y Estética que “realizó las posteriores intervenciones quirúrgicas a la lesionada y siguió todo su proceso de recuperación”.

Admitida dicha prueba, con fecha 31 de julio de 2023 el especialista propuesto remite un escrito con respuesta a las siete preguntas planteadas por la reclamante.

6. Mediante oficio notificado a la perjudicada el 13 de septiembre de 2023, se le comunica la apertura de un segundo trámite de audiencia.

Consta en el expediente la presentación de nuevas alegaciones con fecha 3 de octubre de 2023 en las que se incide en que la prueba testifical-pericial practicada sustenta la reclamación, y adjunta Sentencia del Juzgado de lo Social N.º 3 de Gijón de 1 de septiembre de 2023 que reconoce a la reclamante una indemnización por lesiones permanentes no invalidantes.

7. Figura incorporado al expediente el informe pericial emitido el 25 de octubre de 2023 por el especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología que, junto a otro facultativo, suscribió el elaborado a instancias de la compañía aseguradora. En él se indica expresamente que se refiere a la “valoración de testifical” del especialista propuesto para esta última prueba.

8. Con fecha 7 de diciembre de 2023, se notifica a la interesada la apertura de un tercer trámite de audiencia.

9. Mediante oficio de 14 de diciembre de 2023, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el expediente administrativo para su remisión al Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, al haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, solicitud cuya atención consta efectuada.

10. Con fecha 26 de enero de 2024, el Instructor del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella expresa que “el desplazamiento y la falta de consolidación constituyeron la materialización de dos de los riesgos típicos del procedimiento quirúrgico al que fue sometida la paciente y que constan en el documento de consentimiento informado” suscrito por ella, añadiendo que, dado que “el seguimiento y tratamiento posoperatorio se realizó” en una mutua, no cabe responsabilizar a la sanidad pública de “las decisiones y acciones terapéuticas” adoptadas en el ámbito privado, reseñando que esas decisiones “condicionaron el resultado final”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 1 de marzo de 2024, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente

núm. de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

Respecto a la legitimación pasiva, cabe señalar que los daños y perjuicios cuya indemnización interesa la reclamante derivan de un accidente de trabajo que sufrió el día 16 de julio de 2020. Tras una primera asistencia sanitaria recibida en dos hospitales integrados en la Red Hospitalaria Pública del Principado de Asturias -el segundo de ellos de titularidad pública, al que imputa en exclusiva el daño sufrido-, la perjudicada prosigue el proceso asistencial en centros privados, a los que acude por indicación de su mutua.

Sobre la legitimación pasiva de la Administración del Principado de Asturias en reclamaciones de responsabilidad patrimonial en supuestos similares o parecidos al que nos ocupa, en los que en el tratamiento de un concreto episodio clínico con origen en un accidente de trabajo concurren los servicios

sanitarios públicos con los privados, ya ha tenido ocasión de pronunciarse este Consejo. Así, en los Dictámenes Núm. 249/2020 y 58/2024 hemos indicado que “el Principado de Asturias carece de legitimación pasiva respecto a la asistencia prestada por la mutua de accidentes de trabajo, entidad colaboradora que actúa en los términos establecidos en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, que en su artículo 80 define las mutuas colaboradoras como asociaciones privadas que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, llevando a cabo una serie de actividades entre las que figura la asistencia sanitaria, incluida la rehabilitación, comprendidas en la protección de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social. Este órgano consultivo viene manteniendo que las mutuas han de responder directamente de los posibles daños o perjuicios causados en el curso de su actividad asistencial, dado que son entidades privadas dotadas de personalidad jurídica propia que no forman parte de la Seguridad Social (por todos, Dictamen Núm. 249/2011). Al respecto, como ha señalado el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en su Sentencia de 27 de mayo de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:1435- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), “ni el SESPA asume ninguna obligación ni responsabilidad por la asistencia médica que presten las mutuas a sus asociados, ni Fraternidad-Mudrespa, donde fue asistido el actor, es una entidad perteneciente al SESPA, ya que es de carácter privado, ni el SESPA tiene ningún poder de dirección ni control sobre las mutuas patronales ni sobre los centros sanitarios privados, por lo que no es posible imputarle responsabilidad alguna como consecuencia del tratamiento médico asistencial que le haya sido realizado al actor”.

Aplicada esta doctrina al presente supuesto, resulta evidente que en la misma el Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular de los servicios frente a los que se formula la reclamación en la parte correspondiente a la atención sanitaria prestada a la perjudicada en el hospital público en el que tuvo lugar la primera intervención, asistencia a la que queda circunscrito el alcance del presente dictamen.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 15 de junio de 2022, habiendo tenido lugar la concreta cirugía por la que se reclama a la sanidad pública en el mes de julio de 2020. Tras la misma, la paciente se sometió a nuevas intervenciones y siguió un proceso de rehabilitación que finalizó el 16 de junio de 2021, según refleja el informe de alta emitido por la mutua en la que es atendida, indicándose en este que “se emite alta laboral para valoración de secuelas”. Consta que el alta laboral fue recurrida por la reclamante al entender que las lesiones no estaban curadas, extremo que se despeja en julio de 2021, documentándose en el expediente que en ese tiempo la paciente aún porta la férula. En este contexto, una vez desestimado el recurso se entiende adecuado acudir a aquel día de alta laboral para el cómputo del período de curación -tal como se recoge en la pericial que aporta la perjudicada-, quedando de manifiesto además que la enferma no consideraba estabilizada su dolencia al término del proceso de rehabilitación, frente a lo que reacciona en tiempo y forma, debiendo operarse en el cómputo del plazo de un modo flexible, antiformalista y favorable a los perjudicados -de acuerdo con la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado-, por lo que la reclamación presentada el día 15 de junio de 2022 no resulta extemporánea.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las

especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia una dilación excesiva en la tramitación del procedimiento, con erosión del principio de buena administración. A resultas de esto, a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ampliamente el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

Ahora bien, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en caso contrario habría de estarse al pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o

anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley". Y en su apartado 2 que, "En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que "Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley". No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos".

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que la interesada reclama una indemnización por los daños y perjuicios sufridos tras haberse sometido a una intervención quirúrgica en su mano derecha.

La información clínica incorporada al expediente prueba que tras la primera cirugía la paciente fue reintervenida en dos ocasiones y que siguió tratamiento rehabilitador, por lo que debemos considerar la existencia de un daño cierto cuyo exacto alcance deberá precisarse en caso de ser estimatorio el sentido de nuestro dictamen. Debe tenerse en cuenta al respecto que incluso la prueba testifical-pericial propuesta por la propia reclamante vincula sólo parcialmente las secuelas que presenta en la actualidad con la asistencia prestada por la sanidad pública.

En todo caso, debemos reparar en que la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica *per se* la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo aparece causalmente unido al funcionamiento del servicio sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que el perjudicado no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 93/2023), al servicio público sanitario le compete una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para poder apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina que tiene en cuenta las especiales características de

quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de esos supuestos, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama. Esto es, la responsabilidad patrimonial no sólo requiere que se constaten deficiencias en la atención médica prestada, sino también que el perjuicio cuya reparación se persigue sea una consecuencia o tenga como factor causal dicha prestación sanitaria.

Debe tenerse presente, como viene advirtiendo este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 248/2023), que en la medicina, que no es una ciencia exacta, la mera corrección técnica en el desempeño, con independencia de cualquier otra circunstancia, no conlleva en todo caso un resultado exitoso, puesto que siempre existe un factor de imprevisibilidad, cual es la diferente reacción que diversos pacientes pueden tener ante idéntico tratamiento.

En el supuesto analizado, la reclamante se refiere a las secuelas causadas por la “mala intervención quirúrgica del día 17 de julio de 2020” que atribuye al hospital público en el que se realizó la primera de las cirugías; en todo caso, tal como hemos señalado en la consideración segunda, nuestro dictamen se circunscribe a la asistencia sanitaria pública limitada a esa operación.

Basa su imputación tanto en la prueba testifical pericial practicada, en la que presta declaración el especialista en Cirugía Plástica y Reparadora que interviene en dos ocasiones posteriores a la interesada, como en un informe

pericial emitido el 10 de junio de 2022 por un facultativo respecto del cual no se detalla si posee alguna especialidad médico quirúrgica.

El especialista en Cirugía Plástica y Reparadora afirma que, "evaluando las propias imágenes de radiografías que los peritos aportan, se puede comprobar que tanto la reducción como la fijación de las fracturas no eran las idóneas". Al respecto, expone que "en la primera imagen (...) sí se observa aparentemente buena reducción y buen trayecto de las dos agujas de Kirschner, pero no así en las otras dos imágenes que siguen", añadiendo que "es muy llamativa la imagen de la página 28, donde se observa cómo el fragmento distal de la fractura está desviado hacia cubital, lo que permite que una de las agujas tenga un trazo extramedular. Teniendo en cuenta que esa aguja en el fragmento distal tiene un recorrido endomedular, sólo si la fractura no es adecuadamente reducida puede salirse del foco y tener un recorrido fuera del fragmento proximal del quinto metacarpiano". Razona que "si en una de las imágenes intraoperatorias no se observa buena reducción es porque la reducción no es buena, independientemente de cómo se vean las demás imágenes".

Señala que "en las imágenes intraoperatorias (...) se ve que la fractura no está correctamente reducida, por lo tanto el foco de fractura está abierto y con el fragmento distal desviado hacia el lado cubital de la mano", y "con respecto a la osteosíntesis" indica que "sólo una de las agujas sigue un trayecto endomedular en ambos fragmentos mientras que la otra es endomedular en el fragmento distal y extramedular en el proximal. Esto significa que las agujas están `sujetando` el fragmento distal en una posición no anatómica, lo que explica la no alineación del metacarpiano y la desviación".

En cuanto a la existencia de "diferencias entre la radiografía intraoperatoria de fecha 17 de julio de 2020 y la realizada por (la mutua) en fecha 20 de julio de 2020", afirma que "no se puede responder de forma tajante (...) puesto que las proyecciones radiográficas no son exactamente las mismas", lo que impide "asegurar que se haya producido un desplazamiento secundario de la fractura". A mayor abundamiento, precisa que "la ejecución de la intervención quirúrgica de fecha 17 de julio de 2020" no fue correcta "puesto que en ningún

momento se consiguió una reducción anatómica de la fractura y una buena fijación”, concluyendo que “esa situación no fue corregida” precozmente “de forma quirúrgica, lo que explica en parte la rigidez” que presenta la paciente.

Por su parte, el segundo facultativo que informa a instancia de la perjudicada se limita a afirmar, respecto al nexo causal, que “un proceso que en condiciones normales sería de una evolución de unas semanas se ha alargado en el tiempo casi un año, concretamente del 16-07-2020 al 18-05-2021”, precisando que “esto es causado por la intervención realizada en el (Hospital “X”) donde se le colocan 2 agujas de Kirschner retrógradas y una férula”. Explica que la prueba de imagen realizada el día 11 de agosto de 2020 evidencia que “el foco de fractura (...) está distraído y sin reducir”, lo que “se podría haber evitado con un control adecuado durante y después de la intervención” y que califica de inexistente, ya que se le dio “el alta sin valorar”.

En cuanto a los informes emitidos a instancia de la Administración, un facultativo del Servicio de Cirugía Plástica del hospital público en el que se efectuó la primera intervención informa, con fecha 11 de julio de 2022, que la paciente padecía “fractura diafisaria oblicua alta de 5.º (metacarpiano) desplazada”, y que “tras intento de reducción y tratamiento ortopédico éste se descarta por inestabilidad de la fractura”, procediéndose de forma urgente “a reducción cerrada y enclavado con 2 agujas K”. Pone de manifiesto que “se comprueba la reducción en control de Rx y sus cirujanos la dan por buena”, añadiendo que “la paciente es dada de alta con recomendaciones y citada en consulta externa, como se refleja en la historia clínica”, si bien no acudió a las consultas fijadas para retirada de férula y valoración de retirada de agujas.

A su vez, los especialistas que informan a instancia de la compañía aseguradora de la Administración emiten un primer informe en el que, con carácter general, formulan diversas consideraciones médicas sobre las fracturas del quinto metacarpiano de la mano y su tratamiento, manifestando que “no existe consenso en la literatura” médica “acerca de si el tratamiento” de estas fracturas debe ser conservador o quirúrgico, obteniéndose “buenos resultados clínicos” en ambos casos, lo que les lleva a afirmar que “el manejo de las

fracturas de los metacarpianos se basa en un justo equilibrio entre estabilidad y movilidad versus adhesiones y rigidez”, debiendo “el cirujano ortopédico mediar entre ambos extremos a favor de la movilidad precoz para evitar la rigidez”. Tras detallar los tres tipos de técnicas quirúrgicas empleadas para el tratamiento de estas fracturas, relacionan los riesgos descritos “inherentes a la propia fractura y al tratamiento realizado”, entre los que mencionan la “consolidación viciosa de la fractura” y la “rigidez de articulaciones del dedo”, que califican como “complicación más frecuente”. En particular, explican que la técnica quirúrgica empleada (reducción cerrada y osteosíntesis percutánea con 2 AK) es una de las “más frecuentes y habituales, siendo de elección evitando la reducción abierta y fijación interna que es más cruenta”. Su análisis de las radiografías intraoperatorias concluye que “la reducción de la fractura y osteosíntesis fueron correctas”, observándose “alineación correcta en todos los planos” y una “alineación completamente correcta (sin angulación entre los fragmentos), tanto en proyección lateral pura como en oblicua y AP, ofreciendo al efecto “como testigo comparativo” una “línea gruesa”.

Se refieren además al seguimiento posoperatorio en la mutua partiendo de la documentación disponible, que les permite señalar que “en la radiografía” realizada el día 20 de julio de 2020 “se observa que existe un desplazamiento secundario de la fractura, habiendo rotado el fragmento proximal y habiendo migrado parcialmente la AK intramedular respecto al control radioscópico”, lo que motivó la reintervención practicada un mes después. Consideran “importante entender” que “el desplazamiento secundario de las fracturas es un riesgo habitual”, y en este caso “implicaba que la fractura era muy inestable y presentaba riesgo de consolidación viciosa”.

Tal y como señalan, el documento de consentimiento informado firmado por la paciente para “cirugía urgente” -que en ningún momento se cuestiona- incluye como “riesgos típicos” tanto los “defectos estéticos” y “funcionales” como la “ausencia de consolidación”, y aclaran que “el riesgo de déficit funcional” engloba “la rigidez articular”. En todo caso, advierten que “existe una rotura evidente del nexo causal” al haberse efectuado “el seguimiento y tratamiento

posoperatorio” en la mutua, argumento que comparte la propuesta de resolución.

En un segundo informe pericial emitido para la “valoración de testifical” del especialista que actúa a instancia de la reclamante, el especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología informante por parte de la compañía aseguradora se refiere de forma específica a las respuestas proporcionadas por aquél. Insiste en la relevancia de una adecuada comprensión del hecho de que “ante una fractura diafisaria espiroidea (que no afecta a la articulación) no es necesaria la reducción anatómica de la fractura, sino que presente la alineación adecuada para que consolide en una posición funcional”, y que “la mínima desviación cubital que refiere” el otro facultativo y que “se observa en una sola de las proyecciones (porque en las otras dos proyecciones se observa anatómicamente alineada la fractura) es totalmente aceptable y tolerable y no hubiera provocado ningún tipo de disfuncionalidad una vez consolidada la fractura”; afirmación que ejemplifica con un dibujo sobre la fractura que representa esa posible alineación. También aclara que el hecho de que “una de las AK” tenga “un trazo extramedular no significa que la fractura esté incorrectamente reducida”, según razona, e insiste en que “la reducción de la fractura se observa con la radioscopia”.

Además de explicar la posición de las agujas -con especificación de que aunque la segunda AK no presentaba un recorrido intramedular completo ejercía igualmente la función antirrotatoria al “insertarse en la base del fragmento proximal y con ello conseguir estabilización de la fractura”-, reitera que la existencia de un desplazamiento secundario es obvia, añadiendo que “el testigo omite que existe una migración de la AK intramedular cubital respecto a la Rx intraoperatoria, lo que indica una movilización tanto del foco de fractura como de la AK”. Al efecto comenta que en la prueba de imagen se observa “como en la Rx oblicua intraoperatoria la punta 2 AK llegan a la misma altura en la base del (metacarpiano)”, y que “la punta de la AK cubital ha migrado hacia distal (...), lo que implica movilización de la fractura”. Señala que fue ese “desplazamiento secundario (...) el motivo por el que se tuvo que reintervenir a la paciente y no por un error técnico intraoperatorio de la primera intervención

quirúrgica”, y que “el motivo de la 3.^a intervención fue una consolidación viciosa en malrotación de la fractura”, mostrando su “total desacuerdo” con que la misma “sea fruto de la intervención realizada inicialmente por los facultativos” del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Al respecto, recuerda que la segunda intervención fue realizada por el propio perito testigo, quien sería entonces “responsable de la reducción y osteosíntesis de la fractura que consolidó malrotada, ya sea por un defecto técnico durante la cirugía o por un desplazamiento secundario durante el posoperatorio”.

Expuestos según antecede los términos en los que se ha planteado la controversia, cabe entrar en el fondo del asunto.

Sin perjuicio del análisis que efectuaremos a fin de despejar las concretas divergencias que se plantean debemos recordar que, tal como hemos señalado en ocasiones precedentes a propósito de la confrontación de las pruebas periciales (por todos, Dictamen Núm. 216/2021), “la jurisprudencia viene razonando de forma constante que la fuerza probatoria de los informes periciales reside en gran medida en su fundamentación y coherencia interna, en la mayor especialización de quien los formula y en la independencia o lejanía del perito respecto a los intereses de las partes pues, `naturalmente, en la ponderación no es suficiente la mera constatación del criterio cuantitativo´, debiendo acudir a `un criterio valorativo´ que conduce a postergar la pericial que omite el análisis `de todo el conjunto de datos que contextualizaban la situación´ del paciente (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2019 -ECLI:ES:TS:2019:1135-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.^a). Por ello no cabe atribuir mayor fuerza de convicción a lo reseñado por las periciales construidas *ex post facto* que a lo dictaminado por los técnicos que se detienen en las circunstancias concurrentes al tiempo del diagnóstico”.

Dado que la reclamante cuestiona la condición de especialista de los informantes a instancia de la compañía aseguradora (pues aduce que ninguno es especialista en Cirugía Plástica y Reparadora, condición que detenta el testigo perito), resulta de interés puntualizar el alcance de esa diferencia. Partiendo de que conforme al artículo 21.1 de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de

ordenación de las profesiones sanitarias, “los objetivos cualitativos y cuantitativos y las competencias profesionales” propias de cada título de especialista en Ciencias de la Salud se especificarán en los correspondientes programas de formación, resulta que la Orden SCO/226/2007, de 24 de enero, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Cirugía Ortopédica y Traumatología, define esta como “la especialidad que incluye la prevención, la valoración clínica, el diagnóstico, el tratamiento quirúrgico y no quirúrgico y el seguimiento hasta el restablecimiento funcional definitivo, por los medios adecuados definidos por la *lex artis* de la comunidad de especialistas, de los procesos congénitos, traumáticos, infecciosos, tumorales, metabólicos, degenerativos y de las deformidades y trastornos funcionales adquiridos del aparato locomotor y de sus estructuras asociadas”, añadiendo de forma específica entre los “Objetivos de la formación” el de “la colaboración con otras especialidades médicas y quirúrgicas como la Cirugía Plástica, Estética y Reparadora”, entre otras. Asimismo, como “Contenidos específicos” de la especialidad se contempla el de intervenciones quirúrgicas entre las que figuran las “fracturas, luxaciones y lesiones ligamentosas de la muñeca y la mano en el adulto y en el niño” -apartado 5.2.2.1.c)-. Por su parte, la Orden SAS/1257/2010, de 7 de mayo, por la que se aprueba y publica el programa formativo de la especialidad de Cirugía Plástica, Estética y Reparadora, incluye en la “Definición de la especialidad y ámbito de actuación” la “Cirugía de la mano”, detallando a continuación que comprende, entre otros, el “tratamiento de los traumatismos de la mano”.

Atendiendo a lo señalado, consideramos que en este caso la condición de especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología de uno de los dos peritos que informan a instancias de la compañía aseguradora no merma la cualificación de su criterio. Al contrario, dado que la patología sobre la que todos ellos se pronuncian es una fractura ósea, su especialidad proporciona una singular perspectiva que no cabe desdeñar, sin perjuicio de presumir que el facultativo informante por parte del Servicio de Cirugía Plástica en el que tuvo lugar la intervención ostentaría esa especialidad.

Despejada esa cuestión, nos hallamos ante veredictos médicos contradictorios en torno a la valoración de las radiografías intraoperatorias y posoperatorias, así como sobre la corrección de la técnica quirúrgica empleada.

Al respecto advertimos, en primer lugar, que pese a que el perito de parte efectúa su declaración tras la emisión del otro informe no refuta con la necesaria exhaustividad la mayor parte de sus consideraciones, sin que la valoración que a su vez emite el especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología de la prueba testifical pericial encuentre contestación tras la celebración del subsiguiente trámite de audiencia.

A nuestro juicio, el informe emitido a instancia de la compañía aseguradora -complementado con el segundo informe emitido de forma específica a propósito de la pericial incorporada al expediente por la interesada en el trámite de audiencia- presenta un mayor grado de detalle y aporta la pertinente base científica en forma de cita de literatura médica y estudios, aspecto totalmente ausente en las manifestaciones del perito de parte. Este último ciñe sus pronunciamientos a aspectos puntuales, pero no contextualiza sus respuestas en un marco general como el descrito por los otros especialistas. De forma singular, llama la atención su silencio en relación con los riesgos típicos que figuran en el documento de consentimiento informado suscrito por la paciente -aun tratándose de una cirugía urgente-, omisión de la que adolece su testimonio aunque sí reconoce que la secuela de rigidez estaría sólo parcialmente relacionada con la primera de las tres intervenciones.

Por otra parte, advertimos que ciertas respuestas que facilita el testigo perito -todas ellas, a preguntas planteadas por la interesada- se formulan en términos hipotéticos. En concreto, así ocurre tanto con su valoración de las imágenes intraoperatorias como en su afirmación sobre la inexistencia de desplazamiento de fractura. Pero especialmente se advierte que no se cuestiona la aseveración, clave a nuestro juicio, sobre la relevancia de la reducción anatómica, crucial según el perito de parte pero no para el otro especialista -que destaca la incidencia de la no afectación de la articulación-, ni tampoco se efectúa valoración sobre la condición de riesgo típico previsto en el documento

de consentimiento informado de algunas de las complicaciones advertidas tras la primera operación.

Sentado lo anterior debemos concluir, por un lado, que la corrección de la técnica quirúrgica empleada por el hospital público interviniente no resulta desvirtuada por las sucintas afirmaciones del perito de parte y, por otro, que tampoco puede acreditarse que las secuelas que presenta la reclamante se atribuyan, siquiera en parte, a esa primera intervención realizada en el ámbito sanitario público, a la que siguieron otras dos, así como un proceso asistencial y de rehabilitación en la sanidad privada. Enfrentados a pareceres médicos divergentes, este Consejo Consultivo -obligado a la hora de formar su convicción a atender únicamente a la documentación remitida- sólo puede acudir al mencionado criterio de especialización médica, ciertamente equilibrado en este caso de acuerdo con la regulación expuesta, y a la solidez que presentan los razonamientos vertidos por los intervinientes. Siendo ello así es notorio que, versando las diferencias sobre el tratamiento y evolución de una fractura ósea, la prueba pericial incorporada al expediente por la compañía aseguradora -evacuada por dos facultativos, uno de los cuales es especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología- efectúa un detallado y documentado examen de la situación clínica de la paciente que le permite concluir la adecuación de la primera cirugía y su desvinculación del resultado final, en el que media un proceso asistencial al que es ajena la sanidad pública.

En suma, a tenor de la documentación obrante en el expediente no se aprecia en la puntual intervención prestada por el servicio público sanitario una infracción de la *lex artis ad hoc*, como tampoco se desprende que las secuelas que presenta la reclamante puedan atribuirse, siquiera parcialmente, a la cirugía practicada en el mes de julio de 2020, sin obviar además que el documento de consentimiento informado suscrito al efecto por la paciente contenía algunas de las complicaciones materializadas que fueron tratadas por su mutua.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.