

Expediente Núm. 237/2016
Dictamen Núm. 258/2016

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 10 de noviembre de 2016, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 9 de septiembre de 2016 -registrada de entrada el día 16 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños sufridos a causa de una intervención quirúrgica de hallux valgus.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 19 de octubre de 2015, un letrado, en nombre y representación de la perjudicada, presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños causados como consecuencia de la intervención quirúrgica practicada para la corrección de un hallux valgus.

Refiere que “acude el 23 de febrero de 2012 al Centro de Salud, siendo remitida a Atención Especializada (Traumatología y Ortopedia), donde es

diagnosticada de un hallux valgus en el pie izquierdo y 2.º dedo en martillo./ La intervención se realizó por cirugía ambulatoria” en el Hospital “X” “el 17 de octubre de 2014, recibiendo el alta el mismo día”.

Señala que “como consecuencia de la intervención (...) ha venido a sufrir una nueva lesión consistente en una limitación metatarsofalángica de primer dedo que no padecía, y además no se le ha curado bien el dolor que le producía el hallux valgus”.

Afirma que “no se realizó una valoración preoperatoria cuidadosa, física y radiográfica, para determinar los elementos patológicos específicos que necesitaban ser corregidos quirúrgicamente; además de constatarse una falta de información respecto de la operación quirúrgica practicada al adolecer el consentimiento informado de información sobre tratamientos alternativos, de las técnicas disponibles para el tratamiento del hallux valgus y de los posibles riesgos y secuelas de la intervención”.

Significa que la perjudicada “es profesora de Educación Primaria, lo que le exige constante movimiento y actividad”, y que sufre “dolores (...) en su trabajo todos los días que, si bien no son insoportables como para derivar en incapacidad, por ahora, si son lo bastante molestos como para hacer muy sacrificada y dolorosa su jornada laboral”.

Invoca expresamente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 31 de marzo de 2014, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª.

Solicita una indemnización cuyo importe asciende a cien mil euros (100.000 €), incluido el daño moral.

Adjunta copia de diversos informes médicos relacionados con el proceso asistencial por el que reclama y el informe suscrito por un especialista en Valoración y Baremación del Daño Corporal con fecha 7 de octubre de 2015. En él se indica que la paciente “refiere, desde la cirugía llevada a cabo, rigidez en metatarsofalángica e interfalángica del primer dedo, que es doloroso”, señalando a continuación que “objetivamente se aprecia la rigidez que manifiesta (...), con movilidad prácticamente anulada y dolorosa”. Concluye que

la perjudicada presenta la secuela de "limitación metatarsofalángica de primer dedo", que valora en 2 puntos, y precisa que "la artrosis postraumática, el dolor y la rigidez de la valoración propuesta tienen su origen en una mala evolución de la cirugía realizada (...). Hemos englobado dentro de un único epígrafe todas las consecuencias de un curso tórpido posquirúrgico. En un cierto porcentaje de este tipo de cirugía se producen esta clase de complicaciones evolutivas, con dolor y mayor limitación de movilidad de lo esperable (...). Las secuelas no son incapacitantes./ Pronóstico futuro: hacia la cronicidad".

2. El día 4 de noviembre de 2015, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado para elaborar el informe técnico de evaluación solicita al Hospital "X" que "confirman si la paciente fue derivada" por el Servicio de Salud del Principado de Asturias, "y si así fuese que nos indiquen la vinculación laboral del personal que la atendió y que nos remitan copia de la historia clínica relativa al proceso de referencia, así como un informe del Servicio de Traumatología sobre el concreto contenido de la reclamación presentada, con especial atención a la alegada falta de consentimiento para la intervención y de información sobre alternativas terapéuticas".

3. Mediante oficio de 6 de noviembre de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario comunica al representante de la interesada la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, y la requiere para que acredite en el plazo de diez días la representación que dice ostentar "por cualquier medio válido en derecho -ante notario o mediante declaración en comparecencia personal ante el funcionario (*apud acta*)- que deje constancia fidedigna de ello, de acuerdo con el artículo 32.4 de la mencionada Ley 30/1992, con la advertencia de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistida en su reclamación".

4. El día 19 de noviembre de 2015, el Director Gerente del Hospital "X" remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios un escrito en el que

se señala que "la paciente fue derivada a nuestro centro por el Servicio de Salud del Principado de Asturias (...) en virtud del concierto singular de asistencia sanitaria (...) para ser atendida por médicos del centro, con el diagnóstico" de "hallux valgus izdo. (...) Se adjuntan documentos de derivación".

Refiere que "el caso (...) fue asignado (al doctor que identifica), médico especialista en Traumatología y Ortopedia (...) vinculado al hospital (...) como profesional contratado en régimen de arrendamiento de servicios profesionales".

Significa que "no se ha recibido copia del escrito de reclamación de la paciente. Los registros de historia clínica, que se aportan, no recogen complicaciones al alta tras radiografía de control. Consta que el consentimiento informado informa de la cirugía del hallux valgus y la deformidad secundaria del segundo dedo en martillo, que es (...) realizada según la técnica descrita en el informe de alta".

Adjunta los siguientes documentos: a) Hoja de solicitud de ingreso para corrección de hallux valgus izquierdo, emitida por el Servicio de Traumatología del Hospital "Y" con fecha 11 de abril de 2014. b) Hoja de variaciones en lista de espera quirúrgica del Hospital "X", en la que consta que la cirugía se aplaza "hasta primeros octubre por voluntad paciente (motivos laborales)". c) Hoja preoperatoria del Servicio de Traumatología del Hospital "X". d) Hojas manuscritas en las que se reflejan las anotaciones relativas al curso clínico de la paciente tras la intervención practicada el 17 de octubre de 2014. e) Formulario de evaluación preanestésica y visto bueno del Servicio de Anestesia de estudio preoperatorio. f) Hoja de quirófano. g) Hojas de informe sobre material quirúrgico esterilizado y utilizado en quirófano por intervención realizada. h) Listado de verificación del bloque quirúrgico. i) Hoja de resultados del laboratorio de análisis clínicos, de fecha 18 de junio de 2014. j) Volante de petición de Radiodiagnóstico de "dorso plantar y DP en carga control quirúrgico pie izquierdo", fechado el 7 de noviembre de 2014. k) Gráfica de electrocardiograma. l) Informe de alta del Servicio de Traumatología del

Hospital "X", de 17 de octubre de 2014. m) Documentos de consentimiento informado para "anestesia loco-regional" y "tratamiento quirúrgico de hallux valgus, metatarsalgia y dedos en garra", suscritos por la paciente el 3 de junio de 2014. En el consentimiento para la cirugía se recoge que "la corrección de la deformidad conlleva el acortamiento de los dedos intervenidos, así como una incapacidad para moverlos adecuadamente. Dicha incapacidad suele ser temporal./ Después de la intervención sufrirá dolor en la zona de la herida debido a la cirugía y al proceso de cicatrización, que puede prolongarse durante algunas semanas, meses o hacerse continuas". En el mismo documento se hace referencia a los "riesgos típicos", reseñando que "toda intervención quirúrgica lleva implícitas una serie de complicaciones comunes y potencialmente serias que podrían hacer variar la técnica operatoria programada, requerir tratamientos complementarios, tanto médicos como quirúrgicos, así como un mínimo porcentaje de mortalidad./ Lesión de vasos adyacentes./ Lesión de los nervios adyacentes, que puede condicionar el dolor local o adormecimiento del dedo./ Lesión tendinosa./ Obstrucción venosa con formación de trombos, hinchazón de la pierna correspondiente y en raras ocasiones se complica con dolor torácico y dificultad respiratoria (embolia pulmonar), que puede conducir a la muerte./ Infección de la herida, que puede ser superficial (se resuelve con limpieza local y antibióticos) o profunda, que requiere además de antibiótico apertura de la herida y drenaje./ Rigidez de la articulación intervenida, acompañada o no de inflamación importante y descalcificación de los huesos (atrofia ósea)./ De forma poco habitual pueden existir complicaciones como: reaparición de la deformidad con el tiempo o producción de la deformidad contraria, necrosis (muerte) de la piel de la zona intervenida, retrasándose el proceso de curación, pérdida de la vascularización de uno de los huesos que se ha seccionado para corregir la deformidad, cicatriz de la operación dolorosa y antiestética". Como "alternativas" se consigna que "el tratamiento con analgésicos y antiinflamatorios, calzado adecuado, plantillas de descarga, fundas de silicona o algún dispositivo similar puede servir para mejorar las molestias pero no para corregir la deformidad". En la declaración de

consentimiento se recoge que “he leído la hoja de información que me ha entregado” el doctor, “he comprendido las explicaciones que se me han facilitado y el médico que me ha atendido me ha permitido realizar todas las observaciones y me ha aclarado todas las dudas y preguntas que le he planteado. También comprendo que, en cualquier momento y sin necesidad de dar ninguna explicación, puedo revocar el consentimiento que ahora presto. Por ello, manifiesto que me considero satisfecho/a con la información recibida y que comprendo la indicación y los riesgos de este tratamiento/procedimiento. Y en tales condiciones consiento que se me realice el procedimiento de h. valgo pie I + 2.º dedo martillo”. n) Hojas de atención de enfermería a paciente quirúrgico y de valoración posquirúrgica.

5. El día 26 de noviembre de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite una copia de la reclamación al Hospital “X” “a fin de que se elabore informe del Servicio de Traumatología”.

6. El día 16 de diciembre de 2015 se recibe en la Consejería instructora una copia del poder especial para pleitos otorgado por la interesada a favor del letrado que suscribe la reclamación.

7. Con fecha 17 de diciembre de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al representante de la interesada las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará la reclamación presentada y los plazos y los efectos de la falta de resolución expresa.

8. El día 21 de diciembre de 2015, el Director Gerente del Hospital “X” traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el informe elaborado con esa misma fecha por la Directora Médica del centro “a partir del reporte” del cirujano responsable del proceso. En él destaca que “el documento de consentimiento informado que figura en la historia clínica de la paciente, y que

es firmado por la misma el día 03-06-2014, recoge de manera explícita la descripción del procedimiento, las consecuencias posibles de la intervención, entre las que se especifica ‘acortamiento de los dedos intervenidos, así como una incapacidad para moverlos adecuadamente’, la descripción de los riesgos típicos y las posibles alternativas a este tratamiento quirúrgico”.

Señala que a “la paciente se le realizaron las pruebas radiológicas que para su seguimiento se consideró necesarias por el traumatólogo que la intervino en las fechas que siguen, se le realizaron radiografías de los pies, hay que tener en cuenta que desde nuestros ordenadores el traumatólogo tiene acceso a todas estas imágenes de la paciente:/ 08-11-2013./ 11-04-2014./ 18-11-2014./ 13-02-2015./ 03-03-2015./ 24-03-2015./ Se le practicaron curas periódicas en este hospital los días 24-10-2014, 31-10-2014 y el 07-11-2014, siendo dada de alta por mejoría tras valoración radiológica y clínica el día 18-10-2014 (...). Acude de nuevo a consulta el día 03-03-2015 por dolor y limitación de movilidad y edema en el pie intervenido, la radiología, que no es concluyente, orienta a la existencia de una fractura por sobrecarga del 3.º metatarsiano del mismo pie operado, por lo que se vuelve a citar en consulta para nuevo control radiológico el 24-03-2015, confirmando radiológicamente la existencia de dicha fractura de estrés y ante la mejoría clínica y radiológica del dedo intervenido es dada de alta recomendándole que realice un estudio de metabolismo óseo por el hallazgo de la mencionada fractura de estrés”. Adjunta reporte del historial clínico firmado por el facultativo encargado del caso.

9. Mediante oficio de 16 de febrero de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite el expediente a la correduría de seguros “a fin de que se recabe e incorpore al mismo el dictamen pericial de la compañía aseguradora”.

10. El día 5 de abril de 2016, un especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica elabora un informe a instancias de la compañía aseguradora. En él explica que la cirugía percutánea a que se sometió la perjudicada “es una

técnica adecuada, teniendo en cuenta que no se trataba de un (hallux valgus) demasiado avanzado, pero cualquier otra técnica, aunque más agresiva, podía haber sido igual de correcta (...); el cirujano elige la que le parece más adecuada según su experiencia y cada caso en particular./ Las ventajas de la cirugía percutánea son múltiples:/ Heridas muy pequeñas (2-3 mm)./ Mínimo número de complicaciones sépticas./ Cirugía ambulatoria con posoperatorio muy poco doloroso./ Apoyo inmediato”.

Por lo que se refiere a la técnica quirúrgica empleada para la corrección de las deformidades asociadas al hallux valgus, señala que “una de las razones que (lo) provocan (...) es la subluxación de los sesamoideos y la desviación del flexor del dedo gordo hacia lateral que hace que se convierta en abductor (separador) del dedo gordo hacia externo. Además el músculo abductor del dedo gordo contribuye intensamente a esta desviación. Por ello su sección es fundamental para evitar la deformidad del dedo en valgo./ La exóstosis de la cabeza del primer metatarsiano (bunion) debe (...) ser reseca. Y, por último, si el primer dedo tiene una desviación hacia externo muy marcada se puede resituar mediante la práctica de osteotomías; es decir, cortes óseos en cuña de base interna en el cuello o la base del MTT y de la falange que permiten la totalidad del dedo hacia el lado interno o medial mejorando el aspecto estético y funcional del pie. La osteotomía de la base de la falange fue diseñada por Akin./ La sujeción de estas osteotomías se hace mediante minitornillos en el caso de la cirugía abierta convencional. Cuando se practica cirugía percutánea la sujeción se debe (...) realizar mediante vendajes que mantengan los fragmentos óseos en situación adecuada./ El dedo en garra se produce por acortamiento de la musculatura flexoextensora del 2.º o tercer dedos. Es una deformidad que con mucha frecuencia se asocia al hallux valgus (...). Se corrige quirúrgicamente de manera sistemática cuando se practica la cirugía del (hallux valgus). Para ello se destruye la articulación MTF del segundo dedo y se fija mediante agujas, tornillos o (...) vendajes en el caso de la cirugía percutánea. Para que no recidive es necesaria la sección del tendón del extensor del dedo”.

En cuanto a los efectos de la cirugía, indica que "cualquier acto quirúrgico lleva implícita la cicatrización de las heridas. Este proceso no supone la curación del tejido intervenido hacia un tejido absolutamente normal, sino hacia un tejido de cicatrización, fibroso, duro y con escasa capacidad de movilización de las partes blandas al haberse adherido entre sí. Con el tiempo se logra un reblandecimiento de dicho tejido de cicatrización y pueden recuperarse los niveles previos de movilidad./ Pero no siempre es así, siendo muy frecuente que el paciente sufra ligeros déficits de movilidad".

Sobre la limitación de movilidad que la perjudicada dice padecer, destaca que ni "en la historia clínica ni en el informe pericial emitido se hace referencia a la medición exacta de dicha limitación. Este perito no ha podido examinar a la paciente, por lo que tampoco lo ha podido comprobar./ Como referencia debemos señalar que la movilidad de la articulación MTF del primer dedo del pie es de 60-70° hacia dorsal y 80° hacia plantar./ La disminución de la flexión plantar es escasamente invalidante pero la disminución de la flexión dorsal dificulta la deambulación al disminuir la capacidad de impulso del miembro inferior. Sin embargo, una flexión dorsal de 30° es suficiente para caminar con soltura./ Cuando el primer dedo tiene escasa movilidad y es doloroso se puede recurrir a la artrodesis de la MTF en posición funcional de 20° de flexión dorsal lográndose una deambulación normal e indolora".

En relación con las fracturas por fatiga o estrés, manifiesta que se denominan así "a las lesiones por pérdida de continuidad ósea que aparecen en algunas estructuras óseas de manera espontánea en ausencia de enfermedad metabólica o incidente traumático./ Se suelen relacionar con sobreesfuerzos después de ejercicio prolongado. El hueso que con mayor frecuencia se afecta es el 2.º y tercer metatarsianos, aunque puede afectarse cualquier hueso de carga./ El tratamiento rara vez requiere solución quirúrgica y se resuelve evitando el apoyo".

Finalmente, concluye que "la paciente (...) padecía un hallux valgus en el pie izquierdo que le producía dolor e impotencia funcional suficiente para aceptar la intervención quirúrgica como único tratamiento resolutivo de su

padecimiento (...). La intervención, previa información al paciente mediante el correspondiente consentimiento informado (recomendado por la SECOT), en el que se expresan claramente los riesgos de rigidez, pérdida de movilidad y otros, le fue realizada mediante cirugía percutánea el día 17-10-2014, llevándose a cabo de una manera correcta y sin complicaciones (...). El seguimiento posquirúrgico fue el correcto para este tipo de cirugía, recomendando el apoyo precoz, según los principios de la cirugía percutánea del pie, realizando curas y cambios del vendaje y sin apreciarse complicaciones en la evolución de las heridas (...). La paciente sufrió una fractura por fatiga del tercer metatarsiano seis meses después de la intervención sin que se pueda achacar a la intervención quirúrgica dicha complicación (...). El dolor y la rigidez residual que padece (...) puede ser tratada mediante una nueva intervención consistente en practicar una artrodesis metatarsofalángica en posición funcional (...). El informe pericial” emitido a instancia de parte “reconoce que la secuela no es invalidante y que esta complicación se produce en un cierto número de casos”.

Considera que “la asistencia prestada a esta paciente por los servicios médicos” del Hospital “X” “fue totalmente correcta y ajustada a la *lex artis ad hoc*, no apreciando indicio alguno de mala praxis durante todo el proceso”.

11. Mediante escrito de 23 de junio de 2016, la Directora General de Política Sanitaria comunica al representante de la interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

12. El día 22 de julio de 2016, la representante de la interesada presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que manifiesta que “el informe pericial” del Servicio de Salud del Principado de Asturias “admite que mi patrocinada ha de volver a operarse, pero entiende que (...) sufrió una fractura del tercer metatarsiano por fatiga seis meses después de la intervención cuando lo cierto es que tal fractura se obró por un exceso en la perforación de dicho hueso en la intervención practicada seis meses antes”.

Insiste en que “no fue informada en momento alguno de la posibilidad de efectuar otros tratamientos ni del riesgo importante de que la operación fuera un rotundo fracaso, como fue”, y en que “se tenga por reproducida” la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 31 de marzo de 2014, Sala Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª, “ya que mi patrocinada está en el mismo caso”.

Finalmente, se ratifica en su pretensión indemnizatoria.

13. Con fecha 22 de agosto de 2016, la Coordinadora de Auditorías Asistenciales y Docentes elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella señala que “previamente a la intervención la paciente fue informada mediante el correspondiente consentimiento informado (recomendado por la SECOT) (...), que recoge de manera explícita la descripción del procedimiento, las consecuencias posibles de la intervención (...), la descripción de los riesgos típicos y las posibles alternativas”. Destaca que la fractura del tercer metatarsiano que sufrió seis meses después de la cirugía no se puede achacar a la intervención quirúrgica, y concluye que “la asistencia prestada a la paciente por los servicios médicos” del Hospital “X” “fue totalmente correcta y ajustada a la *lex artis ad hoc*, no apreciándose indicio alguno de mala praxis durante todo el proceso”.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de septiembre de 2016, 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.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante reclamación de la interesada presentada en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 19 de octubre de 2015, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y al 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.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la 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 la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley citada.

En cuanto a la legitimación pasiva, se desprende del expediente que la asistencia sanitaria por la que se reclama fue prestada en un hospital privado vinculado con el Servicio de Salud del Principado de Asturias mediante convenio singular. En estas circunstancias hemos de concluir que el Principado de Asturias está pasivamente legitimado en tanto que titular del servicio público sanitario, siempre sin perjuicio de la repetición de los costes a los que eventualmente debiera hacer frente ante el titular del centro privado implicado en el supuesto de que este resultara ser el directamente causante de los daños reclamados.

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 19 de octubre de 2015, habiéndose practicado curas a la perjudicada tras la intervención quirúrgica por la que reclama hasta el día 7 de noviembre de 2014, según informa la Directora Médica del Hospital “X”, 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 Responsabilidad Patrimonial. 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.

Ahora bien, constatamos la ausencia del informe técnico de evaluación, documento que habitualmente venía incorporando la Consejería instructora a los expedientes de reclamación de responsabilidad patrimonial. Si bien tal informe no resulta preceptivo, este Consejo considera que su falta empobrece el análisis de las materias propias de la ciencia médica que se cuestionan por los interesados.

Asimismo, 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.- La interesada afirma que la intervención quirúrgica practicada para la corrección de un hallux valgus le ha causado diversos daños. En primer lugar, estima que aquella le ha ocasionado una limitación irreversible y dolorosa, si bien no invalidante, de la movilidad de la articulación metatarsfalángica del primer dedo; en segundo lugar, alega insuficiencia de la información recibida con carácter previo a la operación, pues -según señala- no se le advirtió de las posibles alternativas al abordaje quirúrgico de su dolencia ni de los posibles riesgos y secuelas de la intervención.

En cuanto a la efectividad de estos daños, ha de señalarse que ninguno de los documentos en los que se reflejan los pormenores de la asistencia prestada a cargo del sistema sanitario público que han sido incorporados al expediente da cuenta de que la perjudicada padezca “desde la cirugía”, como se recoge en el informe pericial privado que adjunta a la reclamación, dolor junto con una limitación de movilidad “prácticamente anulada” en el primer dedo del pie operado; al contrario, los informes relativos a la atención sanitaria recibida tras la intervención vienen a desdecir tal secuela. Así, en el relativo a la atención recibida el día 13 de febrero de 2015 (casi cuatro meses después de la cirugía) en el Servicio de Urgencias del Hospital “Y”, al que acude por dolor de 3 días de evolución en el pie operado, y aportado por la propia interesada -folio 12-, se establece el diagnóstico de “posible neurinoma de Morton” y se reseña que tiene “movilidad normal de todos dedos, no dolor en antepié”. Del mismo modo, el dolor, el edema y la limitación de movilidad en el pie operado que presenta cuando acude el 3 de marzo de 2015 al Hospital “X” -folio 68- son síntomas de una fractura por sobrecarga del tercer metatarsiano; esto es, de un hueso del tercer dedo no implicado en la cirugía practicada en octubre de 2015, hasta el punto de que la paciente recibe el alta el día 24 de marzo de 2015, antes de la consolidación de aquella fractura, al constatar el facultativo responsable la “mejoría clínica y radiológica” del dedo intervenido.

No obstante, aun cuando se diera por cierta la efectividad de los perjuicios alegados, la existencia de un daño efectivo e individualizado no podría significar automáticamente la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, toda vez que es preciso examinar si en los hechos dañosos se dan las circunstancias que permitan reconocer a la perjudicada su derecho a ser indemnizada por concurrir los demás requisitos legalmente exigidos. Más concretamente ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público, y que es antijurídico.

Por lo que se refiere a la relación de causalidad con el funcionamiento del servicio público, y 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 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. También es criterio firme de 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.

Todos los informes incorporados al expediente durante la instrucción del procedimiento, incluido el pericial privado que la interesada adjunta a su escrito de reclamación, recogen la posibilidad de una evolución desfavorable tras la cirugía practicada que ocasione dolor y limitación de movilidad a los pacientes, en algunos casos con carácter permanente. El mecanismo de producción de tales efectos desfavorables, aunque no extraordinarios, se explica en el informe

librado a instancias de la compañía aseguradora al señalar que “cualquier acto quirúrgico lleva implícita la cicatrización de las heridas. Este proceso no supone la curación del tejido intervenido hacia un tejido absolutamente normal, sino hacia un tejido de cicatrización, fibroso, duro y con escasa capacidad de movilización de las partes blandas al haberse adherido entre sí. Con el tiempo se logra un reblandecimiento de dicho tejido de cicatrización y pueden recuperarse los niveles previos de movilidad. Pero no siempre es así, siendo muy frecuente que el paciente sufra ligeros déficits de movilidad”. Precisamente por tratarse de una complicación típica de la intervención, los documentos de consentimiento informado advierten claramente de la posibilidad de que se presente, y en este sentido el suscrito por la paciente el día 3 de junio de 2014, ajustado al modelo propuesto por la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología (SECOT), refleja que “la corrección de la deformidad conlleva el acortamiento de los dedos intervenidos, así como una incapacidad para moverlos adecuadamente. Dicha incapacidad suele ser temporal./ Después de la intervención sufrirá dolor en la zona de la herida debido a la cirugía y al proceso de cicatrización, que puede prolongarse durante algunas semanas, meses o hacerse continuas”. El mismo documento advierte además de los riesgos de lesión vascular y nerviosa, infección, inflamación, rigidez de la articulación y descalcificación de los huesos, recidiva de la deformidad, necrosis y cicatrices dolorosas, entre otras complicaciones. De este modo, los pacientes que han consentido libremente la cirugía tras ser informados de las posibles consecuencias de la misma tienen la obligación de soportar los resultados insatisfactorios o desfavorables que de ella se deriven, a menos que demuestren que tienen su origen en una actuación del servicio público sanitario no ajustada a la *lex artis ad hoc*.

En el caso que analizamos la parte perjudicada entiende que la cirugía practicada no se desarrolló conforme a las reglas de la buena praxis médica, pues -según afirma- “no se realizó una valoración preoperatoria cuidadosa, física y radiográfica, para determinar los elementos patológicos específicos que necesitaban ser corregidos quirúrgicamente.

A falta de prueba alguna que sustente la imputación que efectúa la reclamante, los documentos obrantes en el expediente vienen a desdecirla. En este sentido, consta en el informe del Hospital "Y" correspondiente al día 14 de agosto de 2013 y aportado por la propia perjudicada -folio 10- que en aquella fecha se analizó el resultado de la radiografía del pie izquierdo en la que se objetivó el hallux valgus. Este no sería el único estudio radiográfico realizado con carácter previo a la intervención, ya que del informe elaborado por la Directora Médica del Hospital "X" el 21 de diciembre de 2015 se desprende que el facultativo encargado del proceso asistencial tuvo a su disposición las radiografías realizadas los días 8 de noviembre de 2013 y 11 de abril de 2014, por lo que el reproche de falta de cuidadosa preparación de la cirugía debe decaer.

En el trámite de audiencia la perjudicada añade una nueva reconvencción, si bien desligada de los daños objeto de reclamación, al señalar que la fractura del tercer metatarsiano diagnosticada en el mes de marzo de 2015 "se obró por un exceso en la perforación de dicho hueso en la intervención practicada seis meses antes". Frente a esta afirmación, debe significarse que la cirugía no afectó al tercer metatarsiano o, lo que es lo mismo, al metatarsiano del tercer dedo. En ella solo estuvieron implicados los dedos primero y segundo, actuándose sobre el hueso únicamente en el caso del primer dedo, según explica el autor del informe elaborado a instancias de la compañía aseguradora y como consta en el informe de alta hospitalaria -folio 11-, en el que se recoge "bunietomía del 1^{er} metatarsiano, tenotomía del abductor y osteotomía de Akin del 1^{er} dedo del pie derecho (*sic*) y tenotomía del flexor y extensor del 2.º dedo". Por ello, es evidente que tal imputación no solo carece de prueba sino que es completamente infundada.

Finalmente, y por lo que se refiere al daño moral reclamado, derivado de la falta de información sobre las posibles complicaciones y alternativas a la cirugía, hemos de comenzar por señalar que el artículo 8 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica,

dispone que "Toda actuación en el ámbito de la salud de un paciente necesita el consentimiento libre y voluntario del afectado, una vez que, recibida la información prevista en el artículo 4, haya valorado las opciones propias del caso"; consentimiento que, según el apartado 2, "será verbal por regla general" y por escrito en los casos de "intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente". La eventual ausencia del consentimiento del paciente comporta, según reiterada doctrina jurisprudencial, la obligación de resarcir el resultado dañoso con independencia de cualquier otra valoración en relación con la adecuación a la *lex artis* del acto médico enjuiciado. El Tribunal Supremo ha señalado con reiteración que la omisión del consentimiento previo informado supone, en sí misma, una "mala praxis *ad hoc*", y en estos casos la responsabilidad "se produce con absoluta independencia de la existencia o no de mala praxis en el acto médico (...), puesto que basta la existencia del daño derivado del mismo cuando falta el consentimiento informado" (Sentencia de 14 de diciembre de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:8258-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, con cita de las Sentencias de la misma Sala y Sección de 26 de marzo de 2002 -ECLI:ES:TS:2002:229- y de 9 de marzo de 2005 -ECLI:ES:TS:2005:1445-).

En el supuesto planteado no ofrece duda que la naturaleza de la intervención realizada requería, de conformidad con la citada Ley 41/2002, la constatación escrita de su consentimiento, como efectivamente se hizo. Así, obra en el expediente -folios 50 y 51- el pertinente documento que lo acredita, suscrito por la interesada el día 3 de junio de 2014; en él se da cuenta no solo de las posibles complicaciones o riesgos de la intervención, en los términos a que ya nos hemos referido, sino también de las alternativas a la misma (tratamiento con analgésicos y antiinflamatorios, calzado adecuado, plantillas de descarga, fundas de silicona o algún dispositivo similar). A mayor abundamiento, de la documentación aportada por la propia interesada resulta que aquella debía ser conocedora de estas otras posibilidades de tratamiento

desde mucho antes de la intervención, pues consta en el informe obrante en el folio 10 del expediente administrativo que un año antes de la intervención ya le habían prescrito tratamiento conservador -más concretamente "plantillas"- para la corrección del hallux valgus en el Hospital "Y". Por tanto, habiendo prestado la perjudicada su consentimiento a la intervención con conocimiento de los riesgos probables y posibles alternativas, no se ha generado daño alguno a la facultad de autodeterminación de la paciente y, en consecuencia, debe decaer la pretensión resarcitoria fundada en la insuficiencia de la información recibida.

Por otro lado, no podemos considerar que la interesada se encuentre en el mismo caso que el analizado en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 31 de marzo de 2014 -ECLI:ES:TSJAS:2014:1006-, estimatoria de la pretensión resarcitoria formulada por una intervención de hallux valgus, pues en aquel supuesto, a diferencia del que nos ocupa, se acreditó que la operación se realizó sin haber intentado un tratamiento conservador previo de la lesión, a falta de cualquier información relativa a las alternativas posibles, y además mediante una cirugía abierta que resultaba inapropiada, dada la leve entidad de la deformidad que presentaba, entendiéndose el Tribunal que podría haber sido corregida con menores riesgos a través de cirugía percutánea o mínimamente invasiva, justamente como se hizo en el asunto que examinamos.

En suma, no existiendo prueba plena del daño físico alegado, que, aun en el caso de tenerse por probado, no sería antijurídico sino derivado de la materialización de una de las complicaciones típicas de una intervención realizada conforme a las reglas de la *lex artis*, y constatado que la paciente conoció la finalidad y naturaleza de la intervención, sus riesgos y consecuencias y alternativas, no puede atribuirse a la Administración responsabilidad alguna en relación con los daños alegados.

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.