

Expediente Núm. 181/2010
Dictamen Núm. 30/2011

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
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de enero de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 5 de julio de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la asistencia prestada por el Servicio Público Sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 22 de junio de 2009, el perjudicado presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias (Sespa) una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al mismo, por daños atribuidos a la asistencia sanitaria dispensada bajo su cobertura en un centro privado concertado.

El reclamante expone que en el año 2007 y “dada la larga lista de espera” existente en el Servicio de Traumatología del Hospital, fue “derivado por el

Servicio Público de Salud (...) a la Clínica con el fin de practicar la extirpación de quiste de la rodilla izquierda”, teniendo lugar dicha intervención el 18 de octubre de 2007. Señala que tras la misma “presentó un dolor agudo en la rodilla izquierda que evidenciaba la existencia de una lesión causada sin duda en el transcurso de la intervención, toda vez que hasta entonces el paciente no presentaba dichos dolores”. Inició entonces tratamiento de fisioterapia en el Hospital, diagnosticándosele “finalmente la presencia de `neuroma de nervio safeno izquierdo´”, del que se le intervino en dicho hospital el día 25 de junio de 2008, recibiendo el alta el 26 de junio de 2008; posteriormente, se somete a una segunda intervención quirúrgica en el mismo centro, en fecha que no precisa, aunque sostiene que “sigue presentando un cuadro de dolor severo en la rodilla que le limita claramente en su vida, tanto profesional como personal, siendo atendido en la Unidad del Dolor para paliar dicho sufrimiento, teniendo que tomar de por vida medicación que (lo) mitigue de algún modo”.

A consecuencia de su dolencia, se encuentra “pendiente de (...) reconocimiento de una incapacidad permanente laboral”, señalando que “en todo caso, es lo cierto que (...) presentará sin duda secuelas a nivel del miembro inferior izquierdo que supondrán una clara afectación motora y, esencialmente, sensitiva en dicha extremidad, todo ello consecuencia de una defectuosa praxis médica”, pues considera “notorio que la lesión del paciente en el nervio safeno responde a un negligente actuar del personal médico” de la clínica privada en la que se realizó la intervención llevada a cabo el 18 de octubre de 2007, personal que “incumplió asimismo el deber de información debida al paciente”, pues no le fueron comunicados “debidamente los riesgos que comportaba la operación”.

Cuantifica el importe de la indemnización en un total de ciento veinte mil euros (120.000 €), suma que “se verá incrementada con el correspondiente factor corrector en caso de que, finalmente, le sea reconocida por la Seguridad Social una incapacidad permanente laboral”.

Adjunta copia de los siguientes documentos: a) Informe del Servicio de Urgencias de una clínica privada, en la que se le atendió el 16 de junio de 2007 por “gonalgia”. b) Informe del Servicio de Traumatología de la Clínica, de

fecha 28 de noviembre de 2007 y relativo a la intervención realizada en el mismo centro el 18 de octubre de 2007, y consentimiento informado para la realización del procedimiento quirúrgico “quiste sebáceo semitendinoso”, firmado por el paciente el día de la operación. c) Informes y documentación emitida por el Hospital en relación al tratamiento e intervenciones quirúrgicas relacionadas con la patología detectada, “neuroma del nervio safeno izquierdo”. d) Informe de fecha 27 de enero de 2009, emitido por una tercera clínica privada de “traumatología, fisioterapia y podología”, en el que se indica que “en el momento actual presenta una sensibilidad cutánea profunda distal en la cara interna de la pierna izquierda (...). La flexoextensión desencadena una agudización del dolor”. e) Partes médicos de alta y baja de incapacidad temporal por contingencias comunes, y resoluciones del Instituto Nacional de Seguridad Social, relativas a la situación de incapacidad en la que se encuentra el interesado, siendo el último documento aportado una notificación de demora de la calificación de incapacidad permanente, por un plazo máximo de seis meses desde el 16 de enero de 2009, con prórroga de los “efectos de la situación de incapacidad temporal”.

2. Con fecha 7 de julio de 2009, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios solicita a la Gerencia de la Clínica copia de la historia clínica del reclamante, informe del Servicio implicado y certificación de la vinculación de los facultativos intervinientes con el Sespa.

3. El día 16 de julio de 2009 el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica al reclamante la fecha de recepción de su reclamación en el Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. Con fecha 4 de agosto de 2009, la Clínica remite al Servicio instructor el informe elaborado el día 3 de ese mismo mes por el responsable del Servicio de Traumatología que atendió al paciente. En él señala que tras la operación “acude

a revisiones posteriores (...), siendo dado de alta para control y valoración de fisioterapia por su médico de Atención Primaria” el 28 de noviembre de 2007, constatando que “durante el tiempo que acude a revisiones no se hace referencia a ningún dolor agudo, y las molestias que presenta son las habituales de una intervención quirúrgica”. Asimismo, se remite copia de la historia clínica del perjudicado, en la que se incluye, además del consentimiento informado ya aportado por el interesado, ficha de admisión firmada por este el día 18 de octubre entre cuyas condiciones se especifica que “por la firma del presente el paciente consiente y autoriza a la clínica, su personal sanitario, sus servicios o departamentos concertados, a la prestación de su asistencia, tanto diagnóstica como terapéutica, así como para dispensar el tratamiento prescrito por el Dr/a que lo atiendan. El paciente y/o su responsable declaran que han sido informados por su/sus médicos de los riesgos, y son aceptados por ellos”. También consta en la historia clínica “solicitud de inclusión en lista de espera quirúrgica”, suscrita por un médico del Servicio de Traumatología del Hospital, en la que se consigna “derivar a centro concertado” para la realización de la intervención.

Con fecha 11 de septiembre de 2009, el Hospital remite copia de la historia clínica del paciente.

5. Con fecha 18 de enero de 2010, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él describe los hechos y procede a su valoración indicando que, “el neurofibroma es una lesión benigna, que puede ocurrir en un nervio periférico, generalmente de origen desconocido, formado por engrosamientos o proliferaciones de células y/o fibras elásticas o colágenas, no pudiendo achacarse su aparición al cien por cien a la operación quirúrgica que le fue efectuada, quizás ya lo portase el paciente antes de entrar a quirófano, existiendo igualmente la posibilidad de que se hubiese formado en la cicatriz generada en la operación, constituyendo en este caso un ‘riesgo típico’ que el enfermo está obligado a soportar, siendo ajeno su génesis al ‘hacer médico’”. Señala que “el consentimiento informado existe,

incorporado a su historial clínico, aceptada la información, tratamiento y riesgos por el paciente, y firmado en prueba de conformidad”, y “recoge como `riesgo típico´ las afecciones neurovasculares de la zona”.

En cuanto al proceso seguido por el paciente, expone que “parece que la evolución postoperatoria inmediata fue buena, pero en la evolución más tardía se manifestó un dolor lacerante local con insuficiencia muscular y sensitiva”, siguiendo tras la segunda operación llevada a cabo en el Hospital tratamiento “con malos resultados”, desconociéndose si a fin de “disminuir la sensibilidad (...) llegaron a instalarse” implantes, alternativa contemplada en la Unidad del Dolor, pues “el enfermo optó por acudir a la Medicina Privada, donde parece” se limitaron a “confirmar el diagnóstico”.

6. Con fecha 19 de mayo de 2010, se comunica al reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una copia de los documentos obrantes en el procedimiento, compareciendo un representante del mismo, con poder notarial al efecto.

Con fecha 27 de mayo de 2010, el solicitante presenta alegaciones en las que reitera lo expuesto en su reclamación, añadiendo, en relación al contenido del informe técnico de evaluación, que “ninguna prueba sostiene” que “presentara esta patología con carácter previo a la intervención quirúrgica a la que fue sometido”.

7. Con fecha 11 de junio de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, con base en que “la indicación de la cirugía era correcta”, el paciente “firma el documento de consentimiento informado para la cirugía que se iba a realizar y en el mismo se describen los riesgos del procedimiento”, “la patología que presentaba” tras la cirugía “es un riesgo típico”, llevándose la misma “a cabo en tiempo y forma correctos, mediante abordaje adecuado”, poniéndose “a disposición del paciente todos los medios hospitalarios necesarios para el tratamiento de la patología que presentaba, y que “el neuroma de rama

sensitiva del nervio safeno interno a nivel de la antigua cicatriz puede aparecer en este tipo de patología”. Concluye que “de acuerdo con la documentación examinada se puede concluir que todos los profesionales que trataron al paciente lo hicieron de manera correcta”, por lo que se considera “tras el estudio de todo el historial clínico que la asistencia prestada fue acorde a la lex artis”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 5 de julio de 2010, registrado de entrada el día 8 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.

En cuanto a la legitimación pasiva del Principado de Asturias, reiterando la doctrina formulada, entre otros, en el Dictamen Núm. 163/2006, de 20 de julio, consideramos que el Principado de Asturias está pasivamente legitimado, como titular del servicio público sanitario, que en el presente caso ha sido prestado por un centro privado sanitario con el que se ha suscrito el oportuno concierto para la atención de determinados usuarios del Sistema Nacional de Salud; siempre sin perjuicio de la repetición de los costes a que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento legal que corresponda. En el caso ahora examinado, de la documentación obrante en el expediente cabe deducir que la atención prestada al reclamante en el centro privado lo ha sido en tanto que beneficiario del sistema sanitario público, desde el cual se produce la derivación para la prestación del servicio. Por ello, a la vista del escrito presentado por el perjudicado, resulta correcta la tramitación del oportuno procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, 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 supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 22 de junio de 2009. Dado que el interesado fue dado de alta tras la intervención quirúrgica efectuada para tratar la patología diagnosticada el 26 de junio de 2008, es claro que ha sido formulada en el plazo de un año legalmente establecido.

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.

Por último, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, 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 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.- Funda el reclamante su pretensión indemnizatoria en el anormal funcionamiento de la Administración sanitaria, que habría tenido lugar al sufrir una lesión en el nervio safeno “consecuencia de una defectuosa praxis quirúrgica” durante el transcurso de una intervención llevada a cabo en un centro sanitario privado concertado, al que es remitido desde el servicio público sanitario.

A la vista del expediente, resulta acreditado que tras la citada operación le fue diagnosticado al paciente un “neuroma de nervio safeno izquierdo”, del que fue intervenido en un hospital público.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido con ocasión de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia 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, o la falta de curación, 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 favorables en relación con la salud del paciente.

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 señalar 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.

Al analizar el fondo de la cuestión, hemos de llegar a un resultado desestimatorio. En efecto, considera el reclamante que la lesión se ha producido “como consecuencia directa e inmediata de una mala praxis médica, de una mala ejecución de la labor quirúrgica y no como una mera consecuencia de la cicatriz generada con la intervención”, a lo que añade que existió un incumplimiento del deber de información, pues “no fue informado en ningún caso de los riesgos que comportaba dicha intervención”. Sin embargo, tanto el informe técnico de evaluación como la propuesta de resolución afirman que la lesión producida constituye un “riesgo típico” de la intervención a la que fue sometido, sin perjuicio de que, como señala el primero de los informes, tampoco resulte acreditado de forma indubitada que tenga su origen en la misma, pues cabe incluso la posibilidad de que “ya lo portase el paciente antes de entrar a quirófano”. En todo caso, aun teniendo por cierto que en el presente supuesto se ha materializado “la posibilidad de que” el neurofibroma “se hubiese formado en la cicatriz generada en la operación”, esta es, a tenor de lo expuesto, una consecuencia que el reclamante debe asumir y soportar en cuanto riesgo derivado de una intervención quirúrgica correcta, cuya eventualidad conoció y aceptó, sin que sea posible sostener que tales consecuencias deban calificarse como daño antijurídico. Precisamente, la constancia en la historia clínica de la autorización para la intervención firmada por el interesado, en la que este declara que le han “sido explicados razonablemente su propósito, naturaleza y posibles complicaciones derivadas del mismo”, impide asimismo considerar infringido el deber de información, que también alega. Frente a tales argumentos, ningún informe técnico contradictorio opone el reclamante, quien se limita a señalar durante el trámite de audiencia que “ninguna prueba sostiene que el compareciente presentara esta patología con carácter previo a la intervención quirúrgica a la que fue sometido”.

Por ello, debemos concluir que ha quedado probado que la Administración sanitaria actuó de acuerdo a la *lex artis*, y, en consecuencia, el daño producido

no constituye una lesión antijurídica, lo que exime de toda responsabilidad a la Administración.

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

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.