

Expediente Núm. 184/2016
Dictamen Núm. 47/2017

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José 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 1 de marzo de 2017, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 30 de junio de 2016 -registrada de entrada el día 5 del mes siguiente, y una vez atendida por escrito de 10 de enero de 2017, registrado de entrada el día 17 del mismo mes, la diligencia para mejor proveer-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos tras una intervención de hallux valgus recidivado.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 6 de febrero de 2015, la interesada presenta en el registro del Ayuntamiento de Gijón una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida a la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias- por los daños y perjuicios que atribuye a una “actuación médica negligente” con ocasión del tratamiento quirúrgico de un hallux valgus.

Expone que “el hecho productor del daño ha sido (...) la operación quirúrgica realizada con fecha 2 de octubre de 2013” en el Hospital “X” “(donde fue derivada por parte del Hospital `Y´)”, y tras la cual sufrió “intensos dolores, al parecer por habérsele astillado un hueso en dicha operación (...), habiendo sido reintervenida en el mismo hospital en el mes de marzo de 2014 (...) sin que (...) haya prestado su consentimiento informado respecto a esta segunda operación (lo que constituye un segundo hecho productor del daño)”.

Sobre los daños, hace referencia a los intensos dolores padecidos entre ambas intervenciones, mitigados “tras la segunda (...), aunque sin llegar a desaparecer”. En la actualidad tiene “calambres en el segundo dedo, así como sensación de adormecimiento del mismo y (...) dolor al apoyarlo (...), inflamándosele en ocasiones el tobillo izquierdo y sufriendo además dolor y problemas de sobrecarga en el tobillo y rodilla derecha como consecuencia del estado de su pie izquierdo”.

Solicita una indemnización por importe de cuarenta y cuatro mil seiscientos cuarenta y nueve euros con novena y un céntimos (44.649,91 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 225 días de baja impeditiva con un 10% de factor de corrección, 14.414,40 €; 11 puntos de secuelas con un 10% de factor de corrección por perjuicios económicos, 10.235,51 €; un factor de corrección por “incapacidad permanente parcial”, 10.000 €, y daños morales “por ausencia de consentimiento informado en la segunda operación”, 10.000 €.

2. Mediante oficio de 17 de febrero de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario traslada la reclamación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

3. El día 20 de febrero de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario notifica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de

procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

Además, la requiere para que “envíe el poder” a favor de la persona que se “indica en el escrito de reclamación”.

4. Mediante escrito de 23 de abril de 2015, el Director Gerente del Hospital “X” remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el informe suscrito por el facultativo responsable de la asistencia y una copia de la historia clínica.

En el informe se indica que la paciente fue “derivada” del hospital público “con el diagnóstico de hallux valgus para tratamiento quirúrgico”, que se “realiza el 02-10-2013” y consiste en “exostomía y liberación del tendón del abductor./ Revisada en consultas los días 10 y 17-10-13 con cura local, buena evolución clínica y retirada de suturas. El 25-10-13 con control radiológico y buena evolución. Refiere la paciente un dolor metatarsal clasificado como metatarsalgia. Se le explica (...) que es un proceso independiente (...). En revisión posterior, el 21-11-13, refiere molestias a nivel de la cicatriz (...) y dolor y molestias en el 2.º dedo en martillo./ Con fecha 14-05-2014, y con el diagnóstico de exóstosis posquirúrgica y 2.º dedo en martillo, se decide nueva intervención (...) para regularización de la exóstosis y corrección del 2.º dedo en martillo”.

Afirma que “todo se realiza con revisión de la paciente repetidamente, con estudios radiográficos varios y explicando incluso con dibujos que (...) parece entender”, y precisa que tras la segunda intervención se efectúan “curas y revisión posterior el 20 y 28-05-14 con control Rx y los días 12 y 19-06-2014 con buena evolución clínica de las heridas quirúrgicas y control radiológico satisfactorio”, y subraya que “en ningún momento existió ningún ‘astillado’ de ningún hueso del pie, que el control radiológico se realizó el 25-10-13, a los 23 días de la intervención, y no a los 3 meses, y que se hace rutinariamente (...). En definitiva se trata de una reclamación injustificada, dentro de un contexto de una neurosis de renta que la paciente y sus representantes quieren aprovechar

para sacar una compensación económica (...). Los documentos de los consentimientos correspondientes están informados, explicados, cumplimentados y firmados por la paciente”.

Entre los documentos que integran la historia clínica se encuentran un estadillo que detalla la asistencia a consultas de Traumatología (una en agosto, tres en octubre y una en noviembre de 2013, una en febrero, una en marzo, dos en mayo, dos en junio y una en julio de 2014) y dos documentos de consentimiento informado para “tratamiento quirúrgico de hallux valgus, metatarsalgia y dedos en garra”, uno fechado el 1 de agosto de 2013 (folios 25 y 26) y otro el 20 de febrero de 2014 (folios 39 y 40). En ambos consta como riesgo típico la “reaparición de la deformidad con el tiempo” y las alternativas de tratamiento, y se encuentran firmados por el facultativo interviniente y la paciente.

5. Con fecha 1 de junio de 2015, el Jefe del Área de Inspección solicita al Hospital “X” que se revisen los estudios radiológicos practicados y se informe “si es posible sobre los valores angulares específicos del 1^{er} y 2.º dedos del pie izquierdo”.

Con fecha 10 de ese mismo mes, la Directora Médica del referido hospital remite el informe emitido al respecto. En él, tras detallar los resultados de cada uno de los controles realizados, se concluye que se trata de una “paciente afecta de hallux valgus bilateral leve, más marcado en el pie izquierdo, en la que ya se aprecia antes de la intervención quirúrgica la presencia de cambios degenerativos en la articulación metatarsofalángica del primer radial que han ido progresando significativamente hasta el último control (...). No se puede determinar con fiabilidad si han sido estos cambios degenerativos que la paciente tenía previamente a la intervención los que han provocado la progresión y mala respuesta de su patología de base./ Unido a esta progresión de su artrosis también se aprecia una progresión de su hallux valgus, que, si bien fue corregido en la primera intervención quirúrgica, recidivó

y progresó a los dos meses de la misma./ La prominencia ósea medial del primer metatarsiano no ha recidivado a fecha del último control radiológico”.

Envía también un informe manuscrito del facultativo que realizó las intervenciones, fechado el 22 de abril de 2015.

6. El día 3 de agosto de 2015, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, tras detallar pormenorizadamente el proceso asistencial, señala que después de la primera intervención “la situación clínica (...), con dolor, edema, cansancio en la marcha, no se recoge en la (historia) clínica, aunque en las revisiones se realizan radiografías no están informadas, no recogiendo la desviación progresiva de la articulación que se viene produciendo desde al menos un mes después de la intervención, y en consecuencia el tratamiento quirúrgico propuesto en la segunda intervención no va dirigido a tratar la situación principal, que es la recidiva del hallux valgus, para el que no se establece ningún tratamiento específico, sino al tratamiento del 2.º dedo en martillo y a la exostomía recidivada”.

A ello añade que “no hay constancia alguna de que en esta situación se la haya ofertado a la paciente algún tratamiento alternativo”, por lo que propone una estimación parcial de la reclamación, sin cuantificar su importe.

7. Mediante escritos de 10 de agosto de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y al Hospital “X”, y del expediente completo a la correduría de seguros.

El día 21 de agosto de 2015, el Director Gerente del Hospital “X” remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios las alegaciones que realiza el facultativo que practicó las intervenciones al informe técnico de evaluación. En ellas insiste que “sí se ofertaron (tratamientos) y alternativas quirúrgicas dirigidas a las dolencias que la paciente refiere, como eran la

exostosis y la cicatriz dolorosa y el 2.º dedo en martillo. Nunca refiere dolor en la primera articulación metatarsfalángica. Que no hay que operar radiografías, sino enfermos, y que los diagnósticos se refieren a las patologías por las que vino a operarse y allí donde la paciente refiere el dolor, en este caso son la exostosis (juanete) residual y posteriormente 2.º dedo en martillo”. Finalmente, alude de nuevo a la actitud “rentista” de la paciente, negando la existencia de explicaciones, y reitera que nunca se “astilló” ningún hueso y que “los controles clínicos fueron periódicos”.

8. Con fecha 20 de octubre de 2015, emite informe un especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica a instancias de la compañía aseguradora.

En el análisis de la práctica médica, afirma que “se trata de una paciente diagnosticada de hallux valgus en pie izquierdo” que “presenta una desviación de 20 grados. Después de la intervención se logra un ángulo fisiológico de 10 grados./ La corrección se mantiene durante los dos primeros meses para comenzar a reproducirse posteriormente./ Se practica una segunda intervención no dirigida a corregir la reaparición de la deformidad del primer radio. Se corrige el segundo dedo en garra (...). No existen datos en la historia clínica de que se realizaran mediciones radiológicas que permitieran discutir cuál era la técnica quirúrgica adecuada para corregir la desviación de dicho hallux valgus. Si se realizaron no fueron reflejadas en la historia clínica./ Existen alternativas de tratamiento quirúrgico para la recidiva de un pie, aunque no consta que se le hayan ofrecido./ Si bien no hubo infracción de la *lex artis* en la primera intervención parece que con la segunda no se tomaron todas las acciones posibles para corregir la recidiva de la deformidad”.

Concluye que “la atención dispensada en la segunda intervención no es acorde a la *lex artis*”.

9. El día 10 de noviembre de 2015, emite informe una asesoría jurídica a instancias de la entidad aseguradora. Sobre la base de los informes incorporados al procedimiento, concluye que “existe infracción de la *lex artis* en

cuanto a la técnica empleada en la segunda intervención (...). Aunque existe consentimiento informado para la primera intervención, ha de entenderse que el daño producido en la segunda (...) sí debe considerarse como antijurídico, ya que no se le plantearon al paciente las posibles alternativas”.

10. Mediante oficio de 1 de diciembre de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas solicita a la correduría de seguros una “valoración del daño (...) a fin de continuar la tramitación del procedimiento”.

Obra incorporado al expediente un dictamen pericial sobre valoración del daño, fechado el 11 de marzo de 2016, en el que se concluye que la reclamante “requirió 2 intervenciones de hallux valgus, con resultado no satisfactorio (...). Que entre ambas intervenciones transcurren 225 días que se consideran impeditivos (...). Que tras la cirugía persisten secuelas que se valoran con 5 puntos”.

Propone una indemnización de 18.793,01 €.

11. Con fecha 29 de marzo y 12 de mayo de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios notifica al Hospital “X” y a la interesada, respectivamente, la apertura del trámite de audiencia.

El 18 de mayo de 2016, comparece esta en las dependencias administrativas y obtiene una copia de la documentación obrante en el expediente en ese momento en formato CD. En la misma comparecencia apodera a un abogado para que la represente en todo lo relacionado con este procedimiento.

12. El día 27 de mayo de 2016, la interesada presenta un escrito de alegaciones. En él se limita a solicitar que se añada a la indemnización propuesta el “factor de corrección por invalidez permanente parcial, tal y como había sido reclamado inicialmente por esta parte -en cuantía de 10.000 €- con base en el hecho de que las distintas dolencias afectan a su vida personal y

laboral (ámbito del servicio doméstico)”, y “también el daño moral causado por la lesión del derecho de autodeterminación de la paciente derivada de los defectos reconocidos en el consentimiento informado correspondiente a la segunda intervención quirúrgica a la que fue sometida, habiendo solicitado inicialmente esta parte (...) la cantidad de 10.000 €”.

13. Con fecha 8 de junio de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio, proponiendo indemnizar a la reclamante en la cuantía de 18.793,01 €. Tras reiterar los argumentos contenidos en el informe técnico de evaluación y en el pericial emitido a instancias de la entidad aseguradora, concluye que “la asistencia sanitaria prestada no fue ajustada completamente a la *lex artis*. No consta que se le hayan ofrecido (...) alternativas de tratamiento quirúrgico para la recidiva de un pie, y, si bien no hubo infracción de la *lex artis* en la primera intervención, parece que con la segunda no se tomaron todas las precauciones posibles para corregir la recidiva de la enfermedad”.

14. En ese estado de tramitación, mediante escrito de 30 de junio 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, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

Con fecha 20 de septiembre de 2016, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias solicita la emisión de un informe técnico que determine “si la segunda intervención quirúrgica estuvo dirigida o no al tratamiento de la recidiva del hallux valgus previamente operado (al que se añadió la corrección del dedo en martillo). En segundo lugar, y en caso de que se confirme que en la segunda intervención se produjo efectivamente el abordaje de la recidiva,

deberá precisarse si el tratamiento o la técnica quirúrgica elegidos fueron los adecuados”.

El día 20 de octubre de 2016, y previa solicitud formulada por el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas, emite informe la Directora Médica del Hospital “X”. En él señala que la segunda intervención estuvo dirigida al tratamiento de la recidiva, “ya que así se recoge explícitamente en el documento de inclusión quirúrgica (20-02-2014) (...), en la hoja preoperatoria (12-05-2014), en la hoja operatoria y en el informe de alta (14-05-2014) `intervención de hallux valgus recidiva exostosis´”. Afirma que en “la segunda intervención se produjo efectivamente el abordaje de la recidiva” y, en apoyo de la adecuación del “tratamiento o la técnica quirúrgica elegidos”, transcribe un “extracto de una de las referencias bibliográficas” que efectúa, citando otras varias.

Mediante oficio notificado a la interesada el 8 de noviembre de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura de un nuevo trámite de audiencia.

Con fecha 2 de diciembre de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio, cuantificando el importe de la indemnización en 18.793,01 €. Por lo que se refiere a la cuantificación del daño, acoge la propuesta remitida por la correduría de seguros, en la que se recogen los siguientes conceptos: 225 días improductivos -los que transcurren entre la primera y la segunda intervención-, 5 puntos de secuelas por “metatarsalgia, limitación 1^{er} dedo y gonalgia” y un 10% de factor de corrección por pérdida de ingresos. Razona que “la nueva documentación incorporada al expediente no ha hecho variar el sentido de la anterior propuesta de resolución, ya que del contenido de la historia clínica y de los informes incorporados al expediente (informe técnico de evaluación y el emitido por el especialista a instancias de la compañía aseguradora) se puede concluir que la asistencia sanitaria prestada no fue ajustada completamente a la *lex artis*. No consta que se le hayan ofrecido a la interesada alternativas de tratamiento quirúrgico para la recidiva

de un pie, y, si bien no hubo infracción de la *lex artis* en la primera intervención, parece que con la segunda no se tomaron todas las precauciones posibles para corregir la recidiva de la enfermedad”.

Mediante escrito de 10 de enero de 2017, esa Presidencia remite a este Consejo el expediente completo, que incorpora la documentación solicitada para mejor proveer, e insta la emisión del preceptivo dictamen.

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 registrada en el Ayuntamiento de Gijón

con fecha 6 de febrero 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.

En cuanto a la legitimación pasiva, y reiterando la doctrina formulada en anteriores dictámenes, consideramos que el Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario, que en el presente caso ha sido prestado, en virtud de concierto, por un centro asistencial con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de usuarios del Sistema Nacional de Salud; siempre sin perjuicio de la repetición de los costes a que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento legal que corresponda. En este supuesto la atención prestada a la reclamante en el centro hospitalario privado lo ha sido en tanto que beneficiaria del sistema sanitario público, y los servicios prestados se encuentran incluidos en el convenio singular aludido. Por ello, a la vista del escrito presentado por la perjudicada, 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 6 de febrero de 2015, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el alta hospitalaria de la segunda intervención quirúrgica- el día 14 de mayo de 2014, 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.

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.- La interesada reclama una indemnización por los daños y perjuicios padecidos tras dos intervenciones de hallux valgus del pie izquierdo. Según la reclamación, imputa al servicio público que en el curso de la primera se le habría “astillado un hueso”, por lo que sufrió intensos dolores e incapacidad, lo que condujo a la necesidad de una segunda operación, reprochando en este caso que se practicó “sin que (...) haya prestado su consentimiento informado”.

A este Consejo no le ofrece ninguna duda la realidad de las dos intervenciones quirúrgicas y la existencia de determinadas secuelas, acreditadas con los informes médicos obrantes en el expediente, sin perjuicio de la valoración que quepa efectuar en el caso de que se concluya que concurren los requisitos legales para una declaración de responsabilidad patrimonial.

Ahora bien, la mera constatación de un daño real, efectivo, individualizado, evaluable económicamente y surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por 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 ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En este caso, la interesada no presenta informe alguno que avale sus imputaciones, por lo que este Consejo ha de resolver en función de los informes técnicos incorporados al expediente por la Administración sanitaria.

El primer informe que aporta la Administración es el denominado informe técnico de evaluación, y su autor propone una "estimación parcial" sin determinar la cuantía concreta. No aprecia ninguno de los dos reproches en que se fundamenta la reclamación (-hueso "astillado" en la primera intervención y ausencia de consentimiento informado en la segunda), sino que plantea la estimación parcial como consecuencia de que tras el empeoramiento clínico que se produce con posterioridad a la primera operación (a la que no atribuye infracción alguna de la *lex artis*) no se habría realizado el oportuno seguimiento de la recidiva -"no se menciona en la (historia) clínica su mala evolución, no se recogen los resultados de los estudios radiológicos que así lo confirman, no se reconoce y se diagnostica específicamente como recidiva del hallux intervenido"-, ni en definitiva esa recidiva "es objeto de un tratamiento quirúrgico adecuado a la evolución del cuadro", por lo que concluye que la situación actual de la paciente "es consecuencia de una praxis clínica en la que se ha omitido el diagnóstico principal y el tratamiento específico del hallux recidivado (...), sin constancia de que finalmente se le haya ofrecido alternativa terapéutica ante la progresión del cuadro y el mal resultado funcional".

En términos similares se pronuncia el informe pericial realizado a instancias de la entidad aseguradora. Tras analizar la historia clínica de la paciente, afirma que con la primera intervención se corrige la desviación inicial de 20 a 10 grados, y que “la corrección se mantiene durante los dos primeros meses para comenzar a reproducirse posteriormente (...). Tanto en la primera como en la segunda intervención se cumplimentó el correspondiente consentimiento informado”. También afirma que, “si bien no hubo infracción de la *lex artis* en la primera intervención, parece que con la segunda no se tomaron todas las acciones posibles para corregir la recidiva de la deformidad”. Concluye que “la atención dispensada en la segunda intervención no es acorde a la *lex artis*”.

A la vista de estos informes, el autor de la propuesta de resolución propone estimar parcialmente la reclamación, al considerar que “no consta que se le hayan ofrecido a la interesada alternativas de tratamiento quirúrgico para la recidiva de un pie, y, si bien no hubo infracción de la *lex artis* en la primera intervención, parece que con la segunda no se tomaron todas las precauciones posibles para corregir la recidiva de la enfermedad”.

En definitiva, la Administración sanitaria no reconoce la existencia de las infracciones denunciadas por la interesada; es decir, no aprecia infracción alguna en la primera de las intervenciones, ni falta de consentimiento informado en la segunda, pero sí advierte una infracción de la *lex artis* en la segunda operación, dado que no se habrían tomado “todas las precauciones posibles para corregir la recidiva de la enfermedad”; infracción de la *lex artis* que la Administración sanitaria aprecia “de oficio” y sobre la que nada hemos de objetar.

SÉPTIMA.- Establecida la responsabilidad patrimonial del servicio público sanitario, debemos pronunciarnos sobre la cuantía indemnizatoria.

La Administración hace suyas las consideraciones de un informe pericial realizado a instancia de la entidad aseguradora que aprecia los siguientes conceptos indemnizatorios: “Secuelas de intervención de hallux valgus (...).

Tiempo de estabilización./ Transcurren 225 días desde la intervención del día 2-10-2013 hasta la reintervención del día 14-05-2014 (...). Secuelas./ Metatarsalgia, con limitaciones funcionales en primer dedo./ Dolor en rodilla derecha./ En lo referente al 2.º dedo en martillo, este podrá estar relacionado con el hallux valgus de la paciente, pero no ser secundario a la intervención realizada". Sobre la cuantificación, y en función del "baremo de tráfico", considera que han de reconocerse 225 días impeditivos, los que transcurren entre ambas intervenciones quirúrgicas, 3 puntos por la metatarsalgia y la limitación funcional del pie (después de rebajar un 50% por la situación previa degenerativa y el "riesgo intrínseco de la cirugía") y 2 puntos por la gonalgia de la rodilla (también al 50%, dado que esta "patología está condicionada en gran medida por el estado anterior"). A ello añade un factor de corrección del 10% por ingresos de la víctima, por lo que concluye que ha de abonarse una indemnización de 18.793,01 €.

Sin embargo, a la vista de la infracción finalmente apreciada, que se relaciona con una incorrecta valoración preoperatoria de la recidiva y acaso con la técnica quirúrgica empleada en la segunda intervención, no parece apropiado reconocer como días impeditivos los que median entre ambas operaciones, dado que ninguno de los informes considera que en la primera de ellas se haya producido una infracción de la *lex artis*. Por ello, o bien se entiende que existió una dilación injustificada en el abordaje de esa recidiva (lo que nos llevaría a estimar una nueva infracción, tampoco alegada por la interesada), o se ha de concluir que no pueden considerarse como días impeditivos los que median entre la primera intervención, a la que no se atribuye infracción alguna de la *lex artis*, y la segunda, realizada para abordar la recidiva. En consecuencia, solo cabría tener en cuenta como días impeditivos los que puedan atribuirse al retraso en el proceso curativo de la segunda intervención que guarden relación causal con la infracción constatada.

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.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos señalados.”

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.