

Expediente Núm. 163/2007
Dictamen Núm. 56/2008

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 29 de mayo de 2008, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 17 de julio de 2007, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por don, como consecuencia de lo que considera una deficiente asistencia recibida en un centro sanitario público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 8 de noviembre de 2002, don presenta, en las dependencias de Correos y Telégrafos, una reclamación de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria prestada en el Hospital, dirigida al Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS), y a la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante TGSS). La reclamación es remitida por la Dirección Provincial de Asturias del INSS al Servicio de Salud del Principado de Asturias (en adelante SESPA), donde se registra con fecha 13 de noviembre de 2002.

Inicia el relato de lo sucedido señalando que el día “2 de noviembre de 1995 (...) tuvo que ser intervenido quirúrgicamente” por “un cuadro de apendicitis aguda (...). El 6 de noviembre del mismo año (...) tuvo que ser objeto de una nueva intervención quirúrgica motivada por los dolores abdominales y la fiebre aparecida durante el posoperatorio, asociado a un peritonismo importante”, afirmando que la peritonitis se originó como consecuencia de que “el muñón de la apendicectomía anterior se encontraba abierto”. Añade que, después de realizársele un “drenaje por formación de un seroma en la incisión quirúrgica, es dado de alta con fecha 21 de noviembre siguiente”.

Continúa indicando que “tras habérsele presentado una eventración (...) requirió de una nueva intervención que tuvo lugar el 18 de noviembre de 1996” (eventrorrafia); que el 19 de septiembre de 1997, un “estudio ecográfico” evidencia “la presencia de una nueva eventración (...) así como la formación de un nódulo quístico (...), lo que da pie a concluir que la eventrorrafia no ha logrado evitar una nueva evisceración en la zona abdominal (...) y que a causa de la precariedad de su pared (...) había sido provocada de forma exclusiva y excluyente, por las continuas manipulaciones quirúrgicas realizadas hasta entonces”.

Manifiesta a continuación que formuló en su día una reclamación de indemnización frente al INSS, la TGSS y el hospital que fue desestimada en primera instancia por el Juzgado de lo Social, mediante Sentencia de fecha 9 de febrero de 1999, la cual, recurrida en suplicación, es estimada en parte por Sentencia de 22 de octubre de 1999, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (en adelante TSJA), condenando al INSS al abono de cuatro millones de pesetas, como “indemnización derivada de una asistencia sanitaria defectuosa”. Según menciona el reclamante, dicha sentencia tiene en cuenta, a la hora de fijar aquella cuantía, que su “capacidad laboral residual no había sufrido variaciones a consecuencia de las actuaciones médicas”, valorándose únicamente “la secuela y los daños morales derivados de las operaciones a que había sido sometido”. Sin embargo, aclara que “las

secuelas derivadas de la defectuosa atención médica han anulado la capacidad laboral del actor, haciéndole merecedor de una declaración de invalidez permanente absoluta no recuperable”, según recoge la Sentencia de la Sala de lo Social del TSJA, de fecha 23 de noviembre de 2001, que refiere en su escrito.

A la vista de ello, solicita una indemnización de ciento veintiséis mil doscientos doce euros con cincuenta y cuatro céntimos (126.212,54 €), argumentando que en su día solicitó “una indemnización de veinticinco millones de pesetas”, y que de ellos le fueron concedidos cuatro millones. Subraya que, “obviamente no se trata ni de una doble petición, ni de que exista cosa juzgada, por cuanto la indemnización concedida en su día (...) fue fijada sobre la base de que no había habido variación en la capacidad laboral residual del actor, no indemnizando tal concepto”; circunstancia ésta que se habría modificado con posterioridad, al serle reconocida “la pérdida absoluta de capacidad laboral”.

2. Mediante escrito registrado el día 12 de noviembre de 2002 en el hospital, el mismo interesado presenta idéntica solicitud de reclamación pero dirigida “al Servicio de Salud del Principado de Asturias y al hospital”. Este último remite la reclamación al SESPA, donde se registra el día 18 de noviembre de 2002, señalando que “dicha reclamación es continuación (y por la misma causa) de otra ya cerrada por el hospital, de la cual se adjuntan informes y sentencias”.

Entre otros documentos pertenecientes a la historia clínica del reclamante, se envía copia de los siguientes:

a) Sentencia de 9 de febrero de 1999 del Juzgado de lo Social, que resuelve una solicitud de indemnización presentada por el ahora reclamante frente al INSS, TGSS y el hospital. En la misma se desestima la demanda, significando que “el actor no ha quedado ni está incapacitado de manera absoluta para todo trabajo” y que “no puede afirmarse que haya existido una defectuosa ‘praxis quirúrgica’ en la intervención a que fue sometido (...), siendo un riesgo inherente a la técnica empleada la posibilidad de la dehiscencia del muñón o la posibilidad de algún escape”. Para llegar a dicha conclusión, el

juzgador analiza los “informes emitidos por el Servicio de Cirugía” y por “otro Médico Forense de Categoría Especial que (...) obra en autos”, así como el “aportado por la parte demandante”, y concluye, en el fundamento jurídico cuarto, que “faltan (...) varios de los requisitos básicos para que se produzca la obligación de indemnizar (...), en primer lugar, falta el principal presupuesto, que es la defectuosa asistencia sanitaria; y, en segundo lugar, falta ese otro requisito a que alude el Tribunal Supremo, relación de causalidad entre la acción y el daño”.

b) Sentencia de 22 de octubre de 1999, de la Sala de lo Social del TSJA que estimando en parte el recurso de suplicación formulado contra la sentencia anterior, “sobre indemnización derivada de una asistencia sanitaria defectuosa”, condena al INSS al abono de “la suma de cuatro millones de pesetas por tal concepto”. En sus fundamentos jurídicos señala, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de junio de 1991, que “el deber de indemnizar surge ante la secuela derivada del tratamiento no sólo cuando hay culpa sino también cuando no la hay pero no es consecuencia ineludible del tratamiento, es decir, el caso fortuito, y en cambio no existe dicho deber si se trata de un supuesto de fuerza mayor, de modo que la aplicación de esa doctrina al presente caso nos lleva a la conclusión (...) de que el demandante tiene derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la intervención quirúrgica de referencia pues con ocasión de la misma se produjo el resultado (...) que no era un efecto obligado de una intervención de apendicitis, debiendo insistirse, en todo caso, que aunque se admitiera que no ha habido una actuación culposa en la entidad gestora ello no eliminaría el deber de indemnizar puesto que se produce un resultado lesivo no deseado que además no es consecuencia obligada del tratamiento”.

c) Informe emitido por un Médico Forense de Categoría Especial, con fecha 3 de junio de 1998, sobre la asistencia prestada al reclamante, en el que se indica que la complicación del posoperatorio -“dehiscencia de la sutura del muñón apendicular”- “un riesgo inherente (a) toda intervención quirúrgica y no obedece necesariamente a una técnica defectuosa ya que se puede producir

inevitablemente a pesar de (una) técnica quirúrgica totalmente correcta. Por tanto, es un riesgo previsible pero, en ocasiones, inevitable". También se produjo, con posterioridad, sigue informando, "una nueva complicación que es consecutiva a las anteriores y que consta en un cuadro de eventración abdominal que precisa de intervención quirúrgica correctora que no ha conseguido, al parecer, un éxito terapéutico pleno, pero que, en modo alguno tampoco es achacable a mala praxis, como no lo son los cuadros de cólicos intestinales que refiere sufrir el paciente que igualmente serían debidos a las inevitables consecuencias de las necesarias intervenciones quirúrgicas que han podido producir adherencias importantes a nivel intestinal".

d) Sentencia de 11 de febrero de 2003, del Juzgado de lo Social, que resuelve una demanda de indemnización presentada por el ahora reclamante frente al INSS, la TGSS, el hospital y el SESPA. En la misma se indica que el actor, una vez "agotada la preceptiva vía administrativa, presentó escrito de demanda (...) el 30 de diciembre de 2002", solicitando "indemnización por defecto de asistencia sanitaria". La sentencia, dejando imprejuzgada la acción, declara la incompetencia de la jurisdicción social para el conocimiento de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial.

Igualmente figura incorporada al expediente, desconociéndose la fecha, una copia del de responsabilidad patrimonial n.º, iniciado por el mismo interesado mediante escrito registrado el día 11 de noviembre de 1997, frente al INSALUD, Dirección Provincial de Oviedo. En él figuran, entre otros documentos, los siguientes:

a) Informe médico privado, de fecha 29 de septiembre de 1997, sobre "valoración médica de su capacidad laboral", en el que se refleja "paciente que a consecuencia de una apendicitis (...) presenta nuevas patologías que se añaden a la que le ha ocasionado previamente una incapacidad total (la cual al ser crónica presenta además un progresivo empeoramiento) y que aumenta o agrava su capacidad laboral".

b) Copia de la historia clínica del interesado en el hospital.

c) Informe de la Inspección Médica sobre la reclamación presentada, que

concluye proponiendo la desestimación, al entender que “no se aprecia que existiera una mala práctica en la actuación profesional de los facultativos que (lo) atendieron y trataron”.

d) Informe del Jefe del Servicio de Cirugía General del hospital, de fecha 4 de diciembre de 1997, resumiendo la asistencia prestada.

e) Informe del Jefe del Servicio de Cirugía General del hospital, de fecha 11 de diciembre de 1997, señalando que “un paciente (...) de modo espontáneo (...) dijo haber visto como el reclamante era inyectado con ‘orina’”, y planteando la hipótesis de que tanto la peritonitis como el posterior seroma pudieran haber sido causados por una manipulación, mediante la inyección de una “sustancia irritante” o un “producto químico”.

3. Con fecha 11 de diciembre de 2002, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias solicita al Presidente de la Sala de lo Social del TSJA una copia de la sentencia recaída en el Recurso de Suplicación n.º Se ha incorporado al expediente una copia de dicha sentencia, de fecha 23 de noviembre de 2001, en la que se reconoce que el ahora reclamante padece “condromalacia rotuliana derecha. Eventración abdominal recidivante. Cervicobraquialgia por cervicoartrosis e hipoacusia pendiente de valoración”, declarándolo “afecto de una incapacidad permanente absoluta no recuperable para el desempeño de cualquier oficio o profesión por causa de enfermedad profesional”.

4. Mediante fax remitido el día 16 de diciembre de 2002, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias solicita a la Dirección Provincial del INSS de Oviedo, “copia de los informes médicos” del reclamante, argumentando la existencia de una reclamación de responsabilidad patrimonial. Dicho Instituto, por escrito de fecha 8 de enero de 2003, niega el acceso a tales datos, señalando que “deberán acreditar un interés legítimo y directo o contar con la expresa aprobación” del interesado. La solicitud es reiterada por escrito

del Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias, de fecha 14 de enero de 2003, sin que conste respuesta a dicho requerimiento.

5. Con fecha 3 de marzo de 2003, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En el apartado titulado “acreditación de los hechos alegados y descripción del daño” realiza un resumen de la asistencia prestada que coincide, en lo que se refiere a las intervenciones efectuadas, con el efectuado por el interesado. En la “valoración del nexo causal y del daño” se remite al “anterior informe realizado”, afirmando a continuación que “no se aprecia mala praxis en la actuación profesional de los facultativos que atendieron (al interesado) utilizando los medios disponibles, informando al paciente del diagnóstico, pronóstico y alternativas terapéuticas, así como de sus posibles riesgos. El tratamiento continuó, además, adecuadamente hasta el alta”. Concluye informando que “debería desestimarse la petición realizada”.

6. Con fecha 5 de marzo de 2003, el Servicio instructor remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del SESPA y del expediente a la compañía de seguros.

7. Mediante escrito de 24 de marzo de 2003, la compañía aseguradora comunica al Servicio instructor que estiman que “no procede acceder a la solicitud indemnizatoria del reclamante, pues la incapacidad permanente absoluta le ha sido reconocida como causa de enfermedad profesional; es decir la eventración sufrida (por) el paciente no es el resultado de la incapacidad que ahora se le reconoce”.

8. El día 7 de abril de 2003 se notifica al interesado la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente, remitiéndole una relación de los documentos obrantes en él.

Con fecha 29 de ese mismo mes, mediante escrito presentado en las dependencias de Correos y Telégrafos, el interesado presenta alegaciones, dando por reproducidas y reiterando las manifestaciones expuestas en su reclamación inicial, y con fecha 12 de junio de ese mismo año, solicita, mediante escrito presentado en las dependencias de Correos y Telégrafos, que “se resuelva expresamente la petición formulada (...) el (...) 8 de noviembre del año 2002”.

9. Con fecha 9 de febrero de 2004, el interesado presenta, en las dependencias de Correos y Telégrafos, dos nuevos escritos de reclamación, uno dirigido al SESPA y otro al INSS, que resultan ser meras reproducciones de la formulada en el año 2002, y que dio origen al expediente que analizamos. Ambos escritos fueron remitidos al Servicio instructor desde las respectivas instancias, y con fecha 27 de febrero de 2004, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias notifica al interesado la recepción de los mismos, los cuales, al reproducir “exactamente la reclamación que presentó el 8-11-02 y que dio origen al expediente de responsabilidad patrimonial n.º", serán incorporados a éste.

A su vez, con fecha 11 de febrero de 2004, el interesado presenta en las dependencias de Correos y Telégrafos, una nueva reclamación, coincidente en todos sus términos con las anteriores, dirigida en este caso al propio hospital.

10. El día 7 de julio de 2004, el interesado presenta un nuevo escrito en el servicio de Correos un escrito “interesando se resuelva expresamente la petición formulada en el escrito de fecha 8 de noviembre del año 2002”. Por el Servicio instructor se le informa, mediante escrito de fecha 5 octubre de 2004, que “tiene (...) expedita la vía jurisdiccional contencioso-administrativa” Y que también “puede interponer recurso potestativo de reposición”.

Posteriormente, mediante escritos presentados en el servicio de Correos con fechas 18 de octubre de 2004, 3 de noviembre de 2005 y 14 de marzo de 2006, el interesado reitera la solicitud de que se proceda a dictar resolución

expresa, y por el mismo medio, con fecha 15 de diciembre de 2006, además de denunciar la falta de resolución de la reclamación presentada en su día, vuelve a solicitar una indemnización por lo que considera un defectuoso y anormal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, en idéntica cuantía a la interesada en el escrito inicial, a lo que añade “los intereses legales de dicha suma desde el 8 de noviembre del año 2002 y hasta su efectivo pago”.

11. Con fecha 18 de junio de 2007, el instructor eleva propuesta de resolución en sentido desestimatorio, reproduciendo, en el relato de hechos, lo reflejado en un “informe de la Inspección Médica, sin fechar”, concretamente que el interesado, “con una invalidez permanente total desde el 1/3/95, ingresó en el Servicio de Cirugía General (...) el 2/11/95 a causa de dolor abdominal (...). Ante la historia de cuadros múltiples similares, el cirujano decide, presionado por el propio paciente, realizar una laparotomía diagnóstica con el resultado de una apendicectomía profiláctica. A los tres días de la intervención sufre un cuadro séptico, realizándosele el 6/11/95 una laparotomía exploradora encontrándose una peritonitis posiblemente debida a escape por muñón apendicular. Se procede a reforzar la ligadura del mismo. Es alta hospitalaria el 21/11/95. En revisión ambulatoria el 5/2/96, se le aprecia un laparocèle, incluyéndole en lista de espera para intervención, la cual se efectúa el 18/11/96 (eventrorrafia). El 1/9/97 acude al Servicio de Urgencias refiriendo dolor abdominal (...), es alta sin tratamiento al encontrarse asintomático. Se le solicita, no obstante, una ecografía que se realiza el 19/9/98 con el resultado de eventración en cicatriz de la laparotomía y pequeño serosa en región inferior de la cicatriz”.

En cuanto a los fundamentos de derecho, señala que “no existe relación alguna de causalidad entre los daños y perjuicios ocasionados en su día al reclamante y por lo que fue indemnizado en la cuantía fijada (...) por el orden jurisdiccional social y el nuevo grado de incapacidad permanente que le ha sido reconocido, ya que este grado deriva de la patología de origen profesional que

presentaba el reclamante en fechas anteriores a las secuelas derivadas de la asistencia prestada" en el hospital.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de julio de 2007, registrado de entrada el día 20 del mismo mes, 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 y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

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 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, 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 la determinación del alcance de las secuelas”. En el caso ahora examinado, la reclamación se presenta el día 8 de noviembre de 2002, y aunque el diagnóstico de eventración en la cicatriz de la laparotomía que se imputa a la Administración sanitaria se estableció en septiembre de 1998, el alcance definitivo de la secuela por la que reclama no se alcanzaría hasta que, como consecuencia de un recurso de suplicación interpuesto frente a una sentencia anterior, la Sala de lo Social del TSJA, en Sentencia de 23 de noviembre de 2001, declaró al ahora interesado “afecto de una incapacidad permanente absoluta no recuperable (...) por causa de enfermedad profesional”, dando por probado que padece, a tales efectos, entre otras dolencias previas, una “eventración abdominal recidivante”. Por tanto, debemos entender que la reclamación se interpuso dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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.

No obstante, hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo.

Finalmente, se aprecia que ha sido rebasado el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Recibida la reclamación en el registro del SESPA el día 13 de noviembre de 2002, se concluye que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 20 de julio de 2007 el plazo de resolución y notificación ha sido sobrepasado. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

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 139 de la LRJPAC, ya citada, 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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 141 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.- El asunto que se somete a nuestra consideración se refiere a una reclamación de daños y perjuicios formulada como consecuencia de la atención sanitaria prestada en un hospital de la red pública, entendiendo el interesado que la “apendicectomía inicial no fue llevada a cabo correctamente”, lo que le habría producido la “debilitación de la pared abdominal, con la correlativa anulación de toda posibilidad de esfuerzo físico”. Por ello, y según argumenta, el TSJA en su Sentencia de fecha 23 de noviembre de 2001 (Recurso de Suplicación n.º) habría modificado la calificación inicial de incapacidad

permanente total, reconociéndole “afecto de una incapacidad permanente absoluta no recuperable”.

Hemos de recordar que el reclamante solicitó, en noviembre de 1997, frente al INSALUD, una indemnización por los daños sufridos en el mismo proceso asistencial que ahora valoramos, iniciado el día 2 de noviembre de 1995, en el que se le practica una apendicectomía profiláctica. Dicho procedimiento finalizó con un pronunciamiento jurisdiccional de la Sala de lo Social del TSJA, de fecha 22 de octubre de 1999, que estimaba en parte el recurso de suplicación interpuesto contra una sentencia denegatoria del Juzgado de lo Social, de fecha 9 de febrero de 1999, y condenaba al INSALUD al abono de “cuatro millones de pesetas” (solicitaba veinticinco millones). En sus fundamentos jurídicos señala que el actor ya era pensionista de la Seguridad Social, “al estar afectado de una incapacidad permanente total derivada de enfermedad profesional”, y que aunque posteriormente solicitó una revisión por agravación, “alegando las secuelas de eventración”, su pretensión fue desestimada “en sentencia que tiene carácter de firme, de forma que su capacidad laboral residual no ha sufrido variación. Ello no obstante -continúa razonando la sentencia- ha de valorarse la secuela de referencia y los daños morales derivados de las operaciones a que fue sometido”. En definitiva, tanto por la secuela física (la eventración) como por los daños morales, la sentencia condena al INSALUD al abono de la cantidad señalada frente a los veinticinco millones de pesetas que había solicitado. El interesado argumenta ahora que las eventraciones han supuesto la anulación de su capacidad laboral residual, y que por ello debe indemnizársele en la cuantía no abonada del importe inicialmente solicitado.

Resulta efectivamente acreditado que el actor ha sido declarado en situación de incapacidad permanente absoluta, recogiendo la sentencia ya citada de la Sala de lo Social del TSJA de 23 de noviembre de 2001 que “las dolencias que determinaron la anterior declaración fueron: condromalacia rotuliana”, y que ahora “padece; condromalacia rotuliana derecha. Eventración abdominal recidivante. Cervicobraquialgia por cervicoartrosis e hipoacusia

pendiente de valoración”; dolencias todas ellas que llevan al TSJA a declararle “afecto de una incapacidad permanente absoluta (...) por causa de enfermedad profesional”.

Ahora bien, acreditada la existencia de unos daños surgidos en el curso de la actividad del servicio público sanitario, ello no implica sin más la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, 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 los resultados pretendidos.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el 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 -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la organización sanitaria en que se desarrolla-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. También hemos de subrayar que corresponde a quien reclama la prueba de

todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

Para analizar el elemento causal debemos recordar que el interesado sostiene, por un lado, que la incorrecta atención sanitaria le produjo, como secuela, una eventración abdominal y, en segundo lugar, que tal padecimiento originó, a la postre, la pérdida de su capacidad laboral residual, lo que, siguiendo su argumentación, le habría ocasionado un nuevo daño, no indemnizado en su momento. Sin embargo, a la vista de los propios pronunciamientos de la sentencia, no resulta plenamente acreditado que la eventración guarde la necesaria relación causal con el daño, es decir, que la eventración abdominal que efectivamente existe haya ocasionado el daño real y efectivo por el que reclama: la pérdida de la capacidad residual. Lo cierto es que en el último pronunciamiento jurisdiccional se declaran, respecto a la incapacidad, tres padecimientos que no habían sido tenidos en cuenta con anterioridad: "cervicobraquialgia por cervicoartrosis", "hipoacusia" y "eventración abdominal recidivante" y, como resultado de todo ello, junto con la condromalacia rotuliana preexistente, se declara la incapacidad "por causa de enfermedad profesional". Incluso en el informe médico privado que adjuntó en su momento a la primera reclamación, de fecha 29 de septiembre de 1997, ya se indica que la patología que había supuesto su incapacidad total (la condromalacia) es de por sí "crónica" y "presenta además un progresivo empeoramiento". Por lo tanto, según dicho informe, incluso se podría pensar que ese progresivo empeoramiento en él referido pudiera haber conducido, por sí mismo, a la nueva declaración de incapacidad absoluta. En definitiva, no se puede sostener, como pretende el reclamante, que la eventración hubiera sido el padecimiento causalmente unido al daño alegado.

No obstante, y aun asumiendo a efectos dialécticos su planteamiento, debemos analizar si en el proceso asistencial que se cuestiona se han producido actuaciones contrarias al criterio de la *lex artis* expuesto. Y en este sentido

debemos destacar en primer lugar que el interesado no presenta prueba alguna de sus imputaciones, limitándose a invocar el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial. Ni siquiera en el informe médico privado del año 1997, al que nos hemos referido, se atribuye al servicio público sanitario la más mínima contravención del criterio de la *lex artis*, ciñéndose el informante a realizar una descripción de los sucesivos tratamientos médicos, y a obtener las conclusiones que considera pertinentes en relación con la pérdida de su “capacidad laboral”.

Del análisis del resto de la documentación incorporada al expediente no sólo se evidencia la alegada falta de prueba, sino que justamente podemos obtener la convicción de que todo el proceso asistencial se ajustó al mencionado criterio valorativo. Es cierto que la Sentencia de 22 de octubre de 1999, de la Sala de lo Social del TSJA, tantas veces citada, reconoció parcialmente la pretensión indemnizatoria planteada por el actor en su día, pero lo hizo sobre la base de una construcción doctrinal ya superada, al entender que la responsabilidad patrimonial es de carácter objetivo, lo que “equivale (...) a sostener que en virtud de la responsabilidad sin culpa se produce una obligación legal de indemnizar y se objetiva la responsabilidad extracontractual con caracteres absolutos en contra del principio de culpa (...), lo que supone que se trata de una responsabilidad al margen de todo elemento de voluntariedad”. Surgiría así el deber de indemnizar en todo caso, “incluyendo el caso fortuito y con la sola excepción de la fuerza mayor”, sin necesidad de valorar la adecuación de la actuación sanitaria al mencionado principio valorativo de la *lex artis*. Sin embargo, de un modo gráfico y didáctico, el Tribunal Supremo señala en su Sentencia de 17 de mayo de 2004 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª) que “el hecho de que en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como objetiva apunta al dato de que no es necesario la concurrencia de dolo o culpa en el agente, y no permite extraer la consecuencia de que deba declararse su existencia, sin más, por el mero hecho de que el resultado lesivo se haya producido con ocasión de la

actuación de un centro sanitario público. No sería razonable -antes al contrario, sería manifiestamente absurdo- entender que esa objetivación determina que, por ejemplo, la Administración deba responder siempre que en una clínica gestionada por ella y de ella dependiente fallece un enfermo”.

Pues bien, en la única valoración que se realiza de la adecuación de la actuación sanitaria al criterio de la *lex artis*, que es la que efectúa la Sentencia de 9 de febrero de 1999, del Juzgado de lo Social, se indica, contraponiendo los informes incorporados a los autos -un informe médico privado de parte y los del “Servicio de Cirugía” y del “Médico Forense de Categoría Especial”-, que “no puede afirmarse que haya existido una defectuosa ‘praxis quirúrgica’ en la intervención a que fue sometido el actor (...), siendo un riesgo inherente a la técnica empleada la posibilidad de la dehiscencia del muñón o la posibilidad de algún escape”. Ello conduce al juzgador a concluir, respecto a la pretendida responsabilidad patrimonial, que faltan “varios de los requisitos básicos para que se produzca la obligación de indemnizar (...). En primer lugar, falta el principal presupuesto, que es la defectuosa asistencia sanitaria; y, en segundo lugar, falta ese otro requisito a que alude el Tribunal Supremo, relación de causalidad entre la acción y el daño, es decir, tampoco aparece como probado que el tratamiento quirúrgico a que fue sometido el actor fuera la causa o, al menos desencadenara el evento dañoso, y por ello, no existe responsabilidad alguna”.

Como hemos señalado en dictámenes anteriores, el interesado debe probar no sólo los hechos determinantes de la responsabilidad que imputa al servicio público, sino también la relación de causalidad existente con su funcionamiento, y, en ausencia de tal prueba, la reclamación ha de ser desestimada. En el caso concreto, el interesado se limita a manifestar en su reclamación que el daño alegado se debe a una “imprudencia médica originaria”, refiriéndose a que el muñón de la apendicectomía “se encontraba abierto”. Sin embargo, tales manifestaciones carecen de soporte probatorio alguno.

En definitiva, en ausencia de elementos probatorios distintos a los valorados en su día en la Sentencia de 9 de febrero de 1999, del Juzgado de lo Social, consideramos correcta la valoración que en ella se contiene respecto a la actividad desplegada por los servicios públicos sanitarios, y en consecuencia entendemos que ésta se ajustó en todo momento al criterio de la *lex artis*, lo que impide el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial alegada.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.