

Expediente Núm. 232/2018
Dictamen Núm. 226/2018

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

Secretario General Adjunto:
Mier González, Manuel Eduardo

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 11 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 una fractura conminuta de húmero.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 24 de noviembre de 2017, una letrada, en nombre y representación de la interesada, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio de Salud del Principado de Asturias por los daños y perjuicios derivados de una intervención quirúrgica de fractura conminuta de húmero.

Señala que fue operada en el Hospital con fecha 18 de octubre de 2011 de una fractura de húmero derecho, siendo dada de alta el 24 del mismo

mes, y que el 16 de diciembre de 2013 vuelve a ingresar para una cirugía programada por necrosis posfractura, siendo alta el 23 de ese mes. Refiere, a continuación, que el 20 de octubre de 2014 ingresa nuevamente para someterse a una intervención quirúrgica de la misma fractura, y que tras ella “acude en innumerables ocasiones a su médico de cabecera con intensos dolores sin que la derive al especialista, sin pautarle rehabilitación, ni prueba diagnóstica alguna, ni tan siquiera un examen físico. Solamente le indica que ha de tomar antiinflamatorios, hasta que es citada para una revisión el día 4 de octubre de 2017 en la que se le diagnostica una atrofia muscular intensa de cintura escapular con gran déficit de movilidad en antepulsión, adducción y rotaciones, quedando pendiente de nueva consulta para contemplar nueva opción quirúrgica”.

Añade que “tampoco consta el consentimiento informado de las intervenciones efectuadas, dado que a (la interesada) no se le informó de las graves consecuencias de las operaciones (...) ni de las opciones quirúrgicas que existían”.

Solicita una indemnización de ciento ochenta mil seiscientos veintidós euros con sesenta y cuatro céntimos (180.622,64 €), conforme a la “Resolución de 20 de enero de 2011 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones”, por los conceptos de días hospitalarios, días improductivos, días no improductivos, secuelas y daño moral.

No obstante el tenor del encabezamiento, el escrito de reclamación aparece firmado, junto con la abogada, por la propia interesada.

Adjunta a su reclamación los siguientes documentos: a) Designación de la letrada en un procedimiento de asistencia jurídica gratuita. b) Fotocopia del documento nacional de identidad de la interesada. c) Seis fotografías de la perjudicada. d) Informe de placa de tórax de 16 de octubre de 2011. e) Informe de intervención quirúrgica de fractura de húmero de 24 de octubre de 2011. f) Informe de colonoscopia de 24 de julio de 2012. g) Informe de placa de senos paranasales de 20 de septiembre de 2013. h) Informe de placa de tórax de 13 de noviembre de 2013. i) Informe de alta de enfermería de 21 de diciembre de

2013. j) Informe clínico de alta del Hospital de 23 de diciembre de 2013. k) Informe de ecografía de 17 de junio de 2014. l) Informe de placa de tórax de 29 de septiembre de 2014. m) Informe clínico de alta de 24 de octubre de 2014. n) Alta de enfermería. ñ) Alta de hospitalización de 24 de octubre de 2014. o) Informe de placas de columna y pelvis de 21 de abril de 2015. p) Informe de consulta externa del Hospital de 4 de octubre de 2017. q) Informe de placas de abdomen y de rodilla de 5 de septiembre de 2017. r) Informe de placa de tórax de 8 de noviembre de 2017. s) Informe de salud de 17 de noviembre de 2017.

2. Con fecha 18 de diciembre 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica a la representante de la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Mediante escrito de 23 de enero de 2018, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto solicita a la Gerencia del Área Sanitaria V una copia de la historia clínica de la perjudicada, así como los informes de Atención Primaria de la paciente y del Servicio de Traumatología sobre el concreto contenido de la reclamación.

4. El día de 18 de mayo de 2017, el Gerente del Área Sanitaria V remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la información solicitada.

5. Con fecha 10 de mayo de 2018, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios solicita a la Gerencia del Área Sanitaria V una copia "del documento de consentimiento informado que, según consta anotado en la historia clínica, firmó la paciente para la intervención efectuada el 18 de octubre de 2011".

El día 18 del mismo mes, el Gerente del Área Sanitaria V envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios un informe del Jefe de la Sección

de Facturación a Terceros e Historia Clínica en el que se indica que “revisada la totalidad de la historia clínica (...) no se encuentra en la misma el documento que nos solicita”. Acompaña los documentos firmados el 17 de octubre de 2011 de “consentimiento para anestesia general” y “consentimiento para anestesia loco-regional”.

6. El día 19 de abril de 2018, a instancia de la entidad aseguradora del Principado de Asturias, emiten informe colegiado una especialista en Medicina Legal y Forense y otra Master en Valoración del Daño Corporal y Diplomada en Medicina del Seguro.

7. Con fecha 1 de junio de 2018, un representante de la entidad aseguradora del Principado de Asturias presenta un escrito de alegaciones en el que insta la desestimación “por extemporaneidad de la reclamación presentada”.

8. Mediante escrito notificado a la representante de la perjudicada el 12 de junio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

9. El día 2 de julio de 2018, la interesada examina el expediente y obtiene una copia del mismo en formato CD. El 3 de julio de 2018, presenta un escrito de alegaciones en el que reitera la mala praxis, “puesto que las intervenciones quirúrgicas a las que fue sometida (...) no fueron satisfactorias”, y una “falta de diligencia del personal facultativo” que “ocasionó una notoria agravación de la patología al no haberse realizado con éxito” las operaciones. Afirma que “es claro que existe un retraso inaceptable desde que se realiza la segunda cirugía (24 de octubre de 2014) hasta el momento en el que se realiza el diagnóstico correcto (4 de octubre de 2017)”.

10. El día 13 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 “la última asistencia en el centro de salud por el proceso traumatológico fue el 24 de octubre de 2014, no recibiendo más asistencia, por lo que evidentemente la reclamación ha sido presentada extemporáneamente”.

En cuanto al fondo, recoge las afirmaciones de la interesada en el sentido de que “acudió en innumerables ocasiones a su médico de cabecera” sin recibir tratamiento alguno. Señala la propuesta de resolución que tal aseveración “es totalmente errónea”, y con apoyo en la historia clínica concluye que acudió al centro de salud por última vez “el 04-11-2014. Desde entonces (...) no vuelve al centro de salud hasta el 2017. No constan visitas posteriores a su médico de familia hasta la fecha de solicitud de informe al (Servicio de Salud del Principado de Asturias) el 17-11-2017”.

Considera que toda la asistencia prestada lo fue conforme a la *lex artis* y que la paciente ha sido informada en todo momento de las alternativas y de los riesgos. Se trataba de una fractura compleja que tras la primera cirugía presentó una complicación tardía vinculada a una alteración del riego sanguíneo intraóseo, sin relación con la técnica quirúrgica empleada. La mala evolución era previsible por las propias características de la paciente, con una “osteoporosis marcada”, por lo que su situación actual se debe a esa mala evolución y no a la mala praxis.

11. 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, cuya copia adverada adjunta 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, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

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 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 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 relato de hechos que realiza la propia interesada, como consecuencia de una caída sufrió tres intervenciones quirúrgicas en el húmero derecho: la primera el día 18 de octubre de 2011, y ante su mala evolución se sometió a una segunda el 17 de diciembre de 2013 (por necrosis avascular) y a una tercera el 14 de octubre de 2014 (de recambio de la prótesis por luxación). Según afirma, tras esta última “acude en innumerables ocasiones a su médico de cabecera con intensos dolores, sin que la derive al especialista, sin pautarle rehabilitación, ni prueba diagnóstica alguna, ni tan siquiera un examen físico. Solamente le indica que ha de tomar antiinflamatorios, hasta que es citada para una revisión el día 4 de octubre de 2017 en la que se le diagnostica una atrofia muscular intensa de cintura escapular, con gran déficit de movilidad”.

Tanto la compañía aseguradora de la Administración como el autor de la propuesta de resolución cuestionan la última parte de este relato, y ponen de manifiesto que la reclamante acudió a su centro de salud (“médico de cabecera”) el día 4 de noviembre de 2014 para realizar controles y quitar los puntos, sin que

consten visitas posteriores hasta que solicita un informe sobre la situación del hombro en octubre de 2017.

En efecto, de los datos de la historia clínica del centro de salud que obran en el expediente se desprende que entre los días 3 y 4 de noviembre de 2014 se le retiran todos los puntos de la última intervención quirúrgica, sin que se reflejen otras asistencias entre esa fecha y mayo de 2017; mes en el que se anotan consultas por dolor abdominal y eczema intertrigo. En definitiva, desde la retirada de los puntos de la última de las intervenciones no consta solicitud alguna de asistencia en los servicios sanitarios públicos por la patología objeto de reclamación hasta que, en consultas externas del Servicio de Traumatología, se le realiza una exploración y se le informa, el día 4 de octubre de 2017, de la atrofia y el gran déficit de movilidad de la articulación. También recoge el informe que el especialista le explica las “limitaciones de mejora” de una nueva opción quirúrgica (folio 16).

En este caso, aunque los motivos de la reclamación resultan vagos e imprecisos, lo cierto es que cuestiona las tres operaciones a las que fue sometida -“las intervenciones quirúrgicas (...) no fueron satisfactorias”-, así como la falta de atención en el centro de salud, donde -según expone- no habrían atendido sus quejas y requerimientos de atención -“sin que la derive al especialista, sin pautarle rehabilitación, ni prueba diagnóstica alguna, ni tan siquiera un examen físico”-. Pues bien, teniendo en cuenta la fecha del alta de la última de las intervenciones quirúrgicas (24 de octubre de 2014), y de la última asistencia prestada en el centro de salud en relación con la patología objeto de dictamen (4 de noviembre de 2014), dado que la reclamación se formula el 24 de noviembre de 2017, resulta forzoso concluir que ha sido presentada una vez sobrepasado el plazo de prescripción de un año legalmente determinado, lo implica su desestimación. No cabe considerar como *dies a quo* del cómputo del plazo de reclamación -como parece entender la interesada- la fecha del informe elaborado en consultas externas por el Servicio de Traumatología (4 de octubre de 2017), toda vez que este se realiza a solicitud de la misma y cuando ya habían transcurridos 3 años desde la fecha de la última asistencia acreditada. Lo

contrario significaría dejar a la entera disposición de la perjudicada la determinación del plazo durante el cual puede presentarse la reclamación mediante el simple artificio de instar una nueva valoración médica sobre procesos y secuelas ya determinados que le permitiese obviar la prescripción sin límite alguno.

En definitiva, este Consejo considera, en el mismo sentido que hace la propuesta de resolución, que la reclamación se encuentra prescrita.

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.