

Expediente Núm. 125/2019
Dictamen Núm. 261/2019

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 13 de noviembre 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 24 de mayo de 2019 -registrada de entrada el día 29 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que atribuye a una intervención quirúrgica en una mano.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 12 de noviembre de 2018, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que entiende derivados de una intervención quirúrgica -“artroplastia de Swanson de articulación MCF de 3.º dedo mano derecha”- que le fue realizada en el Hospital el 5 de julio de 2016.

Reprocha al servicio público sanitario que la operación “no fue practicada correctamente”, y razona a tal efecto que en una segunda revisión en consultas externas del Servicio de Cirugía Plástica informó de “dolor y limitación de movimientos activos”; motivo por el cual le fue propuesta una “cirugía de revisión”.

Tras describir de manera detallada el estado actual de su mano derecha, señala que la intervención “le ha generado (...) limitaciones en el arco de movilidad del (...) dedo y de la mano en su conjunto” que “le causan gran dolor y que son limitaciones físicas que antes de la operación no presentaba y que le impiden desarrollar su profesión de conductor repartidor”. Añade que la asistencia recibida tras someterse a la operación “tampoco ha sido la correcta”.

Solicita por estos hechos ser indemnizado en la cantidad total de diecisiete mil seiscientos noventa euros (17.690,00 €), que desglosa en los siguientes conceptos: incapacidad temporal desde el 5 de julio de 2016 al 31 de julio de 2017, 11.190 €, y secuelas, 6.500 €.

Manifiesta “que con anterioridad, y por estos mismos hechos, se ha tramitado el expediente de responsabilidad patrimonial” que especifica, que terminó por Resolución del Consejero de Sanidad de 16 de agosto de 2017, por la que se “declaraba desistido al reclamante (...) por no haber cuantificado la reclamación”.

2. Mediante oficio de 4 de diciembre de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica 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.

3. Atendiendo al requerimiento efectuado por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, la Gerencia del Área Sanitaria IV remite el día 14 de enero de 2019 al Servicio de Inspección de Servicios y Centros

Sanitarios un CD que contiene una copia de la historia clínica del paciente relativa al episodio cuestionado y un informe del Jefe del Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora del Hospital

En el referido informe se detallan los antecedentes del paciente y se describe de manera pormenorizada la técnica quirúrgica que se llevó a cabo el 5 de julio de 2016, así como el tratamiento rehabilitador pautado y las revisiones posteriores -14 de julio y 19 de septiembre de 2016 y 12 de enero de 2017-. Precisa que el 9 de febrero de 2017, ante la persistencia del dolor, se le propone al paciente una revisión quirúrgica secundaria y realiza consulta de preanestesia el 3 de marzo, tras lo cual renuncia al tratamiento y no acude a dos citas programadas en consultas externas.

Se indica que "el paciente padece una artrosis degenerativa primaria de la articulación metacarpofalángica del 3.º dedo. Se han aplicado todos los medios acordes a la *lex artis*, entendiéndola como: 'conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos en la actualidad'. Se hizo correcta exploración clínica, pruebas de imagen y diagnóstico. Se procedió en primer lugar a realizar tratamiento conservador al que no respondió. Con dolor persistente e incapacitante para su desempeño profesional se indicó cirugía sustitutiva de la articulación./ Para la cirugía de sustitución protésica se seleccionó un implante de silastic (...). Realizada la cirugía y el tratamiento rehabilitador correspondiente se observa que (...) presenta problemas de dolor y movilidad", sin que se aprecie "en el seguimiento radiológico ninguna anomalía en la colocación del implante./ Con todo, se propone (...) revisión de la prótesis, lo cual (...) acepta y se le aporta informe con la indicación (...). Entiendo que el paciente ha sido correctamente asistido y atendido en todo momento./ Con respecto al estado actual de la mano" en relación con "la movilidad y dolor, no puedo valorarlo. El paciente, según mi información, renunció a la cirugía propuesta y no acudió a las últimas consultas de revisión".

4. Con fecha 28 de febrero de 2019, y a instancias de la entidad aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias, emite informe sobre la reclamación una licenciada en Medicina y Cirugía General. En él concluye que la actuación “habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y, por lo tanto, correspondería desestimar la reclamación”. Afirma que “se realizó correcto diagnóstico tras solicitar pruebas de imagen, se indicó tratamiento quirúrgico tras fracaso de tratamiento conservador, tratamiento médico y rehabilitador. Indicación correcta mediante artroplastia. No constan complicaciones quirúrgicas, intra ni posoperatorias”.

Desde otro punto de vista, llama la atención acerca de que “en el consentimiento informado firmado por el paciente con fecha 1-02-2019 constan como complicaciones posquirúrgicas posibles `que no se produzca mejoría, no control del dolor o rigidez del 3.^{er} dedo derecho, evolución a rigidez´. Complicaciones aunque poco frecuentes, dados los buenos resultados de este tipo de intervención, según revisión de la bibliografía, posibles”. Por otro lado, señala que “no se ha aportado a la documentación información sobre periodos de IT ni valoración de posibles secuelas. En la reclamación se hace alusión a rigidez completa 3.^{er} dedo, dolor importante, dificultad para la manipulación de objetos, cicatriz, desviación cubital (...), sin que quede documentado”.

5. Mediante oficio notificado al perjudicado el 26 de marzo de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El 8 de abril de 2019 comparece en las dependencias administrativas un representante del interesado -adjunta poder general para pleitos que queda incorporado al expediente- y se le hace entrega de un CD que contiene la documentación obrante en el expediente hasta ese momento, según consta en la diligencia extendida al efecto.

Con fecha 15 de abril de 2019, el perjudicado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que se reafirma en su reclamación inicial.

Adjunta diversa documentación relativa a la tramitación de una incapacidad permanente y el informe médico que elabora un facultativo el día 3 de marzo de 2017 en el que se constata su estado de salud en dicha fecha.

6. El 29 de abril de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella afirma, en primer lugar, que la reclamación está “prescrita”, razonado al efecto que el interesado “tuvo conocimiento de que las secuelas eran definitivas y que no cabía ningún tipo de tratamiento curativo el 3 de marzo de 2017, según consta en el informe aportado por él (...) en fase de alegaciones. Establecido de manera inequívoca el *dies a quo* en el 3 de marzo de 2017, y presentada la reclamación el 12 de noviembre de 2018, es evidente que nos encontramos ante una reclamación interpuesta fuera de plazo”.

En segundo lugar, indica que “tampoco respecto al fondo cabría otro sentido de la resolución más que el desestimatorio”, pues la afirmación del perjudicado de que la intervención quirúrgica que se le realizó “no fue practicada correctamente” no va acompañada de “informe o argumento clínico” que la soporte, quedando reducida “a una mera conjetura del reclamante sin fundamento técnico alguno”.

A mayor abundamiento, razona que en el consentimiento informado firmado por el paciente el 1 de febrero de 2016 “constan como complicaciones posquirúrgicas generales la posibilidad de que `no se produzca mejoría`”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 24 de mayo 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 entonces 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 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 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 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 referida Ley.

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.- Al examinar los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración se impone verificar si la reclamación ha sido ejercitada dentro del plazo establecido al efecto.

Al respecto, 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”.

Este Consejo viene reiterando (por todos, Dictamen Núm. 95/2019) que el primer criterio legal para la determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación es el del momento del hecho dañoso, que en el presente supuesto podemos datar en el día 5 de julio de 2016; fecha en la que se llevó a cabo en el Hospital la, a juicio del

reclamante, deficiente intervención quirúrgica -"artroplastia de Swanson de articulación MCF de 3.º dedo mano derecha"- que señala en su escrito inicial como "hecho motivador de la responsabilidad". En estas condiciones, es evidente que si tomamos como referencia la fecha de la operación la reclamación que nos ocupa, presentada el 12 de noviembre de 2018, es extemporánea.

No obstante, en casos de daños físicos procede atender, para fijar el *dies a quo*, al momento de la determinación del alcance de las secuelas, toda vez que la renuncia por parte del reclamante a la cirugía de revisión que se le había propuesto por el servicio público sanitario no nos permite hablar de curación en el presente caso.

Centrada de este modo la cuestión, este Consejo constata que la determinación del alcance de las secuelas ha sido abordada de modo correcto por la Administración en la propuesta de resolución que somete a nuestra consideración cuando afirma que "el reclamante tuvo conocimiento de que las secuelas eran definitivas y que no cabía ningún tipo de tratamiento curativo el 3 de marzo de 2017, según consta en el informe aportado por él mismo (...) en fase de alegaciones".

En efecto, partiendo del informe médico elaborado a su instancia por un facultativo el propio reclamante reconoce que a la fecha de realización del mismo -3 de marzo de 2017- tenía plena conciencia de que su situación clínica "es definitiva y no tiene ningún tipo de tratamiento curativo".

En estas condiciones, fijado el *dies a quo* en el 3 de marzo de 2017, y presentada la reclamación el 12 de noviembre de 2018, entendemos que la misma ha de ser desestimada por extemporánea.

En todo caso, aunque la acción no hubiera prescrito la reclamación habría de ser igualmente desestimada, pues no concurren los requisitos materiales para su estimación.

En efecto el interesado, aquejado de artrosis degenerativa a nivel de la articulación metacarpo-falángica de tercer dedo de la mano derecha, fue

sometido, ante la falta de respuesta satisfactoria al tratamiento rehabilitador que se le había pautado, a una intervención quirúrgica en el Hospital el día 5 de julio de 2016, concretamente a una "artroplastia de Swanson". Tras el alta hospitalaria siguió tratamiento rehabilitador, que abandonó posteriormente. Una vez operado fue visto en consulta los días 14 de julio y 19 de septiembre de 2016 y 12 de enero de 2017. En una nueva consulta efectuada el 9 de febrero de 2017, ante la persistencia del dolor, se le propone revisión quirúrgica secundaria y se contempla la posibilidad de un recambio en la prótesis, acudiendo a preanestesia el 3 de marzo de 2017, si bien, según informa el Jefe del Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora del Hospital, renuncia al tratamiento y no acude a las dos citas que tenía programadas en consultas externas.

En consecuencia, constatado que pese a la intervención a la que fue sometido el reclamante no se ha podido poner fin de manera definitiva al cuadro doloroso que le aquejaba, 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 viene señalando este Consejo Consultivo (entre otros, Dictamen Núm. 162/2018), 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. 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 el 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.

En el supuesto examinado, observamos que el escueto reproche sobre el que el interesado hace descansar toda su reclamación -que la intervención realizada el 5 de julio de 2016 "no fue practicada correctamente"-, además de ser 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 este sentido, ninguna utilidad cabe dar al informe médico incorporado al expediente por el interesado en el trámite de audiencia sobre los efectos ahora estudiados, pues en dicho informe únicamente se deja constancia del estado que presenta el paciente a tal fecha con la vista puesta en una eventual incapacidad laboral, sin cuestionar en ningún momento

desde el punto de la práctica médica la intervención a la que fue sometido para evidenciar su nulo resultado.

En esas condiciones, esta total indeterminación y carencia absoluta de elemento probatorio alguno en orden al establecimiento de un nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario es de por sí insuficiente para acreditar en el presente caso 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*, coinciden en considerar como acorde a este parámetro la asistencia recibida por el paciente a lo largo de todo el proceso.

Por otro lado, tanto el "dolor severo" como la "rigidez articular" que a fecha 3 de marzo de 2017 presenta el reclamante, y para cuyo tratamiento parece haber renunciado voluntariamente a la revisión quirúrgica secundaria que se le propuso el 9 de febrero de 2017 y en la que se contemplaba la posibilidad de un recambio en la prótesis, no dejan de ser más que la indeseable materialización de dos de los riesgos personalizados que con tal carácter aparecen claramente descritos en el documento de consentimiento informado para "tratamiento de la mano reumática" firmado por el propio reclamante el día 1 de febrero de 2016 y que obra incorporado al expediente.

En definitiva, coincidiendo con lo razonado en la propuesta de resolución, y reiterando que procede desestimar la reclamación por extemporánea, debemos concluir que esta tampoco puede ser acogida por razones de fondo, toda vez que del análisis del expediente en su conjunto no se acredita ninguna actuación de los profesionales sanitarios contraria al buen quehacer médico, revelándose que los padecimientos que aquejan al reclamante en la actualidad

no resultan antijurídicos, al suponer la desgraciada materialización de parte de los riesgos personalizados de la intervención quirúrgica a la que fue sometido, y que como tales aparecen recogidos en el documento de consentimiento informado suscrito por él.

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.