

Expediente Núm. 305/2018
Dictamen Núm. 37/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 6 de febrero de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 30 de noviembre de 2018 -registrada de entrada el día 13 de diciembre siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que atribuye a un deficiente tratamiento de una hernia inguinal.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 12 de marzo de 2018, el interesado presenta en una oficina de correos de Gijón una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que atribuye a un deficiente tratamiento de una hernia inguinal.

Señala que acude a la consulta de Cirugía General el 18 de noviembre de 2014, y que el 13 de enero siguiente se solicita su inclusión “en lista de espera

para intervención quirúrgica, propuesta con un grado de urgencia normal cuando mi estado general empezaba a ser agudo”.

Refiere que se le cita en el Servicio de Anestesia el 9 de junio de 2015, y que al transcurrir más de tres meses sin que se practicase la intervención presenta una reclamación, siendo citado el 18 de noviembre de 2015 “para nueva prueba de anestesia”.

Indica que el 4 de diciembre de 2015 se le “opera de la hernia inguinal; no obstante soy (...) reintervenido el 6-12-2015 sin saber los motivos (...), entendiendo que el sistema laparoscopia utilizado (...) no fue el adecuado dado el tamaño gigante que presentaba la hernia y no haber tenido en cuenta el estado general (...), tras lo cual soy ingresado en la UCI y cuando se me da de alta en este Servicio ya salgo con bolsa (colostomía)./ En febrero de 2016 ingreso a través del Servicio de Urgencias (...) por problemas de la colostomía, mejoro y soy dado de alta hospitalaria”.

Manifiesta haber presentado reclamación “ante el Servicio de Atención del Ciudadano alegando sufrimiento y deterioro físico con riesgo para su vida, pues no podía ni siquiera acatarrarme”, y es “reintervenido (...) el día 23 de noviembre de 2016 para la reconstrucción del tránsito”.

Reprocha al servicio público que “desde la operación del 6-12-2015 (...) a fecha de la última operación de reconstrucción, el 23-11-2016, transcurrió un año durante el cual sufrí dolores, imposibilidad de llevar vida normal (...) y, aunque entiendo la espera de unos meses (...), no entiendo la espera de un año de sufrimiento y riesgo para mi vida”. Afirma que en la actualidad la hernia volvió a reproducirse y que “con ella” convive.

Tras relatar una serie de antecedentes médicos, reseña que los “padecimientos relativos a la hernia inguinal se inician en el año 2001”, y que “cuando se agravan y se inician las consultas es en el año 2014.

Considera que “la colostomía por sí es una complicación, y ello sin duda por el retraso en la lista de espera para la operación. Sufrí una espera por encima de lo normal dadas mis dolencias./ No se me explica ni se pactó conmigo ninguna espera, ni estaba prevista la complicación”.

Solicita una indemnización de ciento nueve mil seiscientos ochenta y ocho euros con treinta y seis céntimos (109.688,36 €) como consecuencia de los días de incapacidad temporal (hospitalarios, improductivos y no improductivos) y 53 puntos de secuelas por hernia inguinal, colostomía, algias y marcha claudicante.

Como prueba, solicita que se incorpore al expediente una "copia íntegra del historial médico", y que "se aporte (...), dándoseme razón de ello, el seguro/s de responsabilidad civil que pueda ser objeto de cobertura de esta indemnización".

Junto con la reclamación presenta los siguientes documentos: a) Volante de citación para el 18 de noviembre de 2014. b) Solicitud de inclusión en lista de espera para la operación de 13 de enero de 2015. c) Informe de valoración preanestésica de 9 de junio de 2015. d) Reclamación de 10 de noviembre de 2015. e) Citación para prueba preanestésica el 18 de noviembre de 2015. f) Reclamación de 6 de septiembre de 2016. g) Informe del Servicio de Cirugía General y Digestiva en el que consta el alta hospitalaria el 2 de diciembre de 2016. h) Escrito del Servicio de Salud del Principado de Asturias sobre su reclamación. j) Resolución del Director Provincial de Asturias del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 14 de marzo de 2017, por la que se le da al paciente el alta médica de su incapacidad temporal.

2. Con fecha 15 de febrero de 2018, la Gerente del Área Sanitaria V comunica a la Consejería de Sanidad la decisión de la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita de reconocer tal derecho al interesado en este procedimiento.

3. Mediante oficio de 23 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.

4. El día 16 de abril de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica 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.

Con fecha 20 del mismo mes, le comunica el nombre de la compañía aseguradora del Principado de Asturias.

5. Mediante escrito de 22 de mayo de 2018, el Gerente del Área Sanitaria V remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la historia clínica del paciente y el informe elaborado por el Jefe del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo del hospital que le atendió.

En el informe, emitido el 16 de mayo de 2018, se señala que “es valorado en consulta externa de Cirugía General con fecha 13 de enero de 2015” y que se le propone cirugía, que el paciente acepta. Intervenido el 4 de diciembre de 2015, “se objetiva gran hernia inguino escrotal incarcerada con colon sigmoides en su interior (colon que presenta enfermedad diverticular con signos inflamatorios). Se realiza reparación de su hernia inguinal y resección de sigma./ Con fecha 6 de diciembre, por complicación posoperatoria, es reintervenido (...). Se realiza colostomía. Evolución posterior satisfactoria, por lo que es dado de alta./ Con fecha 31 de marzo de 2016 se incluye en lista de espera (...) para cierre colostomía”; operación que se lleva a cabo el 23 de noviembre de 2016. Con fecha “20 de diciembre de 2016 es valorado en consulta. Presenta hernia inguinal recidivada. Se aconseja intervención pero el paciente prefiere esperar”. Tras consulta el 24 de febrero de 2017 se incluye en lista de espera e ingresa “para intervención el 12 de junio de 2017. Decide alta voluntaria”.

6. El día 31 de mayo 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 31 de julio de 2018, y a instancia de la entidad aseguradora del Principado de Asturias, emiten informe colegiado dos licenciadas en Medicina y Cirugía, una de ellas especialista en Medicina Legal y Forense y otra

máster en Valoración del Daño Corporal y diplomada en Medicina del Seguro. En él reseñan que el 13 de enero de 2015 el paciente es incluido en lista de espera para la intervención quirúrgica, siendo valorado por el Servicio de Anestesia el 9 de junio de 2015. Tras presentar una queja por la demora, el 4 de diciembre de 2015 “se realiza hernioplastia de hernia inguino escrotal izquierda (...) con pérdida de domicilio mediante anestesia general por laparoscopia (...). A las 24 h de la intervención presenta deterioro hemodinámico con aumento de parámetros de sepsis, se decide reintervención urgente” y se objetiva “isquemia de la anastomosis”. Tras su paso por UCI, “donde permanece hasta el 14-12-2015”, es alta el 29 de ese mes “para seguir controles ambulatorios en el Servicio de Cirugía”. Precisan que para la reconstrucción del tránsito se incluye en lista de espera el 31 de marzo de 2016, realizándose la intervención el 23 de noviembre de 2016. No presenta complicaciones y es alta el 2 de diciembre de 2016. Añaden que “el paciente presenta recidiva de la hernia. Es reintervenido el 12-06-2017 sin incidencias”.

Con base en ello, consideran que “se trata de un paciente con una hernia (...) de años de evolución, patología quirúrgica que no precisa de intervención urgente sin existir complicaciones. El retraso en una intervención programada no supone un empeoramiento ni un mayor número de complicaciones quirúrgicas./ Se realizó hernioplastia laparoscópica, ya que el paciente no presentaba ninguna contraindicación (...) y esta técnica ofrece ventajas”, pues “es mínimamente invasiva y permite una recuperación más rápida”.

Sobre las listas de espera, señalan que se trata de “una realidad social y el tiempo de demora (...) depende de múltiples factores socio-económicos. A pesar de ser un inconveniente para el usuario, en este caso no ha supuesto detrimento ni empeoramiento de la patología existente”.

Concluyen que sufrió “complicaciones quirúrgicas recogidas en el consentimiento informado. El manejo de las mismas fue correcto y adecuado (...). La recidiva de la hernia que presentó (...), aunque poco frecuente, se encuentra contemplada en el consentimiento informado”, por lo que “correspondería desestimar la reclamación”.

7. Mediante escrito notificado al interesado el 13 de octubre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de 15 días.

El perjudicado comparece en las dependencias administrativas el 17 del mismo mes y se le entrega un CD que contiene una copia del expediente.

8. Con fecha 5 de noviembre de 2018, el reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que reitera los hechos ya puestos de manifiesto sobre los sucesivos retrasos en la operación. También señala que en el trámite de firma del consentimiento informado (con ocasión de la valoración del preoperatorio el 18 de noviembre de 2015) se le impuso la firma del consentimiento para anestesia general cuando él solo pretendía consentir para anestesia local, por lo que -afirma- "después de dos años de espera tuve que firmar lo que no quería firmar".

Insiste en que se encontró "durante casi un año más supeditado a la colostomía sin poder llevar una vida mínimamente normal", que se dejó "perder un preoperatorio", que desde el diagnóstico de "hernia gigante hasta la intervención quirúrgica pasó más de un año" y que "durante ese tiempo la hernia se complicó, `incarceración´. No se podía reducir, como consta en el informe del cirujano en diciembre de 2015 (...). Complicación que no consta en los informes de final de 2014 y principios de 2015". Sostiene que "operar una hernia gigante no complicada tiene menos riesgos que operar una hernia complicada `incarcerada´, o dicho de otro modo, durante ese tiempo se complicó. Pasó de hernia inguinal gigante a hernia inguinal gigante incarcerada. No habría sucedido si se hubiera operado antes". Añade que "el doctor (...) entró a operarme sin tener un conocimiento de mi situación. De ese desconocimiento vinieron las consecuencias de una muy mala praxis médica".

Subraya que el doctor que le va a reconocer a la habitación antes de la segunda intervención quirúrgica no es el mismo que lo va a operar, y se pregunta la razón de ello, y también "por qué se le tiene un año sufriendo y

padeciendo” si se podría haber reconstruido el tránsito “en tres meses”, poniendo de relieve que la fiscalía debería investigar por qué se pagan por la Seguridad Social “ciertos productos (...) que alguien vende, que alguien cobra comisión, que alguien muere con la bolsa puesta, por una tonta complicación como un simple catarro”.

Sobre el informe pericial aportado por la compañía aseguradora, señala que “miente” cuando afirma que la intervención fue programada, dado que lo fue “ante la presión de mis protestas justas y razonables. Y por la presión de los medios de comunicación que comenzaron a publicar que el hospital mantenía plantas cerradas mientras las personas como yo sufrían y algunas morían”. También resalta que “es indignante que sin el consentimiento del paciente se hayan entregado mis datos médicos y personales a una empresa de Barcelona; datos que en reiteradas ocasiones solicité personalmente y nunca se me dieron conforme los había solicitado”.

Asegura a continuación que “si hubiese sido atendido dentro de los parámetros normales la hernia no se hubiera convertido en gigante, no se hubiera complicado la primera intervención quirúrgica, es decir la practicada el día 4-12-2015, y se hubiera evitado la reintervención urgente a las 24 horas, la colostomía y la entrada en la UCI y la intervención quirúrgica para el cierre de la colostomía”.

Sobre los consentimientos suscritos afirma que “no fue un consentimiento informado y válido, es un firmas o ahí te quedas y mueres (...). La información (...) es general a toda intervención, aun cuando se especifique en la primera intervención que el diagnóstico probable es ‘abdomen agudo’ (...) y tras la segunda intervención quirúrgica (...), pero (...) dicha información no es adecuada al paciente, solo comprende el diagnóstico, pero no el pronóstico, las consecuencias y riesgos que pudieran corresponder a la situación clínica” del mismo.

Concluye que en la actualidad “presenta recidiva de la hernia”, y acota con el resultado de un informe médico de 24 de octubre de 2018 en el que se consigna que “se aprecia una hernia-eventración en fosa ilíaca izquierda”.

Junto con las alegaciones presenta, entre otros, los siguientes documentos: a) Informe médico privado de 24 de octubre de 2018. b) Fotografías de periódicos de 3 de noviembre de 2016 en las que se denuncia el cierre de algunas plantas del hospital donde fue intervenido. c) Reclamación de 4 de octubre de 2016, a la que acompaña fotos de su estado físico, considerando “muy extraño que estos documentos no figuren en el historial médico que se me ha entregado”.

9. El día 9 de noviembre 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 estancia en la lista de espera no ocasionó una evolución patológica negativa al paciente, o que no fuera incluido en el grupo que le correspondiese por tal circunstancia. Las complicaciones están recogidas en el documento de consentimiento informado”, en el que “ya se contempla la posibilidad de modificarse el procedimiento quirúrgico en función de los hallazgos”.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de noviembre 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 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 tanto que 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 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 del servicio afectado, 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”. En el supuesto examinado la reclamación se presenta con fecha 12 de marzo de 2018 instándose el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia del complejo tratamiento de una hernia inguinal que se inicia con una cirugía el 4 de diciembre de 2015 y cuyo último acto médico consiste en la valoración de una recidiva en consulta el día 20 de diciembre de 2016, en la que, tal y como informa el Servicio responsable, “se aconseja intervención pero el paciente prefiere esperar”. Aunque posteriormente el interesado acude el 24 de febrero de 2017 solicitando la operación de esa hernia recidivada, e incluso ingresa para su tratamiento quirúrgico el 12 de junio de 2017, finalmente renuncia a su práctica y, según el propio Servicio, “decide alta voluntaria”. En consecuencia, dado que el reclamante imputa al servicio público sanitario una mala praxis en la primera intervención realizada (4 de diciembre de 2015) vinculada al retraso en las listas de espera quirúrgicas, aunque más allá de la mera alegación no aporta pruebas del perjuicio invocado por la demora que afectaría a esa primera operación y también, según su criterio, a la efectuada el 23 de noviembre de 2016 para el cierre de colostomía y reconstrucción del tránsito, las consecuencias sobre el plazo de prescripción de tales reproches, incluso atendiendo al propio relato del perjudicado, no pueden extenderse más allá de la fecha en la que este constata la existencia de una recidiva, y esa fecha resulta ser la de la consulta de 20 de diciembre de 2016, donde el paciente

desestima la opción quirúrgica que se le propone; rechazo que reitera incluso una vez que, modificando su opción inicial, ingresa el 12 de junio de 2017, porque en esa fecha abandona el hospital (según su relato) sin realizar el tratamiento quirúrgico que se había fijado. En tales condiciones, puesto que el diagnóstico y la indicación terapéutica de la recidiva se establecen el 20 de diciembre de 2016, fecha en la que el reclamante voluntariamente renuncia a la intervención quirúrgica, esa es la fecha que hemos de considerar como *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción, por lo que la reclamación presentada el día 12 de marzo de 2018 debe considerarse extemporánea. Si no lo entendiésemos así la consecuencia sería, en este caso concreto, que el plazo de prescripción quedaría abierto, *sine die*, al arbitrio del interesado, que con su mera decisión de aceptar en cualquier momento posterior someterse a la cirugía que se le propuso en diciembre de 2016 dispondría del plazo para reclamar por todo lo acontecido con anterioridad. Es indudable que el reclamante podrá en el momento que lo considere oportuno instar de nuevo la intervención de los servicios públicos, o incluso optar por los servicios de la medicina privada, pero ello no debería suponer, a nuestro juicio, rehabilitar el plazo de reclamación sobre unas secuelas (según su propio relato) que ya conoció en diciembre de 2016 y que, por tanto, se encontraría concluso.

En definitiva, si el perjudicado reclama por un retraso asistencial y una mala praxis con ocasión del tratamiento de una hernia inguinal y las posibles secuelas de todo ese proceso ya fueron diagnosticadas el 20 de diciembre de 2016, momento en el que también se le ofrece una opción quirúrgica que viene rechazando, la consecuencia es que debemos considerar prescrita su reclamación, por lo que ha de desestimarse.

A tal conclusión no cabría oponer tampoco la fecha del alta de incapacidad temporal resuelta por el Subdirector Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social el 14 de marzo de 2017, dado que, como hemos señalado en ocasiones precedentes (por todos, Dictamen Núm. 40/2015), "las resoluciones de minusvalía e incapacidad no sirven para interrumpir ni para hacer ineficaz el plazo transcurrido correspondiente a una

reclamación de responsabilidad patrimonial”, citando al efecto jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 29 de noviembre de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:8106-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Por ello, no puede considerarse como fecha de estabilización de las secuelas el día del alta médica que refleje “la Resolución de la Dirección Provincial de la Seguridad Social, pues los efectos de este alta se refieren a su situación de incapacidad temporal”.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.