

Expediente Núm. 173/2012
Dictamen Núm. 320/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 15 de noviembre de 2012, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente acuerdo:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 25 de junio de 2012, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del funcionamiento del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 28 de septiembre de 2011, el interesado presenta en el registro de la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Gijón una reclamación de responsabilidad patrimonial, dirigida al Servicio de Salud del Principado de Asturias, por los daños ocasionados como consecuencia de la actuación del servicio público sanitario.

Relata de forma detallada un largo proceso asistencial que se inicia con el resultado de una prueba endoscópica realizada en el Hospital “X” (marzo de

2008), la posterior intervención en el Hospital "Y" de "hemorroidectomía" (19 de septiembre de 2008) y una ulterior asistencia en el Hospital "X" el día 25 de septiembre de 2008. Afirma haber acudido el 6 de noviembre de 2008 a una clínica privada y que los días "10 y 13 de noviembre de 2008 (...) presentó sendos escritos ante el Hospital "Y" manifestando que padecía síntomas de incontinencia fecal a raíz de la intervención". Según indica, el día 5 de diciembre de 2008 se le diagnostica en el Hospital "Z" "rotura del esfínter anal interno en tercio medio del canal anal".

Señala haber sufrido "todo un rosario de tratamientos con la promesa por parte de los servicios médicos y la esperanza por parte del paciente de que la lesión producida fuera reparada" y, entre otros informes y valoraciones que aporta, refiere una "intervención quirúrgica consistente en implantes de PTQ" el 28 de abril de 2009 y el traslado de su historia al Hospital "V",, para nueva valoración. Expone que después de varias consultas "se le cita el 5 de octubre (de 2010) para evaluación de raíces sacras", y que el "4 de julio" de 2011 "se le indica neuromodulación de raíces sacras, explicándole de palabra los riesgos y posibles beneficios del tratamiento, que en la actualidad todavía no se le practicó." Añade que "durante todo este tiempo está a tratamiento en (...) Salud Mental (...) por un trastorno adaptativo secundario a la enfermedad física derivada de la intervención de hemorroides" y que "desde la primera intervención (...) está de baja por incapacidad temporal", de la que "fue dado de alta por transcurso del plazo máximo el 9 de marzo de 2010".

Finaliza solicitando la "responsabilidad que le corresponde por el daño causado (...), a cuyos efectos se han de tener en cuenta las secuelas físicas y psicológicas causadas por la intervención y que no se han estabilizado de forma definitiva" y "los días de baja impositivos y no impositivos", sin cuantificar el daño.

Junto con el escrito aporta la siguiente documentación: a) Informe de colonoscopia, de 5 de marzo de 2008. b) Informe de alta del Servicio de Cirugía General del Hospital "Y" donde fue intervenido, de fecha 22 de septiembre de 2008. c) Informe del Servicio de Cirugía General del Hospital "X", de 28 de

septiembre de 2008. d) Informe de un centro especializado privado, de 6 de noviembre de 2008. e) Hoja de Reclamaciones, dirigida al Servicio de Cirugía General del Hospital "X", de fecha 10 de noviembre de 2008. En ella describe los problemas posteriores a la intervención y solicita "una solución inmediata, dado el coste de la operación y tratamiento en la clínica privada" a la que acudió, afirmando que, según el especialista privado, "la incontinencia es fruto de una mala operación". f) Escrito de 13 de noviembre de 2008, presentado en el Hospital "X". En términos similares al anterior en cuanto a la recapitulación del proceso posoperatorio, indica que un especialista privado le recomienda operarse de forma inmediata y sostiene que "la incontinencia (...) es fruto de una mala praxis y no una consecuencia de la operación en sí misma", aclarándole que "aunque se produzca mejoría se notarían las consecuencias cuando tenga más edad. Aprecia además que me han cambiado las ligaduras de la operación en una segunda intervención, lo cual confirma mi sospecha de que cuando bajé a quirófano la 2.^a vez (se refiere a la intervención en el Hospital "X") no solo se me hizo una dilatación (...), sino que se me volvió a operar". Tras hacer referencia a un "informe adjunto" que no figura incorporado al expediente, solicita que "la Seguridad Social se haga cargo de (su) operación y tratamiento por la vía privada, puesto que me ofrece en este caso la posibilidad de reparar el daño causado en una sola operación inmediata y sin posoperatorio". g) Informe de ecografía, de fecha 5 de diciembre de 2008, en el que se establece el diagnóstico de "rotura del esfínter anal interno (EAI) en tercio medio del canal anal". h) Informe de perfil presivo del canal anal, de 5 de diciembre de 2008. i) Hoja de protocolo de la intervención realizada en el Hospital "X", el 28 de abril de 2009, para la implantación de PTQ. j) Informe de alta del Servicio de Cirugía General del Hospital "X", de fecha 29 de abril de 2009, relativo a la intervención de implantes de PTQ. Como motivo de ingreso consta "intervención programada de incontinencia anal" y en las exploraciones complementarias se objetiva una "lesión en el esfínter anal interno". k) Solicitud de consulta especializada al Hospital "Z", de 19 de octubre de 2009. l) Informe del Servicio de Digestivo del Hospital "Z", de 20 de noviembre de 2009, en el

que se recomienda "una valoración más profunda de la posible afectación de la sensibilidad de la zona desde el punto de vista neurológico". m) Informe de Neurofisiología Clínica del Hospital "Z", de fecha 26 de febrero de 2010, en el que se detectan "signos de reinervación crónica de bajo grado en esfínter anal externo, sin evidencia de pérdida significativa de unidades motoras y sin signos de denervación activa". n) Informe radiológico, de 9 de marzo de 2010. ñ) Informe del Servicio de Cirugía General del Hospital "X" de traslado de centro, de fecha 20 de julio de 2010. En él consta que en la eco endoanal y en la manometría realizadas con motivo de la revisión del 20 de octubre de 2008 se observa "falta de continuidad en esfínter anal interno con esfínter anal externo normal". En junio de 2010 se le comenta al paciente "la posibilidad de intentar tratamiento mediante neuromodulación de las raíces sacras" y en julio de ese mismo año este "refiere que desea acudir a la Clínica 'N' para solicitar una segunda opinión". o) Hoja de Reclamaciones, de fecha 31 de agosto de 2010, en la que señala estar pendiente de consulta "en el Hospital 'V' (...), derivado por la Unidad de Colon (...), para posible implante de pila en esfínter", por lo que ruega que "se agilicen los trámites". p) Justificante de consulta en el Hospital "V", de fecha 5 de octubre de 2010. q) Acuerdo de la Mutua de Accidentes de Trabajo correspondiente por el que se extingue "el derecho al percibo de la prestación económica de incapacidad temporal (...) con fecha 09-03-2010".

2. El día 18 de octubre de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios solicita al Hospital "Y" una "copia de la historia clínica del reclamante y certificación de la vinculación de los facultativos intervinientes con el Servicio de Salud del Principado de Asturias".

3. Con esa misma fecha, el Gerente del Hospital "X" traslada al Servicio instructor una copia de la reclamación presentada, de su comunicación al seguro y de la historia clínica del perjudicado.

Figuran en ella, entre otros datos e informes, una "nota interior" del Jefe del Servicio de Cirugía General a la "Dirección Médica", de fecha 19 de marzo de 2009, en la que se indica que el paciente "sigue revisiones en nuestra Unidad de Colon por incontinencia" y que "estamos en condiciones de utilizar una técnica conocida como implante de PTQ para solucionar su problema", por lo que solicita "que se adquiera a la mayor brevedad el producto". El mismo documento contiene una nota manuscrita en la que consta "autorizada adquisición 27-3-09" y una rúbrica.

4. El día 27 de octubre de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica al interesado la fecha de entrada 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. En el mismo escrito le confiere un plazo de diez días para que aporte "cuantificación económica del daño".

5. Con fecha 31 de octubre de 2011, el Gerente del Hospital "X" traslada al Servicio instructor el informe del Servicio de Cirugía General y A. Digestivo. En él se realiza un resumen de toda la asistencia prestada, se indica que el paciente es remitido al Hospital "V" para "intentar un tratamiento de neuromodulación de las raíces sacras" y se precisa que acude a la "consulta y declina la realización de dicho tratamiento".

6. Ese mismo día, el Subdirector del Hospital "Y" envía al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios una copia de la historia clínica del perjudicado. Sobre la vinculación de los médicos intervinientes, señala que la intervención se realizó "en virtud del convenio singular de asistencia sanitaria suscrito (...); en este caso el proceso se realizó bajo la figura de `médicos Sespa´, que se recoge en dicho convenio, por lo que los facultativos intervinientes son personal que depende directamente del Servicio de Salud del Principado de Asturias".

Entre otros, figura en la historia clínica el documento de consentimiento informado para la "cirugía de las hemorroides", firmado el 8 de julio de 2008 por el interesado y el "médico que informa". Se recoge en el mismo, entre los riesgos "poco frecuentes y graves", la "incontinencia a gases e incluso a heces", precisándose que las complicaciones "pueden llegar a requerir una reintervención, y excepcionalmente puede producirse la muerte". En el documento consta que ha "sido informado con antelación y de forma satisfactoria por el médico del procedimiento (...), así como de sus riesgos y complicaciones"; que conoce y asume "los riesgos y/o secuelas" que pudieran producirse, y que ha "leído y comprendido este escrito", mostrándose "satisfecho con la información recibida".

7. Con fecha 8 de noviembre de 2011, el interesado presenta en el registro de la Unidad de Mediación, Arbitraje y Conciliación de Gijón un escrito en el que cuantifica el daño por el que reclama en ciento dieciocho mil cuarenta y siete euros con tres céntimos (118.047,03 €), que desglosa en los conceptos de "incapacidad temporal", que comprende 3 días de estancia hospitalaria y 478 días impeditivos, y de "lesiones permanentes", asignando 40 puntos a la "incontinencia con o sin prolapso", 8 puntos al "trastorno depresivo" y 10 puntos al "perjuicio estético moderado".

8. El día 16 de noviembre de 2011, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él señala, "respecto a la incompetencia esfinteriana traducida con incontinencia de gases y líquidos", que "conviene aclarar que, si bien la cirugía no implica la extirpación de un complejo orgánico definido, habitualmente no existe la incompetencia salvo en aquellos casos en donde la patomorfología, o a veces la mala técnica, llevan a la lesión esfinteriana, que se traduce en incontinencia de diversos grados y que exige un tratamiento específico. Se trata de una complicación que a nivel estadístico se sitúa en menos del 1%".

Afirma que “la complicación queda establecida y el reclamante tiene conocimiento de ella” en el año 2008, no solo “a través de los facultativos que le asisten en el sistema público, sino que además él mismo refiere que acude a un centro coloproctológico privado (...) en el que se pone de manifiesto una incontinencia fecal grado III. En el informe del Servicio de Digestivo (...) de 5 de diciembre de 2008, que aporta el interesado al expediente, consta como diagnóstico “rotura del esfínter anal interno en tercio medio del canal anal” y en el “escrito de 13 de noviembre de 2008 el reclamante se dirige al Director del Hospital “X” señalando que la incontinencia que padece es fruto de una mala praxis” y que le “recomiendan ejercicios que pueden mejorar el esfínter, pero que aunque se produzca una mejoría se notarían las consecuencias cuando tenga más edad”. Por ello, concluye que “tiene conocimiento inequívoco de los daños que padece desde noviembre de 2008” y que “las secuelas que se especifican en su escrito de 2008 son las mismas que alega en la reclamación de responsabilidad patrimonial, al margen de los cambios evolutivos propiciados por las intervenciones posteriores realizadas para lograr una mejoría en la funcionalidad”, lo que evidencia, a juicio del Inspector, que nos encontramos “ante unos daños permanentes (...) desde el momento posterior a la intervención”, es decir, “ante un resultado de trastorno o lesión consolidado, consecuencia de la intervención, y que persiste tras el tratamiento del mismo”.

Con base en ello propone la desestimación de la reclamación, al haberse presentado “pasado más de un año desde que ocurrieron los hechos que la originan”.

9. Mediante escritos de 29 de noviembre de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios remite una 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.

10. Con fecha 7 de mayo de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica al interesado la apertura del trámite

de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos que componen el expediente.

11. El día 11 de mayo de 2012, un letrado con poder otorgado al efecto toma vista del expediente y obtiene una copia del mismo, integrado en ese momento por 386 folios, y el 24 de mayo de 2012 presenta un escrito de alegaciones.

En él indica, en primer lugar, que “la prescripción extintiva, en cuanto constituye una manera anormal de extinción del derecho o acción, debe merecer un tratamiento restrictivo en la aplicación e interpretación de sus normas”, y que al interesado “jamás se le hace saber por parte de los facultativos (...) que le atienden que las secuelas serán permanentes, manteniéndole siempre la esperanza de que sus secuelas indeseadas desaparecerán”. Al respecto, cita el informe “sobre Evolución del proceso realizado al paciente” que obra al folio 298 del expediente, en el que “se plantea fisioterapia pélvica y ver evolución”. Lo mismo ocurre con la nota interior que consta en el folio 53, en la que se consigna que “estamos en condiciones de utilizar una técnica conocida como implante PTQ para solucionar su problema”. Tras la cita de otros antecedentes, afirma que el 5 de octubre de 2010 “se le cita para evaluación de raíces sacras y el 4 de julio de 2011 es cuando se le propone ‘neuromodulación de raíces sacras’ (...). Según lo expuesto, aun cuando se entendiera estabilizada la secuela, nunca podría entenderse estabilizada antes de la última evaluación de las raíces sacras, por lo que no existiría prescripción”.

En segundo lugar, sostiene que se trata de un “caso claro de daño continuado”, dado que “no se le prescribió un tratamiento paliativo, no se le recetó medicación para paliar los dolores (...), sino que se le propusieron intervenciones con la finalidad de reparar el daño”, y que no se reclamaría por la secuela de incontinencia en el “caso de que la colocación de implantes PTQ que estaba destinada a suprimir estos padecimientos hubiera sido un éxito”. Asegura que “en todo momento se le hace entender que no se encontraban agotados los tratamientos e intervenciones para su recuperación”. Además, al

no alcanzar la mejoría esperada “sufre un trastorno depresivo (...), secuela mental que también es objeto de reclamación (...), que (...) no se encuentra estabilizada y de la que desde luego no se tenía conocimiento en 2008”.

Finalmente, manifiesta que “el hecho lesivo y la relación de causalidad del mismo con el funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos no es discutido por la Administración reclamada”, por lo que concurren todos los “presupuestos necesarios para que se dé responsabilidad patrimonial de la Administración”.

12. Con fecha 8 de junio de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora la correspondiente propuesta de resolución. En ella, haciendo suyas las consideraciones contenidas en el informe técnico de evaluación, sostiene que el interesado tiene conocimiento inequívoco de los daños que padece desde noviembre de 2008 y que las secuelas que se especifican en su escrito de 2008 son las mismas que alega en la reclamación de responsabilidad patrimonial, al margen de los cambios evolutivos que hayan podido producir las intervenciones posteriores, realizadas para lograr una mejoría en la funcionalidad del esfínter dañado. Por tanto, nos encontramos ante un daño permanente, que no es “sinónimo de intratable”, por lo que “los tratamientos paliativos (no curativos) ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, a evitar complicaciones en la salud o (a) obstaculizar la progresión de la enfermedad no enervan la realidad incontestable de que los daños se han manifestado en todo su alcance”.

En cuanto a la “prestación sanitaria en sí misma, hay que señalar que se trata de un paciente intervenido quirúrgicamente (...) en el que se ha consolidado como secuela una incontinencia (...), riesgo explicitado en el consentimiento informado que firmó con anterioridad a la intervención. El tratamiento quirúrgico (...) está considerado como el más radical y efectivo de los propuestos (...), pero no exento de complicaciones. Se trata de una complicación que a nivel estadístico se sitúa en menos del 1%, pero ello no significa que no pueda producirse”.

Propone “desestimar la reclamación (...), al haberse presentado pasado más de un año desde que ocurrieron los hechos que la originan”.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 25 de junio de 2012, registrado de entrada el día 2 de julio de 2012, 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 Sanidad, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

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

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario; servicio que en el presente caso ha sido prestado por

un centro asistencial privado que atiende, mediante convenio singular, a beneficiarios 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 supuesto ahora 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. 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 28 de septiembre de 2011, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -la intervención quirúrgica a la que atribuye el daño- el día 19 de septiembre de 2008, lo que podría conducirnos a considerar que ha transcurrido el plazo de un año legalmente establecido. Así lo ha entendido la Administración, que sostiene que nos encontramos “ante unos daños permanentes (...) desde el momento posterior a la intervención” y que el interesado “tiene conocimiento inequívoco de los daños que padece desde noviembre de 2008”, con las secuelas ya reseñadas en su escrito de 2008, “al margen de los cambios evolutivos propiciados por las intervenciones posteriores realizadas para lograr una mejoría en la funcionalidad del esfínter anal”.

En primer lugar, hemos de señalar que no obsta a la consideración de un daño permanente el hecho de que con posterioridad al incidente que lo causó la Administración sanitaria continúe realizando actos asistenciales tendentes a la paliar sus efectos, mejorando la calidad de vida del paciente. En el caso

sometido a nuestra consulta, la Administración sostiene que el daño consistente en la rotura del esfínter es un daño permanente, con secuelas y consecuencias irreversibles e incurables, y que por tanto no permiten un tratamiento reparador, sino tan solo medidas paliativas tendentes a recuperar, en parte, la funcionalidad de la estructura anatómica lesionada.

No duda este Consejo Consultivo de que desde el punto de vista de la ciencia médica las consideraciones anteriores resultan irrefutables ni, desde luego, de que no existe dato alguno en el expediente que nos permita sostener lo contrario. Ahora bien, para resolver la posible prescripción de la acción de responsabilidad ejercitada no podemos considerar aisladamente los aspectos técnico-médicos de la lesión producida, sino que hemos de introducir un elemento subjetivo, el que se deriva del momento en el que el perjudicado es informado -y por ello adquiere plena conciencia- del alcance de la lesión que imputa al servicio público, lo que resulta obligado por la propia literalidad del artículo 142.5 de la LRJPAC cuando se refiere al momento de la "determinación del alcance de las secuelas" como el *dies a quo* del cómputo del plazo de reclamación. Es cierto que esa determinación habrá de ser realizada por los profesionales sanitarios, pero no lo es menos que tales consideraciones han de hacerse llegar al posible perjudicado de forma inequívoca, de modo que pueda este discernir entre tratamientos curativos y paliativos. En caso contrario, y en atención al principio de la *actio nata*, habríamos de estimar que aquel no conoce el alcance del daño, por lo que no puede perjudicarle la prescripción.

En el supuesto concreto que analizamos, y una vez estudiados detenidamente los distintos datos e informes incorporados al expediente, entendemos -como sostiene el propio interesado en su escrito de alegaciones- que tal información inequívoca nunca se produjo. Al respecto, se afirma en la propuesta de resolución que el reclamante no solo tenía conocimiento del daño "a través de los facultativos que le asisten en el sistema público, sino que además él mismo refiere que acude a un centro coloproctológico privado en el que le hacen un informe el 6 de noviembre de 2008 en el que se pone de manifiesto una incontinencia fecal grado III". Además, se añade, "en el informe

del Servicio de Digestivo (...) de 5 de diciembre de 2008, que aporta el interesado al expediente, consta como diagnóstico "rotura del esfínter anal interno en tercio medio del canal anal".

Ahora bien, examinados tales informes observamos que en el primero de ellos, de fecha 6 de noviembre de 2008, el especialista privado efectivamente le diagnostica una incontinencia, lo que sin duda era una obviada clínica; sin embargo, y aunque pueda presuponer la causa, lo cierto es que en ese momento la desconoce, pautándole, entre otras recomendaciones, que realice una "eco endoanal". Es precisamente esa prueba diagnóstica -informada el día 5 de diciembre de 2008- la que objetiva una "rotura del esfínter anal interno" (folio 14); por tanto, dicho dato era desconocido para él cuando acude al especialista privado. Tanto es así que el interesado, sobre la base de ese informe privado, solicita el 13 de noviembre de 2008 que "la Seguridad Social se haga cargo de (su) operación y tratamiento por la vía privada, puesto que me ofrece en este caso la posibilidad de reparar el daño causado en una sola operación inmediata y sin posoperatorio". A nuestro juicio, resulta evidente que el perjudicado en aquellas fechas desconocía la rotura del esfínter y confiaba en un procedimiento quirúrgico reparador del daño causado.

En cuanto al informe del Servicio de Digestivo del Hospital "Z" de 5 de diciembre de 2008, advertimos que se trata del informe de una prueba diagnóstica solicitada por el Servicio de Cirugía de otro centro sanitario (el Hospital "X"). Por su finalidad, no parece un documento cuyo destinatario sea directamente el paciente; al contrario, se trata de una prueba diagnóstica solicitada por el Servicio que le atiende, y todo indica que habrá de ser dicho Servicio el que comunique al paciente en la consulta correspondiente tanto los resultados como, en su caso, los posibles tratamientos. Pues bien, en las anotaciones posteriores a la realización de la prueba (folio 83) se hace constar, el día 16 de enero de 2009, "creo que mejorará con la cicatrización y el tiempo (...). En caso de no mejoría a 6 meses se puede valorar esfinterografía interna"; el día 12 de febrero de ese mismo año, "persiste incontinencia (...). Para sesión" y tratamiento quirúrgico, y, el día 2 de marzo de 2009, "creo indicado

hacer PTQ en este paciente". A nuestro juicio, y pese a la aparente rotundidad de la prueba endoscópica, los apuntes de la historia clínica correspondientes a las consultas del paciente dan a entender que la incontinencia podría ser solucionada mediante tratamiento quirúrgico o mediante implante de PTQ. En ninguna de estas anotaciones se afirma que la rotura del esfínter resulte irreparable, es decir, que constituya un daño permanente. Asimismo, constatamos que en otros informes posteriores también se omite cualquier consideración sobre el carácter permanente o incurable de la incontinencia, e incluso que se prescinde de la literalidad del diagnóstico establecido en la ecografía endoanal -recordemos, "rotura" del esfínter-. Así, el informe del Servicio de Cirugía General del Hospital "X" de 20 de marzo de 2009 (folio 111) refiere una "falta de continuidad del esfínter" y reseña que se ha propuesto la "colocación de implantes de PTQ". Un año después, cuando se plantea el traslado del paciente a otro centro hospitalario, el mismo Servicio (folios 73 a 75) vuelve a evitar una referencia explícita a la rotura del esfínter, indicando que es "visto en revisión el 20-10-08 (...). Se solicita eco endoanal (...), con resultado de falta de continuidad en esfínter anal interno", y que "en enero-09 (...) es vuelto a ver en consulta externa con resultado de dichas pruebas. Se indica fisioterapia pélvica y se plantea seguimiento". El día 5 de octubre de 2010 el interesado es derivado a la Clínica "V", y en la hoja de consulta correspondiente al día 30 de septiembre de 2011 (folio 77) se anota que "acudió a `V`, pero no realizó neuromodulación. Refiere no aceptar los riesgos e inconvenientes".

En definitiva, estimamos que de la documentación incorporada al expediente, y a salvo de lo que verbalmente se le haya podido aclarar en la consulta -cuya literalidad no consta-, no se desprende con claridad que el interesado tuviera conocimiento de la irreversibilidad del daño causado, ni de la inexistencia de tratamientos terapéuticos, y tampoco de las secuelas consolidadas o previsibles que se derivarían de tal lesión. Puesto que la prescripción, en cuanto supone un modo de terminación del procedimiento que impide el análisis del fondo, ha de ser interpretada restrictivamente en atención

al principio *pro actione*, no cabe atribuir a ninguna de las atenciones sanitarias documentadas a las que nos hemos referido la virtualidad de fijar el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción. Por ello, si el interesado es derivado por el servicio público a la Clínica `V´ el día 5 de octubre de 2010 con la intención de ser sometido a un tratamiento (según refiere en su hoja de reclamaciones de 31 de agosto de 2010, para "posible implante de pila en esfínter"), y presenta la reclamación el 28 de septiembre de 2011, es claro que la misma fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

En consecuencia, considera este Consejo Consultivo que la Administración no puede desestimar la responsabilidad patrimonial instada mediante la sola invocación de su presentación extemporánea, y que ha de analizar el fondo de la cuestión debatida. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

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 interesa una indemnización por los daños que considera ocasionados en una intervención realizada por cuenta del servicio público sanitario.

Analizado el expediente, comprobamos que el interesado sufrió la rotura del esfínter anal interno, y que como consecuencia de ello padece, entre otras posibles secuelas, una incontinencia.

No obstante, la constatación de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado no implica por sí misma la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que es preciso examinar si se dan las circunstancias que permitan reconocer al perjudicado el derecho a ser indemnizado por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos, pues ha de probarse que aquellos se encuentran causalmente unidos al funcionamiento del servicio público y que son antijurídicos.

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 un 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 concretos.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el interesado 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.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado -aunque no siempre pueda garantizarse que este sea exacto- en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

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 el caso que analizamos no resultan controvertidos los hechos relevantes, y en concreto no se discute que el interesado sufre la rotura del esfínter en el curso de una intervención quirúrgica. Pero, acabamos de indicar que la causación de un daño tan solo resulta ser el presupuesto de una reclamación de responsabilidad patrimonial, y que por ello ha de acreditarse también el nexo causal con el servicio público y su carácter antijurídico. Y, en este punto, el perjudicado no aporta ninguna prueba o indicio que nos permita valorar si la prestación sanitaria se adecuó al criterio de la *lex artis*, por lo que debemos realizar nuestro análisis sobre la base de los únicos informes técnicos incorporados al expediente, que son los que aporta la Administración sanitaria; aunque, de todos ellos, solo abordan el nexo causal y la posible antijuridicidad del daño el informe técnico de evaluación y la propuesta de resolución.

En efecto, el primero de ellos señala que “se ha consolidado como secuela una incontinencia fecal, riesgo explicitado en el consentimiento informado que firmó con anterioridad a la intervención”, y, con respecto a la incontinencia, explica que, “si bien la cirugía no implica la extirpación de un complejo orgánico definido, habitualmente no existe la incompetencia salvo en aquellos casos en donde la patomorfología, o a veces la mala técnica, llevan a la lesión esfinteriana, que se traduce en incontinencia de diversos grados”.

Por su parte, la propuesta de resolución reitera que se trata de un “riesgo explicitado en el consentimiento informado que firmó”, y que el tratamiento quirúrgico es el más efectivo para esta enfermedad, “pero no exento de complicaciones. Se trata de una complicación que a nivel estadístico se sitúa en menos del 1%, pero ello no significa que no pueda producirse”.

A la vista de ello, y sin desconocer que el consentimiento informado que presta un paciente no ampararía una prestación sanitaria que se hubiera apartado de la *lex artis*, hemos de concluir que el interesado no ha aportado prueba alguna que permita tener por acreditada una infracción de la *lex artis* en el mecanismo de la lesión del esfínter, y que tal prueba tampoco puede

deducirse del expediente, dado que dicha lesión, en palabras del Inspector que elabora el informe técnico de evaluación, puede obedecer a una “mala técnica” quirúrgica pero también a la “patomorfología” concreta de las estructuras anatómicas a extirpar.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, 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.