

Expediente Núm. 78/2018
Dictamen Núm. 125/2018

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 14 de junio de 2018, 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 26 de marzo de 2018 -registrada de entrada el día 4 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias, formulada por, por los daños derivados de una cirugía maxilofacial.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 23 de marzo de 2017, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios que atribuye a una cirugía maxilofacial.

Expone que el 19 de marzo de 2016 sufrió “una pérdida de conocimiento con traumatismo facial” y que tras las exploraciones y pruebas oportunas fue diagnosticado de “fractura mandibular”, siendo intervenido quirúrgicamente el 23 de marzo de 2016 por el Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital, que le

realizó un “bloqueo intermaxilar elástico mediante 6 tornillos” que fueron después retirados. Puntualiza que “en esos días estaba haciendo rehabilitación por dolor cervical y mareos tras accidente de tráfico”.

Manifiesta que “la oclusión de mi mandíbula no es igual a la que tenía previamente a la intervención quirúrgica, con las molestias que ello ocasiona, entre otras, durante la alimentación”.

Invoca, sin otra concreción, “errores en la asistencia” y “ausencia o deficiencia del consentimiento informado”, y cuantifica el perjuicio reclamado, en atención a “las secuelas y daños generados (incluidos los morales)”, en ciento cincuenta mil euros (150.000 €).

Como medios de prueba, solicita que se incorpore al expediente copia de su historia clínica obrante en el centro hospitalario y en su centro de Atención Primaria.

Acompaña a su escrito copias del informe de alta del Servicio de Cirugía Maxilofacial, en el que consta el diagnóstico de “fractura mandibular” y la cirugía el día 23 de marzo de 2016 con “bloqueo intermaxilar elástico mediante 6 tornillos (...) logrando su oclusión habitual. Sin complicaciones”, y del de seguimiento del mismo Servicio, de 18 de abril de 2016, en el que se reseña que “es valorado clínico-radiológicamente en la consulta externa cada semana, manteniendo una oclusión estable, similar a la previa”.

2. Con fecha 4 de abril de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. A solicitud del Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, se incorpora al expediente el informe emitido por el Servicio de Cirugía Maxilofacial y una copia de la historia clínica del perjudicado.

En el informe librado por el Jefe del Servicio el 27 de abril de 2017 se indica que el paciente “recibió, se le explicó y firmó un consentimiento informado

para la cirugía de traumatismos faciales”, adjuntándose una copia del mismo. Se añade que “la oclusión se refiere a los dientes, no a la mandíbula, que los cambios sutiles en la oclusión son perfectamente compatibles con las fracturas de los maxilares (el paciente tenía tres focos de fractura en su mandíbula) y que ello figura en el consentimiento informado”. Se aprecia que “el tratamiento que se le practicó es adecuado a su situación, y que tras el mismo fue visto y evaluado en la consulta externa del Servicio en seis ocasiones, en las cuales un especialista acreditado evaluó clínica y radiográficamente la situación. La evolución de las fracturas fue satisfactoria y se dio de alta al paciente constatando la ausencia de repercusión funcional de las lesiones que había sufrido”. En el documento de consentimiento informado firmado por el paciente el 19 de marzo de 2016 se detallan, entre los riesgos típicos de la cirugía maxilofacial, “alteraciones de la articulación de la mandíbula con dolor y/o chasquidos o cambios de la oclusión maxilar”.

4. Mediante oficio de 25 de septiembre de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la compañía aseguradora de la Administración, a solicitud de esta, una copia de las pruebas radiológicas realizadas al paciente antes y después de la operación.

5. Con fecha 16 de octubre de 2017, y a instancia de la entidad aseguradora, emite informe una especialista en Cirugía Maxilofacial. En él pone de relieve que “una vez se recibe a un paciente con fractura mandibular la oclusión previa habitualmente se desconoce”, que puede haber “mínimos cambios oclusales que debido a la precisión sensitiva dental en muchas ocasiones ha de ser el paciente el que los indique” y que en este caso, “tanto en el posoperatorio inmediato como en las sucesivas revisiones”, presenta “una oclusión estable similar a la previa (oclusión habitual). Y durante esos meses no se refleja nunca una advertencia por parte del paciente de que percibe una alteración en la oclusión”.

Se concluye que “el tratamiento (...) realizado no parece incumplir la *lex artis*”, que “el paciente ni en el posoperatorio inmediato ni en las sucesivas

revisiones refiere la alteración oclusal por la que demanda” y que “los cambios oclusales tras una fractura mandibular son una de las consecuencias posibles tras su tratamiento, de hecho se recoge en el consentimiento informado”.

6. Requerido el interesado por el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios para justificar si ha recibido otra indemnización, toda vez que en su escrito inicial manifiesta que al tiempo de la fractura “estaba haciendo rehabilitación por dolor cervical y mareos tras accidente de tráfico”, el reclamante presenta el 13 de diciembre de 2017 un escrito en el que identifica a la compañía aseguradora que le ha indemnizado “por causa de cervicalgia”, adjuntando documentación justificativa del *quantum* resarcitorio (2.167,75 €) en concepto de “60 días de perjuicio básico” y “gastos de asistencia sanitaria” por “accidente de tráfico de fecha 13-01-2016”.

7. Evacuado el trámite de audiencia, el interesado obtiene copia del expediente y presenta, el día 12 de enero de 2018, un escrito de alegaciones en el que deduce indefensión por no disponer del programa informático específico para la lectura del archivo que contiene las pruebas radiológicas practicadas. Indica que sufre “mal oclusión con disfunción temporomandibular que (le) incapacita gravemente para la masticación”, que “no (ha) recibido información sobre las secuelas” que padece y que no se le han proporcionado “alternativas de tratamiento” para ellas, cuantificando ahora el daño reclamado en 100.000 €.

8. Con fecha 23 de enero de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite al interesado “de nuevo el CD” y le comunica que el anterior incluye un “programa para su apertura y correcta visualización”, concediéndole un nuevo plazo para alegaciones.

No consta que se haya presentado escrito alguno.

9. El día 7 de marzo de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, asumiendo el criterio de los peritos preinformantes.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de marzo de 2018, 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.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según 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, de conformidad con 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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), 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 en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 23 de marzo de 2017, por lo que, deducida frente a los daños que suceden a la cirugía realizada el 23 de marzo de 2016, es claro, sin necesidad de acudir a la fecha de estabilización lesional, que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se advierte que el perjudicado interesa en su escrito inicial que se incorpore al expediente una copia de su historia clínica obrante en el centro de Atención Primaria, y no solo la hospitalaria. De la omisión de aquella cabe deducir, implícitamente, que el instructor del procedimiento estima que carece de relevancia para pronunciarse sobre la pretensión deducida, y el reclamante nada manifiesta al respecto en los sucesivos trámites de audiencia. Ahora bien, el artículo 77.3 de la LPAC dispone que el instructor “sólo podrá rechazar las pruebas propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, mediante resolución motivada”, por lo que procede que la resolución que ponga fin al procedimiento en vía

administrativa explicita las razones que han conducido a la Administración a prescindir de aquel material probatorio, en aras de la ineludible preservación del principio de contradicción y del derecho de defensa del interesado. 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.

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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la Ley 39/2015.

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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. 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 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo 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.- Reclama el interesado el resarcimiento del daño derivado de una alteración en la oclusión que le produce dolor y dificultades para masticar y que considera consecuencia de una cirugía maxilofacial o de su seguimiento posoperatorio, pues aduce genéricamente “errores en la asistencia” y “ausencia o deficiencia del consentimiento informado”.

La Administración asume la realidad de un daño, y ha de considerarse acreditado bajo las premisa de apreciación conjunta de la prueba, toda vez que los “cambios de la oclusión maxilar” se recogen entre los riesgos típicos de la cirugía a la que el paciente se somete, y los facultativos informantes corroboran que los cambios oclusales tras una fractura mandibular “son una de las consecuencias posibles tras su tratamiento”, razonando el especialista que informa a instancias de la compañía aseguradora que “una vez se recibe a un paciente con fractura mandibular la oclusión previa habitualmente se desconoce”

y que puede haber “mínimos cambios oclusales que debido a la precisión sensitiva dental en muchas ocasiones ha de ser el paciente el que los indique”. De ello se deduce que la dolencia no es extraña al curso natural de la fractura por la que se trata al reclamante, quedando de manifiesto una dificultad probatoria que ha de dispensar a este de la carga de aportar otros elementos que objetiven la patología que invoca.

Ahora bien, la mera constatación de un perjuicio 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 el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de

sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. También hemos de señalar 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 supuesto planteado no hay siquiera indicio de una mala praxis médica. El interesado se limita a invocar genéricamente "errores en la asistencia" y "ausencia o deficiencia del consentimiento informado", sin identificar un concreto acto médico ni argumentar incumplimiento alguno de la *lex artis*. Frente a esas vagas manifestaciones, desprovistas de sustrato pericial, todos los técnicos que informan en el presente procedimiento estiman que la actuación de los servicios sanitarios fue adecuada. Así, en el informe librado por el Jefe del Servicio de Cirugía Maxilofacial se constata que "los cambios sutiles en la oclusión son perfectamente compatibles con las fracturas de los maxilares (el paciente tenía tres focos de fractura en su mandíbula) y que ello figura en el consentimiento informado", razonándose que "el tratamiento que se le practicó es adecuado a su situación, y que tras el mismo fue visto y evaluado en la consulta externa del Servicio en seis ocasiones (...) constatando la ausencia de repercusión funcional de las lesiones". En el informe que libra un especialista en Cirugía Maxilofacial a instancias de la entidad aseguradora se concluye igualmente que "el tratamiento (...) realizado no parece incumplir la *lex artis*", que "el paciente ni en el posoperatorio inmediato ni en las sucesivas revisiones refiere la alteración oclusal por la que demanda" y que "los cambios oclusales tras una fractura mandibular son una de las consecuencias posibles tras su tratamiento, de hecho se recoge en el consentimiento informado". El técnico que rubrica la propuesta de resolución acoge este mismo criterio, y en el documento de consentimiento informado firmado por el paciente se detallan, entre los riesgos típicos de la cirugía maxilofacial, "alteraciones de la articulación de la mandíbula con dolor y/o chasquidos o cambios de la oclusión maxilar".

En definitiva, del análisis del expediente en su conjunto no resulta acreditada ninguna actuación de los profesionales sanitarios contraria al buen quehacer médico, revelándose que las secuelas del paciente son consecuencia de su patología de base y que prestó su consentimiento a la cirugía con conocimiento del riesgo que se materializó, sin que quepa suplantar el parámetro de la *lex artis* por el de una obligación de resultado.

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.