

Expediente Núm. 223/2018
Dictamen Núm. 217/2018

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 4 de octubre 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 3 de septiembre de 2018 -registrada de entrada el día 5 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de una intervención quirúrgica de *hallus valgus*.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 26 de febrero de 2018, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de una intervención quirúrgica de *hallus valgus*.

Señala que debido a la “lista de espera” de los servicios públicos el día 22 de marzo de 2016 fue intervenida en un centro médico privado. Tras reseñar las revisiones efectuadas en dicho centro, afirma que “al poco tiempo empieza

a sentir molestias” y que el 13 de septiembre de 2016 es examinada en su centro de salud, siendo derivada a los servicios hospitalarios públicos, donde el 2 de noviembre de 2016 se aprecia “pie plano, un *hallus valgus*, buena movilidad metatarsal, no hiperqueratosis plantar, cicatriz de cirugía percutánea dolorosa a la palpación”.

Indica que, evaluada “por la Evi, es dada de alta (...) para reincorporarse a su trabajo habitual”, y que “el 21-01-2017 (...) fue valorada por parte del S. de Neurología” del Hospital “X”, objetivándose “una debilidad de su MII de predominio proximal fundamentalmente en la musculatura extensora de cadera y rodilla izda., así como debilidad”.

Afirma que “el resultado final de todo ello es que (...) como consecuencia de la intervención quirúrgica (...) se encuentra en la misma situación, dolores e impedimentos que antes de haberse sometido a (la) cirugía, con el agravante de que (...) no es posible volver a intentar corregir la dolencia”, y que “por lo tanto no se han obtenido ni (la) más mínima de las mejoras esperadas, ni cubierto las expectativas que le son propias”.

Valora el daño físico padecido, incluidos los días invertidos en la curación, en 40.359,62 €, a los que añade, como daño moral, “dolores y limitaciones que ha de tener para toda su vida”, en 10.000 €, lo que supone una indemnización total de cincuenta mil trescientos cincuenta y nueve euros con sesenta y dos céntimos (50.359,62 €).

Propone prueba “documental, a fin de que se unan (...) los documentos que se adjuntan al presente escrito, junto con el historial clínico (...) que desde este momento se reclama”.

Aporta un informe de una clínica privada sobre valoración del daño corporal, fechado el 6 de febrero de 2018.

2. Mediante oficio de 2 de marzo de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios remite a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias una copia de la reclamación presentada.

3. Con fecha 9 de marzo de 2018, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita al centro privado donde se realizó la intervención un informe sobre si la paciente fue derivada al mismo por el Servicio de Salud del Principado de Asturias y la vinculación laboral del personal que la atendió, así como una copia de la historia clínica y un informe del Servicio de Traumatología sobre el concreto contenido de la reclamación.

4. El día 26 de marzo de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la interesada 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.

5. Mediante escrito de 26 de marzo de 2018, el Director Médico del centro privado traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la información solicitada.

6. El día 6 de abril de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas envía a la correduría de seguros una copia del expediente en tramitación.

Con fecha 16 de abril de 2018, y a instancia de la entidad aseguradora del Principado de Asturias, emiten informe colegiado una especialista en Medicina Legal y Forense y una master en Valoración del Daño Corporal y diplomada en Medicina del Seguro.

7. Mediante escrito notificado a la interesada el 13 de junio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de 15 días.

La perjudicada comparece en las dependencias administrativas el 26 de ese mes y obtiene una copia en CD del expediente tramitado. Ese mismo día otorga poder de representación a favor de una letrada.

8. Con fecha 5 de julio de 2018, la representante de la perjudicada presenta un escrito de alegaciones en el que destaca que el informe pericial que adjuntó aquella a su escrito inicial se realizó tras “la revisión médica personal” de la paciente, y que el aportado por la compañía aseguradora de la Administración se limitó a una valoración de los documentos clínicos “pero sin valoración personal”, por lo que “dicha pericia ha de ser cuestionada”.

Finaliza reiterando el relato y las peticiones recogidas en la reclamación.

9. El día 16 de julio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella argumenta, sobre la base de los informes incorporados al expediente, que “se ha materializado un riesgo típico descrito en el consentimiento informado y por ello conocido y asumido por la reclamante (...). Por otra parte, es evidente que la patología lumbar neurológica que el escrito inicial pretende imputar a un resultado de la cirugía no guarda relación alguna con la misma”.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de septiembre 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 de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del

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

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), 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, 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.- 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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante 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 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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la Ley 39/2015.

CUARTA.- 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 “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 concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) que la acción se ejercite en plazo; b) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; c) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y d) que no sea producto de fuerza mayor.

QUINTA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 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”.

Según el propio relato de hechos que efectúa la interesada, la última revisión de la intervención quirúrgica en el hospital privado tiene lugar el día 13 de junio de 2016, y posteriormente al “sentir molestias” acude a los servicios públicos con fecha 13 de septiembre de 2016, siendo “derivada al S. de Traumatología del Hospital ‘Y’” el 2 de noviembre de 2016. Señala que “tras ser evaluada por la Evi es dada de alta en fecha 21-03-2017 para reincorporarse a su trabajo habitual”, añadiendo que “el 21-01-2017 (...) fue valorada por parte del S. de Neurología” del Hospital “X”, donde “se objetiva una debilidad de su MII de predominio proximal fundamentalmente en la musculatura extensora de cadera y rodilla izda., así como debilidad”. Finalmente reseña que “con fecha 01-06-2016 se determina el daño neurológico causado por la intervención quirúrgica, y el alta en el Servicio y derivación a la Unidad del Dolor se produce en fecha 14-02-2017, por lo que

estamos dentro del año previsto legalmente para iniciar la presente reclamación”.

Pues bien, a la vista de ese relato, hemos de llegar a la conclusión de que la reclamación ha sido presentada cuando ya había transcurrido el plazo de un año legalmente determinado. En efecto, habiéndose formulado esta el día 26 de febrero de 2018, incluso tomando en consideración la última de las fechas citadas es evidente que había transcurrido el plazo de un año de prescripción. Pero, además, la propuesta de resolución afirma “que la patología lumbar neurológica que el escrito inicial pretende imputar a un resultado de la cirugía no guarda relación alguna con la misma”; consideración que este Consejo Consultivo comparte a la vista de los informes incorporados al expediente. Así las cosas, la última asistencia en relación con la patología por la que reclama la perjudicada tuvo lugar -según ella refiere- el día 2 de noviembre de 2016, y en la misma -a tenor del informe médico privado que aporta- se aprecia “un pie plano ya conocido, un *hallus valgus*, buena movilidad metatarsofalángica, no hiperqueratosis plantar, cicatriz de cirugía percutánea dolorosa a la palpación”, precisándose en dicho informe que la traumatóloga del Hospital “Y” “considera que una nueva cirugía podría no ser beneficiosa, o incluso empeorar la situación”.

En definitiva, en la revisión del 2 de noviembre de 2016 se constatan las secuelas de la intervención; es decir, los daños por los que ahora se reclama (“se encuentra en la misma situación, dolores e impedimentos que antes de haberse sometido a cirugía”). Incluso en esa misma asistencia se desaconseja una nueva intervención, por lo que también el daño al que se refiere como “agravante de que (...) no es posible volver a intentar corregir la dolencia” fue conocido en tal fecha, por lo que hemos de considerarla como *dies a quo* del cómputo del plazo para reclamar.

Dado que -como hemos expuesto- la reclamación se presenta el 26 de febrero de 2018, es claro que fue formulada una vez transcurrido del plazo de un año legalmente determinado, lo que conduce a su desestimación.

En cualquier caso, aunque no resultase extemporánea el sentido de nuestro dictamen no se vería alterado.

A la vista de los distintos informes incorporados al procedimiento, resulta acreditado que la interesada sufrió una recidiva del *hallus valgus* intervenido y que se desaconseja una nueva operación, por lo que -según sus propias palabras- “se encuentra en la misma situación, dolores e impedimentos que antes de haberse sometido a cirugía, con el agravante de que (...) no es posible volver a intentar corregir la dolencia”.

Ahora bien, constatada la existencia del daño que la perjudicada imputa, ello no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que aquel resulta antijurídico, y ello es así porque a tenor de lo dispuesto en el artículo 34.1 de la LRJSP “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar”.

En este punto, hemos de destacar que el informe privado que aporta la interesada afirma desconocer el consentimiento informado “que firmó” sobre esta intervención quirúrgica en el centro privado, pero en lo relativo al suscrito en la sanidad pública sostiene que “no parece que la situación existente en el momento actual se ajuste a alguna de las posibles complicaciones que vienen referidas” en el mismo.

Consta en el expediente el consentimiento informado remitido por el centro privado en el que se recogen como riesgos típicos, entre otros los de “recidiva de la deformidad” y “acortamiento del primer dedo”. Sin embargo, la copia que se incorpora al expediente parece incompleta, y desde luego en ella no figura la firma de la interesada, por lo que resulta ineficaz a los efectos que le son propios. No obstante, sí consta debidamente firmado por la interesada y por el facultativo que le informa el consentimiento informado que previamente había suscrito ante los servicios de la sanidad pública el día 26 de octubre de 2015, en el que se reflejan, entre otras complicaciones, el “acortamiento de los dedos intervenidos, que puede acompañarse de dificultad para su movilización”, y la “reaparición de la deformidad con el tiempo (...), cicatriz de la operación

dolorosa y antiestética”, precisándose que “tras la cirugía puede presentar dolor que se prolongue durante semanas, meses o hacerse permanente”.

En definitiva, no habiéndose probado infracción alguna de la *lex artis* en el proceso asistencial (lo que ni siquiera se alega), la materialización de un riesgo típico, contemplado como tal en el consentimiento informado que suscribió la interesada con carácter previo a la intervención quirúrgica, conduce a considerar que el daño producido no resulta antijurídico, por lo que no existe responsabilidad patrimonial.

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.