

Expediente Núm. 193/2010
Dictamen Núm. 64/2011

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 julio de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños sufridos a consecuencia de lo que califica como defectuosa asistencia sanitaria prestada en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 28 de mayo de 2009 tiene entrada en la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y secuelas producidas a la interesada por lo que considera una asistencia sanitaria inadecuada prestada en un hospital público.

Inicia su escrito relatando que “tras ser diagnosticada de `hallus valgus + metatarsalgia´ en el pie derecho” fue “intervenida mediante cirugía percutánea el 28 de mayo de 2008 en el Hospital `X´”, siendo dada de alta el

mismo día, y acudiendo el día 11 de junio “para retirar los puntos”. Indica que a continuación “se produjo un proceso infeccioso y ulceroso en uno de los puntos (...) por el que se siguió tratamiento médico en el Ambulatorio ‘A’ y luego en el ‘B’”, que “durante todo el proceso infeccioso, y posteriormente (...) sufre importantes dolores en el pie derecho que se le transmiten a lo largo de la pierna llegando hasta la cintura sufriendo una cojera ostensible”, y que “el pie se encuentra sin sensibilidad, con una situación de frío permanente”. El día “1 de diciembre de 2008 se aprecia consolidación en hiperextensión de la osteotomía de la base de la falange” por lo que se “propone por el médico que la operó, nueva operación quirúrgica”; sin embargo, afirma la reclamante que “ante la desconfianza generada” solicita “ser tratada por el Servicio de Traumatología” del Hospital “Y”, donde le realizan un tratamiento de rehabilitación, que continúa recibiendo en el momento en que presenta la reclamación.

Considera que a raíz de esa defectuosa intervención quirúrgica su estado de salud “es peor que antes de la intervención”, y que “en ningún momento” fue “informada de las consecuencias que podía tener la operación quirúrgica”, cuando se suponía que “era una operación sencilla de juanetes”. Entiende por ello que se ha producido “una infracción de la lex artis con ocasión de la asistencia sanitaria consistente en cirugía percutánea”, aunque no le es posible llevar a cabo una valoración económica de los daños y perjuicios, que serán estimados en el momento de su curación.

2. Con fecha 24 de junio de 2009, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el Principado de Asturias, las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará en dicho Servicio, y los efectos del silencio administrativo. También le concede un plazo de diez días para que proceda a presentar la cuantificación económica del daño o, en su defecto, a indicar las causas que motivan la imposibilidad de realizarla.

3. El día 6 de julio de 2009 tiene entrada en el registro de la Administración del Principado un escrito de la reclamante en el que manifiesta que se encuentra pendiente de la realización de diversas pruebas médicas, por lo que cuantificará el daño cuando estas concluyan.

4. Mediante escrito de fecha 3 de agosto de 2009, el Gerente del Hospital "X" remite al Servicio instructor copia del parte de reclamación del seguro de responsabilidad sanitaria -enviado a la compañía aseguradora-, el informe del Jefe del Servicio de Traumatología del hospital y copia de la historia clínica de la perjudicada.

En la historia clínica consta, entre otros, el documento de consentimiento informado para la intervención practicada en dicho hospital, de fecha 30 de abril de 2008, en el que la paciente declara tener conocimiento del propósito y la naturaleza del procedimiento, de que se le han explicado claramente las posibles complicaciones y de que no se le garantizan los resultados que se pretenden obtener.

5. Con fecha 25 de agosto de 2009, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto solicita al Gerente de Atención Primaria del Área IV, una copia de la historia clínica de la paciente en el Centro de Salud "B".

Ese mismo día se realiza similar petición a la Dirección-Gerencia del Hospital "Y".

6. El día 11 de septiembre de 2009, el Secretario General del Hospital "Y" remite al Servicio instructor copia de dos informes que figuran en la historia clínica de la paciente.

Uno de ellos es el emitido con fecha 2 de julio de 2009 por la médico responsable del Servicio de Medicina Física y Rehabilitación, en el que consta como diagnóstico principal "dolor, rigidez e impotencia funcional 1º dedo/dedos pie derecho, secuelas cirugía percutánea hallux valgus pie derecho".

El otro informe es del Servicio de Traumatología, con fecha 11 de agosto de 2009, en el que se indica que “se aprecia secuela posquirúrgica con callos óseos en formación”.

7. Mediante escrito de 17 de septiembre de 2009, el Gerente de Atención Primaria del Área Sanitaria IV traslada al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios la historia clínica de la paciente que le facilita el médico de familia del Centro de Salud “B”.

En la historia clínica figuran las intervenciones de enfermería realizadas a la reclamante en junio de 2008. En la correspondiente al día 13 de junio de 2008 se detalla que “se le retiraron puntos, tiene un punto infectado”; en las referentes a los días 25 de junio y 1 de julio siguientes se consigna “buena evolución”.

8. Con fecha 5 de enero de 2010, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación en el sentido de desestimar la reclamación presentada.

Tras una descripción del contenido de la reclamación, considera probado que la paciente fue intervenida el “día 28 de mayo de 2008 por cirugía percutánea” en el Hospital “X”, que tras varias revisiones en las que “refiere sensación de frialdad en el pie, dificultad para doblar los dedos y obligación de marchar con calzado deportivo”, se le propone “nueva intervención quirúrgica”, que la interesada rechaza, pues “decide ser tratada por otro Servicio de Traumatología”, el del Hospital “Y”, donde “empieza con tratamiento ortésico”. Una vez se le realizan diversos estudios y pruebas, se confirma “el diagnóstico de secuelas de cirugía percutánea hallux valgus”, habiendo fracasado el citado tratamiento ortésico.

Señala como primera afección de la paciente un *hallux valgus*, desviación de la punta del dedo gordo hacia dentro, que en términos vulgares se conoce como “juanete”. Esta deformidad se puede corregir con numerosas técnicas, pero el objetivo que se pretende con todas ellas es aliviar el dolor, corregir la

deformidad existente, prevenir la aparición de otras deformidades y mejorar la marcha. La intervención lleva implícita una serie de riesgos típicos, entre los que cita las lesiones de los vasos y nervios adyacentes, las lesiones tendinosas, infección de la herida, y otros menos frecuentes. Expone que la reclamante “presenta secuelas que son consideradas como ‘riesgos típicos o posibles’, a pesar de la adecuada elección de la técnica, de su correcta realización y de ser atendida según los protocolos”. Añade que “había sido informada de los efectos indeseables que podrían presentarse, como así ocurrió”. Concluye que la actuación de los profesionales que asistieron a la reclamante fue adecuada a la *lex artis*, “al emplear los medios diagnósticos y terapéuticos que la patología y las circunstancias del caso demandaban con resultado adverso” y que le daño alegado “no (es) achacable a las actuaciones médicas” como tampoco lo son las secuelas que padece la reclamante.

9. Obra incorporado al expediente un dictamen, emitido por una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito colegiadamente por tres especialistas, dos de ellos en Traumatología y Ortopedia y otro en Cirugía Plástica y Reparadora y Cirugía de la Mano y Nervios Periféricos, el día 17 de octubre de 2009. En él se afirma que la intervención se llevó a efecto en el Hospital “X” “el día 28 de mayo del 2008 siendo dada de alta en el mismo día con evolución inmediata sin incidentes”, que en el período postoperatorio “presentó un retardo de cierre de la herida” y que, pasado un mes y nueve días desde la cirugía, “en la radiografía aparecía inicio de callo de las osteotomías”. El día 2 de diciembre de 2008 “se piden radiografías apareciendo consolidación de las osteotomías” por lo que se propone reintervención. La paciente el día 26 de enero de 2009 renuncia de forma voluntaria a la cirugía y “solicitó seguir tratamiento de rehabilitación en el Servicio de Traumatología” del Hospital “Y” donde “sigue en tratamiento en la actualidad”. Señalan los autores del informe que la interesada “firmó consentimiento informado en el cual estaba impreso que se le había informado sobre el proceso que se iba a realizar”. Afirman que “la evolución fue a la consolidación, según parece con tendencia a

hiperextensión del Akin”, pero “no hay ningún dato que indique que no se ha observado la *lex artis ad hoc*. No ha existido mala praxis, ya que una consolidación en hiperextensión no es un hecho de mal ejercicio, ni de mala aplicación de conocimientos y técnicas, sino que es una consolidación viciosa con alteración de eje de la falange donde se realizó la osteotomía de Akin”.

10. El día 26 de febrero de 2010 se notifica a la interesada la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente, remitiéndole una relación de los documentos obrantes en él; asimismo se le indica la necesidad de que especifique la evaluación económica del daño o perjuicio causado.

11. Con fecha 12 de marzo de 2010 consta en el expediente una diligencia de la comparecencia de la interesada ante las dependencias administrativas y que en el mismo acto se le hace entrega de una fotocopia de los documentos que lo componen.

12. Con fecha 16 de marzo de 2010, la interesada presenta un escrito en el que únicamente señala que la cuantía de la reclamación es de “120.000 € (incluidos daños morales)”.

13. El día 7 de junio de 2010 el Jefe del Servicio instructor eleva propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Recoge en ella el contenido fundamental de todos los informes aportados al expediente y señala que el criterio básico utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa para la determinación de la responsabilidad patrimonial en estos casos es el de la *lex artis*, ante la inexistencia de otros criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios sanitarios ha sido correcto, que dicho criterio se basa en que la obligación del profesional de la medicina consiste en prestar la debida asistencia médica y no garantizar en todo caso la curación del enfermo.

Sostiene que “la indicación de la cirugía era correcta”, que antes de la misma, la interesada “firma el documento de consentimiento informado para la cirugía que se iba a realizar y en el mismo se describen los riesgos del procedimiento”. Detalla que “la cirugía se llevó a cabo en tiempo y forma correctos” y que se “pusieron a disposición de la paciente todos los medios hospitalarios necesarios para el tratamiento de la patología que presentaba”, por lo que concluye que “todos los profesionales que trataron a la paciente lo hicieron de forma correcta” y por tanto “la asistencia prestada fue acorde a la lex artis”.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de julio de 2010, registrado de entrada el día 15 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 la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que lo 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 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 28 de mayo de 2009, habiéndose confirmado las secuelas que padece la reclamante en las radiografías realizadas el 2 de diciembre de 2008, por lo que 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. c) Que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- La reclamante interesa una indemnización por unos daños que estima derivados de una incorrecta asistencia prestada por los servicios públicos sanitarios.

Figura acreditado en el expediente que la interesada presentó una consolidación de osteotomías con la deformidad en hiperextensión de la primera falange del primer dedo del pie derecho después de la intervención quirúrgica a la que fue sometida, por lo que hemos de considerar que padece un daño efectivo, cuya valoración económica resultará pertinente caso de que proceda estimar su reclamación.

Constatada la existencia de daños reales, individualizados, efectivos y evaluables económicamente, debemos analizar a continuación si aquellos se encuentran causalmente unidos al funcionamiento del servicio público sanitario y si han de considerarse antijurídicos.

No obstante, antes de cualquier consideración sobre el caso objeto de consulta, hemos de recordar, como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, que 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 eventualmente pueda sufrir 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 favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para 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 -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.

Sostiene la interesada que la intervención de cirugía percutánea en el pie derecho, que le realizaron en el Hospital "X" el día 28 de mayo de 2008, no fue correcta y, como consecuencia, afirma que sufre importantes dolores tanto en el pie como en toda la pierna, que tiene una inflamación permanente que le obliga a usar calzado deportivo, que le ha quedado una cojera y que su estado de salud es peor que el que tenía antes de la intervención. La reclamante atribuye el daño a "que el hueso del juanete está mal operado" y sostiene que esa defectuosa asistencia quirúrgica desencadenó una "consolidación en hiperextensión de la osteotomía", detectada el día 1 de diciembre de ese mismo año, que motivó que el médico que la operó le propusiera una nueva operación

quirúrgica. En síntesis, la interesada atribuye a la Administración sanitaria una mala praxis en la intervención quirúrgica practicada, junto a la ausencia de consentimiento informado previo a la misma.

En relación con esta segunda imputación, consta en el expediente remitido que, antes de la intervención, y contrariamente a lo que afirma, la reclamante suscribió el correspondiente documento de consentimiento informado, donde se detallan los riesgos típicos y las posibles consecuencias indeseables, entre otras el fracaso terapéutico y la necesidad de una posible reintervención.

Por lo que se refiere a la alegación de una infracción de la *lex artis* asistencial en la intervención quirúrgica a la que fue sometida, la interesada, pese a que le incumbe la prueba de las imputaciones que sostiene, no ha desarrollado la menor actividad probatoria de este nexo causal, de modo que el Consejo Consultivo ha de formar su juicio al respecto de la posible existencia de mala praxis sobre la base de la documentación que obra en el expediente y que no ha sido discutida por la reclamante.

Pues bien, todos los informes técnicos incorporados al procedimiento sostienen que los profesionales sanitarios actuaron correctamente, sin que el resultado pueda ser atribuido a una infracción de la *lex artis* asistencial. Así, en el informe técnico de evaluación se afirma que las secuelas de la reclamante “son consideradas como ‘riesgos típicos o posibles’” y que “había sido informada de los efectos indeseables que podrían presentarse como así ocurrió”, por lo que concluye afirmando que el resultado adverso no es achacable a las actuaciones médicas. En idéntico sentido se pronuncia el informe emitido por la asesoría privada a instancia de la compañía aseguradora; tras constatar que la reclamante firmó el consentimiento informado, afirma que “no hay ningún dato que indique que no se ha observado la *lex artis ad hoc*”.

En definitiva, hemos de concluir que la evolución tórpida del proceso se encuentra dentro de las posibles según el tipo de patología que la paciente presentaba, dado que las secuelas padecidas son la materialización de riesgos típicos de tales intervenciones, asumidos previamente con la firma del

consentimiento informado. No cabe, por ello, entender acreditada una infracción de la *lex artis* ni la presencia de un daño antijurídico.

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,