

Expediente Núm. 159/2010  
Dictamen Núm. 234/2011

**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 30 de junio 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 28 de mayo de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios ocasionados por la asistencia prestada en un centro sanitario público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 25 de noviembre de 2008, una procuradora de los tribunales, en nombre y representación del perjudicado, presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados por la deficiente asistencia prestada en el Hospital “X”.

Inicia su relato refiriendo que el reclamante, al que se le había colocado un marcapasos el día 16 de octubre de 2007, “como consecuencia de un

proceso infeccioso en la bolsa del mismo”, ingresa en el Hospital “Y”, “donde se le reduce la infección y se le pauta reimplantación del generador, siendo alta en dicho centro hospitalario” el día 30 del mismo mes. Manifiesta que “el citado proceso recidiva con mayor virulencia”, por lo que vuelve a ingresar en el Hospital “Y” el día 16 de noviembre de 2007, “donde nuevamente se lo reducen pero, ante la sospecha de la patología de `endocarditis de cable de marcapasos´, se le concede el alta el 29 del mismo mes”, derivándolo al Servicio de Cirugía Cardíaca del Hospital “X”.

El 29 de noviembre de 2007 ingresa en este último hospital, “donde se le realiza la manipulación quirúrgica para nuevo implante”, tras la cual “comienza a sentir un fuerte dolor en el hombro”, siendo examinado por el Servicio de Traumatología del mismo centro que le diagnostica “tendinitis del supraespinoso (síndrome subacromial agudo, rotura del manguito de los rotadores´, lesión que forzosamente tuvo que producirse en el quirófano, al ser intervenido en una postura inadecuada, o por haber utilizado algún sistema de contención mecánica, lo que provocó la citada rotura y la limitación funcional tan severa que le resta en la extremidad superior derecha”.

Finaliza su escrito indicando que el día 14 de diciembre de 2007 ingresa en el Hospital “Y” “para la reimplantación de una nueva configuración del marcapasos”, consignándose en el informe emitido que cuando fue intervenido en el Hospital “X”, “en el posoperatorio sufre como complicación un síndrome subacromial agudo en hombro derecho, probablemente secundario a la posición quirúrgica”, figurando en el apartado relativo a impresión diagnóstica “síndrome subacromial agudo y v.s. rotura de manguito de rotadores derecha post-quirúrgica”.

Solicita una indemnización por importe total de veintiocho mil quinientos cuarenta y un euros con cuarenta y seis céntimos (28.541,46 €).

Adjunta copia de la siguiente documentación: a) Informe de alta del Servicio de Medicina Interna del Hospital “Y”, de fecha 30 de octubre de 2007. b) Informe de alta del mismo Servicio por traslado al Hospital “X”, de 29 de noviembre de 2007. c) Informe de alta del Servicio de Cirugía Cardíaca de este

último hospital, de 14 de diciembre de 2007. d) Informe de alta del Servicio de Medicina Interna del Hospital "Y", de 28 de diciembre de 2007. e) Solicitud de práctica de diligencias preliminares al Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Oviedo, de fecha 25 de febrero de 2008, consistente en que se requiera al Hospital "X" una "copia de las pólizas que amparaban" su "responsabilidad civil". f) Auto del Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Oviedo de 16 de mayo de 2008, por el que se accede a la práctica de la diligencia preliminar. g) Demanda presentada en dicho Juzgado contra la compañía aseguradora. h) Auto del Juzgado de Primera Instancia N° 3 de Oviedo de 27 de mayo de 2008, admitiendo a trámite la demanda. i) Informe emitido por un especialista en Traumatología el 6 de marzo de 2008. j) Informe pericial de valoración del daño corporal, de fecha 18 de marzo de 2008. k) Poder general para pleitos, otorgado a favor de la procuradora.

**2.** Con fecha 9 de diciembre de 2008, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica al reclamante la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**3.** El día 26 de diciembre de 2008, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto solicita a las Gerencias del Hospital "Y" y del Hospital "X" una copia de la historia clínica del perjudicado y a este último centro, además, un informe actualizado del facultativo que le atendió.

**4.** Con fecha 8 de enero de 2009, el Gerente del Hospital "Y" remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica del reclamante.

**5.** Mediante escrito de 12 de enero de 2009, el Secretario General del Hospital "X" remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica del interesado y con fecha 26 del mismo mes el informe elaborado por el Jefe del Servicio de Cirugía Cardíaca.

En el informe, de fecha 23 de enero de 2009, se indica que “la intervención se realiza el 30 de noviembre de 2007 con el diagnóstico de endocarditis sobre cable de marcapasos. Según los registros de la historia clínica, no constan incidencias en informes de quirófano, anestesia ni enfermería. Durante la cirugía el paciente se colocó en decúbito supino, con los brazos a lo largo del cuerpo; no se utilizó hombrera y durante la canalización de las vías los brazos no se abdujeron más de cuarenta grados (...). Durante esta maniobra estaba consciente y no refirió dolor. Todas estas maniobras no tienen aparente relación con el tipo de lesión que describe” el reclamante. Tras una estancia “de cinco días en UVI y Coronarias es trasladado a la planta de hospitalización. La hoja (...) de enfermería refiere su ingreso en planta el día 5 de diciembre. A lo largo de esa tarde el paciente no refiere dolor y se levanta al sillón en dos ocasiones./ En la madrugada del día 6 de diciembre (7 h) comienza a referir dolor en el hombro derecho, siendo tratado en los días sucesivos con analgésicos por vía oral e intravenosa, hasta el día 9 de diciembre, en que es visto específicamente por Cirugía Cardíaca, comentando simplemente en el curso clínico que podría ser secundario a la postura en quirófano. Se solicita una consulta a los Servicios de Traumatología y Rehabilitación./ El paciente es visto por Traumatología (días 9 y 13 de diciembre) recomendando vendaje, infiltración local y antiinflamatorios; así como realizar una RNM para evaluar la articulación del hombro y definir el diagnóstico inicial (síndrome sub-acromial agudo en hombro derecho v.s. rotura del manguito de los rotadores)./ El Servicio de Rehabilitación ve al paciente el día 13 de diciembre, confirmando el diagnóstico de síndrome sub-acromial derecho y hace constar la existencia de un hematoma medial-distal en brazo y codo derechos./ Dado que el paciente había completado su recuperación cardiológica, es trasladado al Hospital “Y” (14 diciembre 2007) para completar el tratamiento antibiótico relativo a la endocarditis y continuar con la rehabilitación, como consta en el informe de alta”.

6. Con fecha 19 de junio de 2009, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, después de describir los hechos, señala que el perjudicado “previa firma de consentimiento informado para cirugía cardíaca, anestesia general y cateterismo cardíaco fue intervenido quirúrgicamente el 29-11-07” en el Hospital “X”. Tras la operación “presentó clínica de dolor en el hombro derecho, siendo valorado por los Servicios de Traumatología y Rehabilitación. En su historia clínica se hace constar como diagnóstico tendinitis del supraespinoso derecho y/o rotura del manguito de los rotadores, en diversas valoraciones realizadas se indica que el cuadro aparece tras la intervención (...) y se hace referencia a su posible relación con la posición quirúrgica, este hecho viene desmentido por informe emitido por el Jefe del Servicio de Cirugía Cardíaca en el que, haciendo referencia a los diversos registros del quirófano, indica que no se produjeron incidencias durante la intervención y que las maniobras realizadas durante la misma no tienen aparente relación con la lesión que describe el paciente; no podemos por tanto considerar que esté acreditada la relación causal entre la intervención realizada el día 27-11-07 y la lesión que manifiesta el reclamante haber sufrido como consecuencia de la misma”.

7. El día 24 de junio de 2008 (*sic*), emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por dos especialistas, uno en Cirugía Cardiovascular y otro en Traumatología y Ortopedia. En él refieren que “no existe posibilidad de que el implante de un marcapasos determine lesión del manguito de los músculos rotadores” y que “el síndrome del hombro doloroso (...) no se produce por una manipulación del paciente en el transporte de una cama a una camilla o mesa quirúrgica. Una posición mantenida puede provocar dolor cuando existe patología y en este enfermo esto es demostrable simplemente con una exploración como es la ecografía o la TAC, que puede determinar el estado en que se encuentran los rotadores, así como poner en evidencia los procesos inflamatorios o degenerativos preexistentes”, pudiendo haber influido también alteraciones tales como las “hiperuricemias o fenómenos

reumatoides". Finalmente, concluyen que la rotación del miembro superior "se produce merced a la acción de los músculos supraspinatus, infraspinatus, teres minor y deltoides para la implantación de un marcapasos, estos músculos no son tocados, ni se actúa en su vecindad, ni se tocan sus tendones (...). No es necesaria una mala actuación por parte del personal sanitario para producir la lesión que el paciente ha sufrido".

**8.** Mediante escritos de 3 de julio de 2009, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

**9.** Con fecha 26 de octubre de 2009, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica al reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente. El día 28 del mismo mes se presenta un representante suyo en las dependencias administrativas y obtiene una copia aquel, compuesto en ese momento por ciento cincuenta y dos (152) folios, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto.

**10.** El día 6 de noviembre de 2009, la representante del perjudicado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que se reafirma en los términos de su reclamación inicial.

**11.** Mediante diligencia del Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios de 23 de febrero de 2010, se incorpora al expediente una copia de la Sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Oviedo el día 26 de enero de 2010, por la que se desestima íntegramente la demanda interpuesta por el reclamante contra la compañía aseguradora.

**12.** Con fecha 2 de marzo de 2010, se comunica al interesado la apertura de un nuevo trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una copia de los documentos incorporados al expediente.

**13.** El día 12 de mayo de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella afirma que “no queda acreditado que la lesión en el hombro del perjudicado se haya producido forzosamente en el quirófano al ser intervenido, el día 30-11-2007, en una postura inadecuada o por haber utilizado algún sistema de contención mecánica” y sostiene que “la atención dispensada al reclamante durante la intervención quirúrgica” realizada en el Hospital “X” “ha sido correcta y conforme a la lex artis”.

**14.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de mayo de 2010, registrado de entrada el día 2 de junio del mismo año, 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, pudiendo actuar a través de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley citada.

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 25 de noviembre de 2008, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -la intervención quirúrgica a la que imputa el interesado el daño padecido- el día 30 de noviembre de 2007, 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.

Igualmente, resulta necesario analizar, al menos de forma somera, la incidencia que ha de tener en el procedimiento administrativo instruido y en su resolución el hecho de que el Juzgado de Primera Instancia Nº 3 de Oviedo haya dictado sentencia por la que se desestima íntegramente la demanda interpuesta por el aquí reclamante contra la compañía aseguradora de la Administración.

Acerca del ejercicio de la acción directa frente al asegurador, el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro (en adelante LCS), dispone que el perjudicado o sus herederos tendrán dicha acción contra el asegurador "para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar".

En cuanto al nacimiento de esta obligación, el artículo 73 de la LCS dispone que, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato, el asegurador se obliga a indemnizar (cubrir el riesgo de nacimiento) cuando nazca la obligación del asegurado "de indemnizar" a un tercero los daños y perjuicios causados por un hecho (previsto en el contrato) de cuyas consecuencias "sea civilmente responsable el asegurado, conforme a derecho".

Cuando el asegurado sea la Administración, para que esta pueda ser declarada responsable, conforme a derecho, por las consecuencias dañosas de un hecho o para que pueda nacer su obligación de indemnizar, y por tanto para que pueda surgir la obligación de indemnizar de una compañía aseguradora con la que tenga contrato, habrá de seguirse lo previsto en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, incluso cuando la Administración actúe en relaciones de derecho privado (artículo 144) o con ocasión de la asistencia sanitaria (disposición adicional duodécima), y la resolución administrativa de los procedimientos para la exigencia de esa responsabilidad patrimonial, “cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive, pone fin a la vía administrativa” (artículo 142.6).

Como conclusión lógica de lo razonado se desprende que no cabría declarar la responsabilidad de la compañía aseguradora de la Administración sin que antes se haya declarado, conforme a derecho, la responsabilidad de la Administración misma, y esto no puede declararse (ni exigirse) en vía civil; por consiguiente, no cabría exigir al asegurador el cumplimiento de su obligación de indemnizar de modo autónomo e independiente en vía civil.

Con la redacción vigente del artículo 2.e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y en especial del artículo 9.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, dado el propósito y el tenor literal del régimen de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública contenido en la LRJPAC, cabría entender confirmada la conclusión lógica que antes hemos expuesto y, con ello, no debería darse un supuesto como el actual en el que se reclama, en vía civil, a la aseguradora de la Administración una indemnización por los daños y perjuicios presuntamente derivados de unos hechos de los que, según se alega, sería responsable la Administración pública (aunque no se haya declarado tal circunstancia con arreglo a derecho en vía administrativa o contencioso-administrativa).

No obstante, la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo, en Autos 4/2010, de 22 de marzo, y 21/2010, de 18 de octubre, entre otros, ha considerado que con la indicada regulación “se obtiene que el

legislador quiere que no quede resquicio alguno en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas que permita el conocimiento del asunto a otro orden jurisdiccional, razón por la que atribuye a la contencioso-administrativa tanto las acciones directas (dirigidas contra la Administración y su aseguradora) como las entabladas por los mismos hechos contra cualquier otra entidad, pública o privada, aunque sólo de una forma indirecta sea responsable, junto a la Administración, de los daños y perjuicios causados (...). Ahora bien, a este diseño, que es el actual, necesariamente le ha de quedar un portillo por el que dar respuesta a aquellas situaciones en las que el perjudicado por la actividad de un servicio público asegurado decida, en uso del derecho que le reconoce el artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, dirigirse directa y únicamente contra la compañía aseguradora (...). Parece evidente que las reformas sobre la distribución de competencias entre jurisdicciones no puede alcanzar a negar un derecho reconocido en un precepto legal vigente, forzando a sus titulares a dirigirse, además de contra el asegurador, frente a la Administración, agotando previamente la vía ante la misma para, después de obtener un resultado negativo, promover un recurso contencioso-administrativo". Como consecuencia, concluye nuestro Alto Tribunal que es competencia de los tribunales del orden civil el conocimiento de las cuestiones que se susciten cuando el interesado opte por actuar directa y exclusivamente contra la entidad aseguradora de una Administración pública.

Alcanzada esta conclusión, el Tribunal Supremo ha considerado que el "hecho de que para determinar la responsabilidad del asegurador haya que analizar, con los parámetros propios del derecho administrativo, la conducta de la Administración asegurada no resulta en ningún modo extravagante. El artículo 42 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (...), prevé tal escenario con toda naturalidad, admitiendo un examen prejudicial que sólo producirá efectos en el proceso de que se trate. La eventualidad de que en uno y otro orden (el civil y el contencioso-administrativo) se llegue a conclusiones fácticas distintas se encuentra resuelta en nuestro ordenamiento desde hace tiempo, en el que la jurisprudencia de nuestros tribunales (...) ha sentado que

unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para diferentes órganos o instituciones públicas, de modo que, fijados por el juez de una jurisdicción, vinculan a los demás, salvo que estos últimos cuenten con elementos de juicio que no estuvieron a disposición del primero”.

Acatando pues los pronunciamientos de nuestra jurisprudencia sobre el particular, en el concreto caso que nos ocupa hemos de considerar que el ejercicio previo de la acción civil frente a la compañía aseguradora y el pronunciamiento judicial de tal orden, desestimatorio de la pretensión, no eximen a la Administración de resolver de forma expresa la reclamación administrativa a ella dirigida, y tampoco permiten una desestimación de plano de la misma basada en apreciar la ausencia de efectividad del daño invocado, dado que el órgano instructor ha recabado la aportación al procedimiento del fallo judicial del orden civil y constatado su sentido contrario al resarcimiento por la compañía aseguradora.

**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 interesa, a través de su representante legal, una indemnización por las lesiones y secuelas surgidas tras una intervención “quirúrgica para nuevo implante” de un marcapasos, realizada el día 30 de noviembre de 2007, donde, a su entender, se le produjo una “rotura del manguito de los rotadores” del hombro derecho. Analizado el expediente, comprobamos que el perjudicado presenta, tras la citada intervención, una lesión en el hombro derecho compatible con la rotura citada.

En todo caso, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica 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*.

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 ha subrayado este Consejo 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.

En su escrito inicial el interesado considera que tras realizarle “la manipulación quirúrgica para (un) nuevo implante” -marcapasos- “comienza a sentir un fuerte dolor en el hombro”, siendo examinado por el Servicio de

Traumatología del mismo centro hospitalario, que le diagnostica “tendinitis del supraespinoso (síndrome subacromial agudo, rotura del manguito de los rotadores”; lesión que, a su entender, “forzosamente tuvo que producirse en el quirófano al ser intervenido en una postura inadecuada, o por haber utilizado algún sistema de contención mecánica, lo que provocó la citada rotura y la limitación funcional tan severa (...) en la extremidad superior derecha”.

En definitiva, atribuye a la Administración la existencia de una atención sanitaria con infracción de la *lex artis* que le habría provocado una lesión importante en su hombro derecho. El reclamante, a quien incumbe la prueba de las imputaciones que sostiene, basa sus afirmaciones en el informe de alta del Servicio de Medicina Interna del Hospital “Y” de 28 de diciembre de 2007, en el que se detalla que cuando fue intervenido en el Hospital “X” “en el posoperatorio sufre como complicación un síndrome subacromial agudo en hombro derecho, probablemente secundario a la posición quirúrgica”, reflejándose en el apartado relativo a la impresión diagnóstica “rotura manguito de rotadores derecha post-quirúrgica”. Además, acompaña el informe de un especialista en Traumatología que únicamente indica que “presenta un cuadro clínico de dolor en hombro dcho. compatible con lesión del manguito rotador” y otro de un gabinete de valoración del daño corporal en el que, tras relatar los informes emitidos por los centros sanitarios donde fue atendido, se lleva a cabo una evaluación de las secuelas, pero sin pronunciarse sobre el diagnóstico de la lesión ni sobre la causa que la produjo.

Sin embargo, resulta acreditado que el perjudicado fue intervenido en el Hospital “X” el día 30 de noviembre de 2007 para realizarle una “extracción completa del sistema de marcapasos”. En el informe emitido por el Jefe del Servicio de Cirugía Cardíaca de este hospital se detalla que “no constan incidencias en informes de quirófano, anestesia ni enfermería”; que durante la operación “se colocó en decúbito supino, con los brazos a lo largo del cuerpo” y que durante la “canalización de las vías, los brazos no se abdujeron más de cuarenta grados”, por lo que “todas esas maniobras no tienen aparente relación con el tipo de lesión que describe el paciente”. Señala, asimismo, que ingresó



en planta el día 5 de diciembre, que a lo “largo de esa tarde (...) no refiere dolor y se levanta al sillón en dos ocasiones” y que “en la madrugada del día 6 de diciembre (7 h) comienza a referir dolor en el hombro derecho”, añadiendo que es visto el día 9 por Cirugía Cardíaca “comentando simplemente en el curso clínico que podría ser secundario a la postura en quirófano”. En el informe de alta, de 14 de diciembre de 2007, se indica que tras evaluación clínica por los Servicios de Traumatología y de Rehabilitación “se descarta realizar test diagnóstico o tratamiento agudo (...) hasta completa resolución del cuadro cardiológico”, siendo ingresado ese mismo día en el Hospital “Y” y procediendo a implantarle “un nuevo marcapasos”, reflejándose en el informe de alta correspondiente, de 28 de diciembre de 2007, que “en el posoperatorio”, tras la intervención realizada en el Hospital “X”, “sufrir como complicación un síndrome subacromial agudo en hombro derecho, probablemente secundario a la posición quirúrgica”.

El informe técnico de evaluación hace suyo el informe del Servicio de Cirugía Cardíaca del Hospital “X” y concluye que no está “acreditada la relación causal entre la intervención realizada (...) y la lesión que manifiesta (...) haber sufrido como consecuencia de la misma”. En el informe realizado a instancia de la compañía aseguradora por dos especialistas se indica que en las intervenciones de marcapasos “en ningún momento se tocan masas musculares y nunca se trabaja en el hombro anatómico”, a lo que añaden su sorpresa de que un “hombro doloroso, que no ha sido ni siquiera diagnosticado, y menos tratado”, se quiera presentar como una “lesión irreversible”, sosteniendo que “no existe posibilidad de que el implante de un marcapasos determine lesión de manguito de los músculos rotadores”, dado que el síndrome de hombro doloroso “no se produce por una manipulación del paciente en el transporte de una cama a una camilla o mesa quirúrgica”. Finalmente manifiestan que una posición mantenida puede provocar dolor “cuando existe patología y en este enfermo esto es demostrable simplemente con una exploración como es la ecografía o la TAC, que puede determinar el estado en que se encuentran los



rotadores, así como poner en evidencia los procesos inflamatorios o degenerativos preexistentes”.

Por otro lado, como ya hemos dejado expuesto, los hechos fijados ante la jurisdicción civil han de considerarse también determinados en este procedimiento administrativo, al no haberse aportado otros elementos de juicio que permitan desvirtuarlos. Así, la sentencia dictada en el proceso judicial civil seguido por el aquí reclamante considera debidamente probado que este “manifestó por primera vez el día 6 de diciembre (...) que presentaba un dolor importante en el hombro derecho” y que “con posterioridad al alta, el día 16 de enero de 2008, y también en el Hospital “Y” se (le) realiza (...) una ecografía de partes blandas que pone de manifiesto que el manguito de los rotadores del hombro derecho no muestra roturas definidas, que no hay rotura de espesor total, ni tampoco roturas de espesor parcial, y que el tendón supraespinoso impresiona como levemente engrosado, lo que sugiere una tendinopatía moderada, pero no hay rotura definida. Es decir, la ecografía realizada al actor descartó la existencia de una rotura del manguito de los rotadores, evidenciando únicamente una tendinopatía moderada”. También se afirma en ella que en el informe pericial emitido a instancia del interesado “el perito no podía determinar cuál había sido el mecanismo concreto de producción de la lesión” y que la ecografía practicada, que descarta la rotura del manguito de los rotadores, puso de relieve “la existencia de una patología degenerativa previa en el hombro derecho del reclamante”.

Frente a tales consideraciones, ninguna alegación o informe técnico contradictorio opone el perjudicado en este procedimiento administrativo.

Por tanto, con independencia del momento exacto en que el paciente refiriese dolor en el hombro, hemos de señalar que su convalecencia impidió la realización de pruebas adecuadas para alcanzar un diagnóstico preciso de su lesión y que cuando estas se llevaron a cabo pusieron de manifiesto que no solo no existe una “rotura de manguito”, como imputa el interesado, sino que en realidad se trata de una tendinopatía moderada de tipo degenerativo, lo que viene a ratificar los diferentes informes de los servicios asistenciales que habían

descartado la posibilidad de que la lesión en el hombro se hubiera producido en el curso de la intervención quirúrgica.

A la vista de ello, considera este Consejo que no ha quedado acreditado que en la asistencia sanitaria prestada al reclamante se haya producido violación alguna de la *lex artis* y que las lesiones que imputa a la intervención quirúrgica consisten en realidad en una tendinopatía de tipo degenerativo que no guardan ninguna relación con el proceso asistencial. En definitiva, no existe nexo causal entre el daño alegado y la actuación de los servicios públicos sanitarios, lo que impide reconocer la responsabilidad patrimonial pretendida.

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.