

Expediente Núm. 84/2010
Dictamen Núm. 61/2011

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 24 de febrero 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 12 de febrero de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria recibida en un hospital concertado.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 8 de junio de 2009, se presenta en el registro de la Dirección Provincial de Asturias del Instituto Nacional de la Seguridad Social una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la deficiente asistencia sanitaria recibida en el Hospital “X”.

Refiere que “con fecha 30 de noviembre de 2007 fue operado” en el Hospital “X” “de un juanete y 2º dedo en martillo. En mayo de 2008, la Seguridad Social decidió que se encontraba apto para desempeñar su trabajo, a pesar de los informes médicos que lo contradecían”. Señala que a los ocho

meses de haberse incorporado al trabajo, "debido a los dolores y a la inflamación, me veo en la obligación de ir al médico, ya que casi no puedo ni caminar", y que después de haber consultado con "4 traumatólogos, me encuentro en espera para ser operado" en el Hospital "Y" "de los 5 dedos del pie izquierdo en una primera operación y del empeine y el talón en una segunda operación".

Solicita una indemnización por los "daños y perjuicios" sufridos como consecuencia de "la negligencia cometida" en la intervención quirúrgica a la que se sometió en el Hospital "X", aunque no cuantifica su importe.

2. Mediante escrito de 1 de julio de 2009, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios solicita a la Gerencia del Hospital "X" una copia de la historia clínica del perjudicado, así como un informe del Servicio implicado y certificación de la vinculación de los facultativos intervinientes con el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

3. El día 6 de julio de 2009, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica al reclamante la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del 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. Asimismo, le requiere para que en el plazo "de diez días, a contar desde el día siguiente al del recibo de esta notificación", proceda "a la cuantificación económica del daño o, en su defecto", indique "las causas que motivan la imposibilidad de realizarla, indicándole que, de no recibirse contestación en el plazo anteriormente señalado, se le tendrá por desistido de su petición".

4. Con fecha 6 de julio de 2009, el Gerente del Hospital "Z" traslada al Servicio instructor una copia de la historia clínica del perjudicado obrante en dicho centro.

5. El día 8 de julio de 2009, el Director Gerente del Hospital "X", remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica del perjudicado. asimismo, refiere que "la asistencia (...) fue realizada en nuestro centro por un equipo de COT del Servicio de Traumatología del Hospital "Z" (...), por lo que los facultativos responsables (...) son personal dependiente del servicio público de salud". Respecto al informe de asistencia, se ha solicitado al Gerente del Hospital "Z" "que dicho informe sea remitido directamente" al Servicio instructor.

6. Con esa misma fecha, el reclamante presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que cuantifica la indemnización solicitada en dieciocho mil euros (18.000 €).

7. Mediante escrito de 15 de julio de 2009, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita al Gerente del Hospital "Y" una copia de "los datos obrantes en la historia clínica" del perjudicado, "relativos (...) a la especialidad de Traumatología y se (...) indique si el paciente está incluido en lista de espera para cirugía, el tipo de intervención que está previsto realizarle y el motivo de la misma".

8. El día 17 de julio de 2009, el Gerente del Hospital "Z" remite al Servicio instructor una copia del informe del Servicio de Traumatología, de 13 de julio de 2009. En él se hace constar que se trata de un "paciente diagnosticado de HV y 2º dedo en martillo pie I el 16-10-2007./ Intervenido en el (Hospital "X"), tras ser informado de los pormenores de la cirugía se procedió a:/ Exosectomía./ Tenotomía de abductor./ Osteotomía de Akin./ Tenotomía de flexores y extensores, capsulotomía y osteotomía de falange 2º dedo. Dada la gran rigidez de este dedo, fue preciso una fijación adicional con una AK (probabilidad ya comentada en consulta previa a la cirugía)./ Revisado periódicamente en consultas externas" del Hospital "X", "donde se curaron los portales y se le extrajo la AK. Y tras una radiografía de control satisfactoria y una exploración clínica normal, fue alta de nuestro Servicio el 16-01-2008".

9. Con idéntica fecha, el Gerente del Hospital "Y" envía al Servicio instructor una copia de la historia clínica del perjudicado. Además, refiere que este está "incluido en lista de espera con fecha 05-03-2009".

En la hoja de curso clínico figura una anotación, de fecha 5 de marzo de 2009, en la que se señala que el paciente "en el momento actual tiene una metatarsalgia severa del primer radio. Deformidad grosera del segundo radio. Metatarsalgia severa del tercero y cuarto metas./ Hiperqueratosis severa debajo del calcáneo en el contexto de un pie cavo./ Rx.- Subluxación de mf del primer dedo./ Pie cavo./ Se incluye para:/ Corrección del primer radio, galón y posible acortamiento de falange./ Alineación metatarsal./ Corrección del segundo dedo deforme./ Corrección de tercero y cuarto en garra./ Valorar después de recuperar de esta cirugía el pie cavo".

10. El día 7 de agosto de 2009, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, tras describir los hechos, señala que el interesado "no ha conseguido acreditar una supuesta negligencia en la atención médica recibida de manos del servicio público sanitario./ En el presente caso se puede afirmar que la actuación de los profesionales (...) ha sido correcta y adecuada a las circunstancias de cada momento, pues la patología del reclamante era tributaria de cirugía, el tipo de cirugía empleada es una de las muchas variantes disponibles para el abordaje de su patología y la que menos complicaciones plantea y, la ejecución de la intervención quirúrgica fue irreprochable desde un punto de vista técnico. Es decir, los profesionales (...) siguieron escrupulosamente en su actuación las reglas de la lex artis ad hoc".

Considera, finalmente, que "el hecho que actualmente el paciente presente una serie de molestias y de deformidades en el pie no es consecuencia, como pretende (...), de un actuar negligente de los servicios médicos, sino que se debe a que tiene una patología de base -pie cavo de 2º grado- que asocia las deformidades apuntadas y que cursa con la clínica que aqueja (...). Esa patología va a ser objeto de abordaje quirúrgico secuencial en

dos tiempos para su corrección en otro centro asistencial del sistema público sanitario”.

11. Mediante escritos de 10 y 11 de agosto de 2009, se remite copia del expediente completo a la correeduría de seguros y del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias (Sespa).

12. Con fecha 2 de septiembre de 2009, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por tres especialistas, uno de ellos en Traumatología y Ortopedia, otro en Cirugía, Traumatología y Ortopedia, y el tercero en Cirugía Plástica y Reparadora. En él se concluye que el perjudicado “presentaba, sobre unos pies cavos bilaterales, un cuadro de dolor en el hallux valgus izquierdo con 2º dedo martillo (...). Se propuso tratamiento quirúrgico que el paciente aceptó y autorizó mediante el documento de consentimiento informado en el que figuran, como ha quedado descrito, una serie de premisas, entre ellas: la posibilidad de recidiva de la deformidad, dolor persistente, evolución de la herida, etc. (...). El día 30 de noviembre de 2007 fue intervenido con técnica percutánea, realizando resección del relieve óseo del 1º metatarsiano + sección de abductor + Akin de la falange. En el 2º dedo se realizó tenotomía de extensores y flexor, capsulotomía, osteotomía de falange y fijación con aguja de K (...). La evolución a los 13 días del primer portal era con herida tórpidas, sin infección, que tratada adecuadamente cerró y permitió dar el alta al paciente el 16 de enero de 2008 (...). Aproximadamente a los tres meses presentó dolor en 1º, 2º dedo, aunque el 1º tenía movilidad con ligera limitación de la flexo-extensión por dolor y el 2º dedo estaba en hiperextensión por la MTF, a esto se añadía el desequilibrio de la metatarsalgia secundaria al pie cavo, por lo que visto en el (Hospital “Y”) se propuso realineamiento de metatarsianos, actuación para corregir el 2º dedo y actuar sobre el pie cavo una vez se haya recuperado de la cirugía propuesta (...). En la revisión de la historia clínica ha habido un diagnóstico y seguimiento adecuado. La descompensación de la metatarsalgia se debe a la redistribución de carga

corporal, al dar el punto de apoyo correcto al 1^{er} radio con la cirugía. Se ha actuado según lex artis”.

13. Mediante escrito notificado al interesado el 29 de octubre de 2009, se le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una copia de los documentos obrantes en el expediente.

14. Transcurrido el trámite de audiencia sin haberse formulado alegaciones, con fecha 26 de enero de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, incorporando a la misma la valoración contenida en el informe técnico de evaluación. Concluye que “los profesionales del Servicio de Salud del Principado de Asturias que han intervenido en la asistencia al reclamante han actuado en todo momento de manera correcta, conforme a los parámetros de la lex artis”.

15. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de febrero de 2010, registrado de entrada el día 22 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 orden a un pronunciamiento sobre la legitimación del Principado de Asturias, la primera consideración que debe efectuar este Consejo atiende al carácter del centro y del servicio sanitario al que se refieren los hechos. En este caso, el reproche del reclamante se dirige exclusivamente al funcionamiento del Hospital "X", que resulta ser privado, pero que, como ha puesto de relieve este Consejo con ocasión de dictámenes anteriores, se encuentra vinculado a la red hospitalaria pública mediante un convenio singular suscrito el día 30 de abril de 2004 con el Servicio de Salud del Principado de Asturias, y en virtud del cual dicho hospital -clasificado como Hospital de Agudos Asociados al Hospital "Z" (Área V) por Resolución de 7 de abril de 2003, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios- presta atención especializada médica, quirúrgica o médico-quirúrgica a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en las condiciones establecidas en el mismo. En el supuesto examinado, como se deduce de la documentación obrante en el expediente, la atención prestada al interesado lo ha sido en tanto que beneficiario del sistema sanitario público.

Considerando tales circunstancias, el eventual resarcimiento de los daños que se pudieran haber ocasionado al paciente en el Hospital "X" ha de ser imputado a la Administración sanitaria con el mismo alcance y requisitos que si el daño se hubiera causado en las propias instalaciones de la sanidad pública. Nos encontramos ante una prestación sanitaria pública para cuya obtención el particular ha de acceder, por la propia organización de la red hospitalaria pública, a un centro privado con convenio al efecto; siendo así, tal hecho no

permite excluir la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ni puede limitar el ejercicio por los particulares del derecho que les reconocen los artículos 106 de la Constitución y 139 de la LRJPAC, ya que en definitiva se trata del funcionamiento de un servicio público.

El Principado de Asturias, por tanto, está pasivamente legitimado en cuanto titular del servicio público sanitario, que, en parte, ha sido prestado en virtud de concierto por un centro asistencial con el que se ha suscrito un convenio singular 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.

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 8 de junio de 2009 y, dado que en la anotación que figura en las hojas de curso clínico fechadle Hospital “Y” correspondientes al día 5 de marzo de 2009 queda constancia de la consolidación de las secuelas, es claro que fue formulada 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.

Sin embargo, 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.- El reclamante imputa a la asistencia sanitaria recibida con ocasión de una intervención quirúrgica en el año 2007 en el Hospital “X” el padecimiento de diversas “secuelas físicas”, de un deterioro en su calidad de vida y “pérdidas económicas (...) a causa de las bajas” laborales que le ha ocasionado “la deformidad” de su pie izquierdo tras esa “primera operación mal hecha”.

En cuanto a la efectividad del daño alegado, consta acreditado en el expediente que el paciente fue intervenido en dicho centro en el mes de noviembre de 2007 para la corrección de *hallux valgus* en pie izquierdo y segundo “dedo en martillo pie derecho/izquierdo”, así como que presenta, a fecha 5 de marzo de 2009, “metatarsalgia severa del primer radio” y “de tercero y cuarto metas”, así como “deformidad grosera del segundo radio”, todo ello en el pie izquierdo, estando prevista una nueva intervención.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido en el curso 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 esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

Según el perjudicado, en la operación llevada a cabo el 30 de noviembre de 2007 se incurrió en "negligencia médica", pues "de una operación simple de

un juanete y un dedo martillo, con una recuperación más o menos de unos tres meses, yo llevo casi dos años y pendiente de dos operaciones en las cuales se me va a operar de los 5 dedos del pie, del empeine y del talón, todo ello causado por la deformidad sufrida en mi pie a causa de la primera operación mal hecha". En definitiva, se atribuye a la Administración la existencia de una atención sanitaria con infracción de la *lex artis*, atención que habría causado los daños alegados. Sin embargo, pese a que le incumbe la prueba de las imputaciones que sostiene, el interesado no ha desarrollado la menor actividad probatoria de este nexo casual, de modo que el Consejo Consultivo ha de formar su juicio respecto de la posible existencia del proceso causal referido sobre la base de la documentación que obra incorporada al expediente y de los informes técnicos incorporados por la Administración, que no han sido discutidos por el reclamante, quien no efectúa alegaciones durante el trámite de audiencia, mediante la aportación de otros contradictorios.

El informe emitido por el Servicio afectado refleja que tras la intervención, desarrollada sin incidencias, el paciente fue "revisado periódicamente en consultas externas", realizándose las curas oportunas y siendo dado de alta "tras una radiografía de control satisfactoria y una exploración clínica normal". De acuerdo con el informe técnico de evaluación, "el procedimiento quirúrgico fue ejecutado de forma correcta y su resultado" satisfactorio. Señala, además, que la "deformidad grosera del 2º dedo" es "posiblemente secundaria a la cirugía", si bien la "reaparición" de la misma "con el tiempo" constituye uno de los "riesgos típicos" incluidos en el documento de consentimiento informado firmado por el paciente antes del tratamiento quirúrgico, mientras que el resto de las lesiones, "metatarsalgia del 2º, 3º, 4º y 5º dedos del pie izquierdo, (...) deformidad en martillo de los tres últimos dedos, (...) hiperqueratosis severa debajo del calcáneo, son debidas al pie cavo de 2º grado que el paciente tiene como patología de base", sin perjuicio de que las mismas sean "susceptibles de corrección quirúrgica secuencial en dos tiempos, y para ello está el reclamante en lista de espera". A su vez, el informe emitido por la asesoría privada precisa que tal patología, pie cavo, "se ha desequilibrado, con lo que la distribución de la carga ha sufrido transferencia a

las cabezas de los metatarsianos, que anteriormente la soportaban (...), pero en el momento actual (...) ha originado una metatarsalgia, que es la clínica prevalente que tiene el paciente”.

En definitiva, no podemos apreciar relación de causalidad entre la patología que presenta el reclamante tras la intervención quirúrgica y el funcionamiento del servicio público sanitario, pues no existe prueba alguna de que la actuación de los profesionales que asistieron al paciente no se haya ajustado a la *lex artis*.

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.