

Expediente Núm. 21/2019
Dictamen Núm. 176/2019

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

Secretaria:
de Vera Estrada, Paz,
Letrada Adjunta a la Secretaría General

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 22 de julio de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 3 de enero de 2019 -registrada de entrada el día 16 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 la asistencia recibida en el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 26 de abril de 2018, la interesada presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

Refiere que el día 28 de marzo de 2017 es intervenida en el Hospital de artroplastia total en su rodilla derecha, y que tras el alta hospitalaria, producida el 3

de abril de 2017, fue ingresada ese mismo día en la Fundación Hospital para "control de la evolución de la intervención quirúrgica y tratamiento rehabilitador", donde permaneció hasta el 28 de abril de 2017.

Señala que en el informe emitido por el Servicio de Rehabilitación del Hospital el 27 de junio de 2017 consta que "refiere dolor desde el alta y realiza marcha con MID en bloque y una palpación dolorosa y movilidad 75/0, siendo diagnosticada de rigidez de rodilla tras artroplastia", por lo que se solicita un tratamiento de "fisioterapia a domicilio" a cuyo término, el 12 de septiembre de 2017 -por "considerar agotadas todas las posibilidades de mejora funcional" y a pesar de reconocer cierta mejoría, toda vez que "tras la rehabilitación mejora la rigidez y la marcha, no caminando con la pierna en bloque"-, sigue "presentando limitación importante a la flexión y rigidez en los últimos grados de movimiento, limitación de la flexión por encima de 90 grados BM5". Consultadas estas molestias en su centro de salud, la reclamante manifiesta que "no desea más cirugías", prescribiéndosele "electroestimulación magnética".

Afirma que "en la actualidad y a raíz de la intervención quirúrgica la situación no se ha solucionado, sino incluso (...) ha empeorado, con tumefacción total de la rodilla derecha e inflamación permanente de la misma que le impide y limita para sus actividades de la vida diaria", y considera que la operación "llevada a cabo el 28 de marzo de 2017 ha sido realizada de una manera negligente, que ha repercutido y repercute negativamente" en su salud, "encontrándose pendiente de valoración a efectos de poder reclamar los daños y perjuicios que considere que se le están ocasionando".

2. El día 15 de mayo 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.

3. Mediante oficio de 22 de mayo de 2018, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la historia clínica de la paciente relativa a la asistencia prestada durante el episodio cuestionado y el informe elaborado el 21 de mayo de 2018 por el Coordinador del Servicio de Traumatología y Ortopedia del Hospital En este último se indica que “tanto la intervención quirúrgica como la posterior solicitud de tratamiento rehabilitador” en la Fundación Hospital, “y posteriormente rehabilitación a domicilio, han sido totalmente correctos siguiendo las pautas del S.º de Traumatología”. Señala que “la rigidez de la rodilla tras la implantación de una prótesis es una complicación que puede aparecer en dicha intervención (se adjunta consentimiento informado firmado por la paciente). Por otro lado (...), según consta en su historia clínica, no quiso volver a realizar ningún tipo de intervención sobre dicha rodilla. Por tanto, no consideramos que se haya cometido negligencia alguna en el tratamiento de la misma”.

4. El día 8 de agosto de 2018, dos licenciadas en Medicina y Cirugía suscriben un informe colegiado a instancias de la entidad aseguradora. En él, tras analizar la asistencia dispensada a la paciente, afirman que “la prevalencia de la aparición de la rigidez articular después de (artroplastia total de rodilla) varía según las series de un 5,3 % a un 1,3 %”, señalando a continuación que “la aparición de esta complicación posquirúrgica es un riesgo contemplado en el consentimiento informado firmado por la paciente”.

Concluyen que “tanto la indicación de intervención como la praxis en la cirugía y el manejo posquirúrgico ha sido correcto”, proponiendo en consecuencia que la reclamación sea desestimada.

5. Mediante escrito notificado a la interesada el 29 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 quince días.

Previa comparecencia de la perjudicada en las dependencias administrativas el 15 de noviembre de 2018, momento en el que se le hace entrega de un CD que contiene una copia de todo lo actuado hasta ese momento, presenta el día 19 de noviembre de 2018 en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que se reitera en todas las afirmaciones contenidas en su reclamación inicial.

En él deja constancia de que "carece de los ingresos necesarios para contratar a un médico especialista (...) que le confeccione un informe de valoración del daño corporal que le permita cuantificar su reclamación. Prueba de ello es el hecho de que haya solicitado y obtenido de forma provisional (...) el beneficio de justicia gratuita (...), lo cual en previsión de una resolución administrativa definitiva que sea desfavorable a sus intereses le posibilitará al acudir ante la jurisdicción contencioso administrativa (...) obtener (la) designación de un médico de la cualificación mencionada". En estas condiciones, al carecer "de otro tipo de datos, se cifra el importe de la reclamación a todos los efectos en la suma" de sesenta mil euros (60.000 €).

6. Con fecha 7 de diciembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella, tras dar por acreditado que la reclamante sufre rigidez después de habersele practicado una artroplastia total de rodilla, se razona que, "tal y como se expone en el documento de consentimiento informado de fecha 13 de octubre de 2016, y que obra en el expediente, uno de los riesgos o complicaciones que pueden surgir a consecuencia del procedimiento es la rigidez articular. Dicho consentimiento ha sido firmado en todas sus páginas" por la reclamante; de este modo "no existe un daño que deba ser resarcido por parte de la Administración sanitaria, toda vez que es criterio reiterado tanto de la jurisprudencia como de la doctrina del Consejo Consultivo del Principado de Asturias que no es resarcible aquel daño que entra dentro de los riesgos que la paciente ha asumido mediante la firma del documento de consentimiento informado, por lo que al haberse informado a la paciente del riesgo, y habiendo sido aceptado por parte

de esta el mismo, si se llega a materializar el daño no será objeto de indemnización”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de enero de 2019, 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.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios públicos sanitarios 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 26 de abril de 2018, y si bien en la misma la interesada cuestiona la forma en la que se le practicó la intervención a la que fue sometida el 28 de marzo de 2017 en el Hospital, consta debidamente acreditado en el expediente que tras la operación siguió un doble tratamiento rehabilitador, primero hospitalario y luego domiciliario, del que no sería alta definitiva hasta el día 12 de septiembre de 2017. En consecuencia, tomando como referencia esta última fecha, es claro 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 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 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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 “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.- En la presente reclamación la interesada -de 72 años de edad y a la que se le había diagnosticado una "gonartrosis con condrocalcinosis"- fue sometida, ante la falta de respuesta a un tratamiento analgésico previamente pautado, a una intervención quirúrgica en el Hospital el día 28 de marzo de 2017, concretamente a una "artroplastia total de rodilla derecha implantándose prótesis cementada". Tras el alta hospitalaria siguió un doble tratamiento rehabilitador, hospitalario y domiciliario, y al término del mismo persistieron molestias en forma de rigidez. La perjudicada entiende que todo ello es debido a que la intervención "llevada a cabo el 28 de marzo de 2017 ha sido realizada de una manera negligente".

La secuencia del proceso asistencial sobre el que se fundamenta la presente reclamación, en los términos relatados por la interesada, no resulta controvertida. En efecto, el daño alegado es evidente a tenor de la documentación incorporada al expediente, por lo que, dejando ahora al margen la cuantificación o valoración económica que en su caso deba efectuarse, podemos dar por acreditada la realidad de un daño efectivo.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que el interesado no tuviera el deber jurídico de soportar.

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*.

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 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.

A los expresados efectos observamos que en el caso ahora examinado el escueto reproche sobre el que la interesada hace descansar toda su reclamación -esto es, que la rigidez que padece en su rodilla derecha en la actualidad obedece a que la operación "llevada a cabo el 28 de marzo de 2017 ha sido realizada de una manera negligente"-, además de ser total y absolutamente inconcreto, aparece desprovisto de una mínima carga probatoria en forma de dictamen médico-pericial

que avale tal afirmación a los efectos de que esa supuesta negligencia pueda ser conceptuada como una infracción de la *lex artis* en la asistencia prestada.

En las condiciones expuestas, esta total indeterminación y carencia absoluta de elemento probatorio alguno en orden al establecimiento del nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario resulta de por sí suficiente para concluir que en el presente caso no se ha acreditado la relación de causalidad, cuya existencia resulta inexcusable para un eventual reconocimiento de responsabilidad de la Administración.

A mayor abundamiento, a la vista de los diferentes informes incorporados al expediente, tanto el elaborado por el servicio afectado como el emitido a instancias de la compañía aseguradora de la Administración, únicos soportes probatorios puestos a disposición de este Consejo Consultivo y sobre los cuales ha de formar su juicio en cuanto al respeto de la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada, coinciden en considerar como acorde a este parámetro la asistencia sanitaria recibida por la paciente a lo largo de todo el proceso.

Por lo demás, la "rigidez articular" en la rodilla derecha que como secuela presenta en la actualidad la paciente, y para cuyo tratamiento ha renunciado voluntariamente a una nueva cirugía prescribiéndosele como alternativa electroestimulación magnética, constituye la materialización de una de las complicaciones típicas que como tal aparece recogida en el documento de consentimiento informado para "prótesis articular del miembro inferior: rodilla" firmado por la propia reclamante el día 13 de octubre de 2016, que figura incorporado al expediente.

En consecuencia este Consejo, coincidiendo con lo razonado al respecto en la propuesta de resolución que se somete a nuestra consideración, no puede sino concluir que el daño alegado no deriva causalmente de una mala práctica médica, sino que se trata de la desgraciada materialización de una de las complicaciones inherentes a la intervención quirúrgica a la que fue sometida y encuadrable como tal en los recogidos en el documento de consentimiento informado suscrito por la interesada, por lo que el mismo no resulta antijurídico.

No apreciando la concurrencia de infracción alguna a la *lex artis ad hoc* a lo largo de la asistencia que le fue prestada a la paciente por el servicio público sanitario, la reclamación debe ser desestimada.

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,

(P. A. LA LETRADA ADJUNTA A LA SECRETARÍA GENERAL)

Fdo.: Paz de Vera Estrada

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.