

Expediente Núm. 95/2019
Dictamen Núm. 219/2019

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 18 de septiembre 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 26 de abril de 2019 -registrada de entrada el 3 de mayo de ese mismo año-, 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 para tratar una fractura de húmero.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 27 de agosto de 2018, la interesada presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida.

Expone que el 25 de agosto de 2017 fue atropellada por un vehículo y que la trasladan al Hospital “X”, donde se le diagnostica una fractura de húmero izquierdo, siendo derivada al Hospital “Y”, en el que se decide

efectuarle una intervención quirúrgica que por falta de medios se demora hasta el 1 de septiembre de 2017, lo que -en su opinión- podría haber tenido consecuencias negativas para tendones y nervios.

Señala que tras un largo posoperatorio con dolores, molestias permanentes e inmovilidad del brazo opta por acudir a una consulta privada en la que se le diagnostica “una lesión de troquiter” (fractura de la parte superior del húmero) y “una rotura importante del tendón supraespinoso en sus dos tercios anteriores con retracción del mismo, siendo necesaria la extracción del clavo endomedular que provocaba la lesión del nervio por su mala implantación, así como la fijación mediante placa y tornillos de osteosíntesis”.

Manifiesta que el especialista del centro sanitario privado le recomienda una segunda operación y que a raíz de la misma obtiene la baja, “no pudiendo valorarse en este momento la sanidad ni las secuelas” porque continúa en dicha situación. A ello añade que ha sufrido un importante daño moral como consecuencia del prolongado periodo durante el cual lleva padeciendo molestias “y la incertidumbre derivada de la impredecible posibilidad de recuperar la movilidad del brazo izquierdo, así como el riesgo que derivaba de tal situación”.

Fija, de forma provisional, la cuantía indemnizatoria de los daños sufridos en sesenta mil euros (60.000 €).

Como medios de prueba, solicita que se incorporen al expediente su historial médico y el informe de la intervención quirúrgica.

Aporta un informe del Hospital “Y” como diagnóstico principal una fractura diafisaria transversa del húmero izquierdo y se señala que el 1 de septiembre de 2017 es intervenida de reducción y OS con clavo endomedular bajo anestesia general y sin incidencia, prescribiéndosele inmovilización, curas en su centro de salud y retirada de agrafes a las dos semanas de la cirugía, no indicándose medicaciones al alta, así como un informe de alta del hospital privado en el que consta que se trata de una paciente que “tras sufrir un accidente de tráfico con fractura de húmero izquierdo es intervenida quirúrgicamente mediante enclavado endomedular (...). Con posterioridad, y

manteniendo los protocolos habituales (...), cursa un proceso de pseudoartrosis de húmero”.

2. Con fecha 6 de septiembre 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios notifica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Previa solicitud formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios, mediante escrito de 24 de septiembre de 2018 el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica de la paciente y el informe del Servicio de Traumatología del Hospital “Y”. En este se indica que “después de un posoperatorio sin incidencias, con curas de heridas quirúrgicas con buen aspecto, se procede al alta ambulatoria con las medidas habituales de inmovilización tipo cabestrillo más ortesis por su parálisis radial en miembro superior izdo., analgésicos, medidas antitrombóticas, curas sucesivas y revisión por Traumatología y Rehabilitación de su Área de Salud”. Concluye que “tanto en la decisión terapéutica, el tiempo de espera a la cirugía, en los gestos quirúrgicos acompañantes como en el tratamiento posoperatorio durante los días que permaneció ingresada en el (Hospital ‘Y’) se cumplieron criterios de asistencia sanitaria óptima. Por tanto, en ningún caso se puede achacar la evolución descrita por la paciente a una mala praxis, pues queda demostrado que en todo momento se ha actuado con rigor médico y ajustándose a la *lex artis*”.

4. Con fecha 30 de octubre de 2018, una licenciada en Medicina y Cirugía, máster en Valoración del Daño Corporal, emite un informe pericial a instancias de la compañía aseguradora del Principado de Asturias. En él, “tras (...) revisión de la documentación aportada”, sostiene que “la indicación quirúrgica y la técnica realizada para el tratamiento de la patología presentada por la paciente

ha sido correcta y siguiendo guías clínicas”, y concluye que la actuación se ajustó a los protocolos y la *lex artis*, procediendo la desestimación de la reclamación.

5. Previa solicitud formulada por el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, con fecha 27 de noviembre de 2018 el Gerente del Área Sanitaria VI le remite una copia de las historias clínicas de Atención Primaria y de Atención Especializada de la interesada y los informes elaborados por la Jefa de la Oficina de Atención al Ciudadano y los Jefes de los Servicios de Traumatología y Cirugía Ortopédica y de Rehabilitación, así como los estudios radiológicos.

En el informe del Jefe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica se afirma que “el tratamiento realizado para la fractura que presentaba la paciente y el seguimiento posterior han sido correctos y las complicaciones inherentes a la propia fractura, sin que en ningún momento pueda hablarse de la no observancia de la *lex artis* a la que la paciente alude en su reclamación”.

6. El día 6 de febrero de 2019 emite un nuevo informe pericial la compañía aseguradora de la Administración. En él se indica, respecto a la primera intervención quirúrgica, que no se registraron incidencias intraoperatorias y que el resultado clínico-radiológico posoperatorio fue satisfactorio; no obstante, reconoce que “la evolución posterior fue tórpida con aparición de una pseudoartrosis, una lenta recuperación de la parálisis radial y presencia de dolor de características neuropáticas”. A continuación señala que “en el consentimiento informado firmado por la paciente antes de la intervención, entre otros riesgos, figura de manera explícita la posibilidad de aparición de una pseudoartrosis, de retraso en la consolidación que obligue a la realización de varias intervenciones, pérdida de movilidad de articulaciones adyacentes, posibilidad de extracción de material de osteosíntesis al año de la intervención, pérdida de movilidad”. Se mantiene la misma conclusión que en el primer

informe; esto es, que la actuación ha sido conforme con los protocolos y la *lex artis*, procediendo desestimar la reclamación.

7. Mediante escrito notificado a la reclamante el 1 de marzo de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

8. Con fecha 22 de marzo de 2019, la interesada presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que entiende que “queda acreditado el troquiter y la rotura importante del tendón supraespinoso en sus dos tercios anteriores con retracción del mismo como consecuencia del retraso en la realización de la intervención y la instalación del clavo endomedular sin el preceptivo bloqueo distal (...), cuya ausencia provocó que la placa se moviera causando los daños en el tendón y demás”.

Por último, solicita que se dicte resolución estimatoria de la reclamación con abono de la cantidad instada más los intereses legales que se hubiesen devengado.

9. El Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas suscribe, el 8 de abril de 2019, propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella concluye, sobre la base de los dos informes aportados por la compañía aseguradora, el del Servicio de Traumatología del Hospital “Y” y el de los Jefes de los Servicios de Traumatología y Cirugía Ortopédica y de Rehabilitación del Hospital “X”, que no existió infracción de la *lex artis*. Como corolario de lo anterior, propone desestimar la reclamación presentada.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de abril 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, 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.

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 27 de agosto de 2018 y, sin perjuicio de la indeterminación de algunos hitos relativos a la asistencia posquirúrgica, se observa que tanto la sanidad de la interesada como la concreción de sus secuelas se producen necesariamente con posterioridad a la cirugía practicada el 1 de septiembre de 2017, a la que se vincula el daño, por lo 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 que esta se adopte, 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.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se reclama el resarcimiento de los daños derivados de una intervención quirúrgica para tratar una fractura de húmero. Denuncia la interesada un retraso en la cirugía que podría haber tenido

consecuencias negativas para tendones y nervios y una “mala implantación” del clavo endomedular que “provocaba la lesión del nervio” y por la que tuvo que ser reintervenida.

Constatada en las actuaciones la existencia de un daño, a la vista de las dolencias que suceden a la operación y de la necesidad de una nueva cirugía procede detenerse en su relación de causalidad con el servicio público sanitario.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 135/2018), 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 en el contexto de las circunstancias apreciadas en cada caso. 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 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. El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la

suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que la mera constatación de un error médico o de un retraso diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También ha subrayado este Consejo 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 examinado la reclamante denuncia dos infracciones de la *lex artis ad hoc*: el retardo en la intervención quirúrgica de su fractura y la "mala implantación" del clavo endomedular. En su escrito de alegaciones anuda a ambas el daño consistente en la lesión de troquíter y la rotura del tendón supraespinoso, que estima "consecuencia del retraso en la realización de la intervención y la instalación del clavo endomedular sin el oportuno bloqueo distal (...), cuya ausencia provocó que la placa se moviera causando los daños en el tendón y demás", abocándole a una nueva cirugía.

A la vista del relato de la interesada, carente de sustento pericial, debe cuestionarse en primer término el mismo engarce fáctico entre la praxis médica denunciada y el daño cuyo resarcimiento se impetra. En efecto, nada objetiva a lo largo de lo actuado que las lesiones y dolencias que refiere la reclamante sean consecuencia de la demora en la intervención, ni que esta representara una pérdida de oportunidad, ni tampoco que el enclavado endomedular con el que se aborda inicialmente la fractura de húmero sufrida en un accidente de tráfico resultara determinante del daño que después invoca. Por un lado, se advierte que entre el siniestro y el momento de la intervención transcurren seis días, sin que nada acredite la incidencia de ese retardo en la evolución de la paciente, que ni argumenta dialécticamente la influencia del tiempo en sus posteriores padecimientos. Se observa asimismo que el informe de la clínica privada que aporta en ningún momento señala tacha a la operación practicada, limitándose a reflejar la "lesión de troquíter" (fractura del extremo superior del húmero, coincidente con la diagnosticada tras el accidente de tráfico), la cirugía

de clavo endomedular y el ulterior “proceso de pseudoartrosis de húmero” que se aborda mediante una nueva intervención quirúrgica, sin que se contemple, ni siquiera como hipótesis, la deducción de la interesada de que procedía la “extracción del clavo endomedular que provocaba la lesión del nervio por su mala implantación”; aseveración que se sustenta únicamente en sus propias afirmaciones. A ello se une la constancia en el expediente del consentimiento informado, en el que se explicitan como riesgos típicos de la cirugía practicada la posibilidad de pseudoartrosis, pérdida de movilidad y retraso en la consolidación que pudiera obligar a nuevas intervenciones. En suma, en este contexto no queda acreditado ni cabe presumir que los daños reclamados sean *de facto* consecuencia de la intervención practicada o que un abordaje distinto los hubiera evitado, lo que pugna con su resarcimiento.

A falta de soporte probatorio en contra, todos los informes médicos incorporados al expediente -emitidos por la Administración y su compañía aseguradora- coinciden en concluir que tanto la indicación quirúrgica como la técnica empleada para el tratamiento de la patología que presentaba la paciente han sido correctas y conformes con los protocolos y la *lex artis*. Así, en el librado por el Servicio de Traumatología del Hospital “Y” se describe con precisión la praxis médica, apreciándose -tal y como suscriben las demás periciales- que “después de un posoperatorio sin incidencias (...) se procede al alta ambulatoria con las medidas habituales de inmovilización tipo cabestrillo más ortesis por su parálisis radial en miembro superior izdo., analgésicos, medidas antitrombóticas, curas sucesivas y revisión por Traumatología y Rehabilitación de su Área de Salud”, concluyéndose que “tanto en la decisión terapéutica, el tiempo de espera a la cirugía, en los gestos quirúrgicos acompañantes como en el tratamiento posoperatorio durante los días que permaneció ingresada en el (Hospital “Y”) se cumplieron criterios de asistencia sanitaria óptima”, por lo que “en ningún caso se puede achacar la evolución descrita por la paciente a una mala praxis, pues queda demostrado que en todo momento se ha actuado con rigor médico y ajustándose a la *lex artis*”.

En definitiva, este Consejo ha de formar su criterio a la luz de las pruebas periciales incorporadas al expediente, y resulta que las imputaciones que vierte la interesada solo se sustentan en sus propias manifestaciones, lo que no es suficiente para tenerlas por probadas, mientras los informes técnicos ponen de manifiesto que la actuación de los profesionales sanitarios se ajustó a los protocolos médicos aplicables, resultando conforme a la *lex artis ad hoc*. Los daños reclamados son consecuencia de la evolución de una intervención abordada en tiempo con los medios adecuados y constituyen la materialización de unos riesgos típicos asumidos por la paciente con la firma del documento de consentimiento informado, por lo que la pretensión resarcitoria no puede ser acogida.

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.