

Expediente Núm. 41/2019
Dictamen Núm. 292/2019

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 20 de diciembre de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. La Consejera doña María Isabel González Cachero votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 8 de febrero de 2019 -registrada de entrada el día 13 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 atribuyen a la omisión de una intervención quirúrgica.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 27 de febrero de 2018, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad

patrimonial por los daños derivados de la omisión de una cirugía de recambio de prótesis de rodilla derecha, presentada por la paciente y su cónyuge.

Exponen que la perjudicada fue propuesta por el Servicio de Traumatología del Hospital "X" para una intervención de recambio protésico de rodilla derecha, que debía practicarse el 8 de abril de 2015, pero "la intervención no fue realizada, indicándose en informe de fecha 23 de junio de 2016 que la paciente se negó en la mesa de quirófano a ser intervenida en una crisis de agitación. En realidad no se llevó a cabo por no suministrar a la paciente un medicamento que paliara su estado de ansiedad previo".

Añaden que el esposo de la enferma presentó el día 10 de junio de 2015 una denuncia ante el Director Gerente del Servicio de Salud del Principado de Asturias, y que aquella fue contestada por el Jefe del Servicio de Traumatología el 6 de julio de 2015 indicando que "muchos de los datos" que figuran en ella "no concuerdan" con la información aportada por los médicos intervinientes, y que dado que estaba fijada una cita el 7 de julio en su consulta les aclararía los extremos que fuese menester, precisando que "si mantienen el deseo de que esta paciente sea tratada en otro centro le facilitaremos dicha derivación".

Reseñan que ante la falta de atención el 21 de junio de 2016 la afectada presentó demanda para que se le reconociera el derecho a "la asistencia sanitaria consistente en operación de recambio de prótesis (derecha)", y que por Sentencia del Juzgado de lo Social N.º 5 de Oviedo de 28 de febrero de 2017 se estima íntegramente la misma y se condena al Servicio de Salud del Principado de Asturias a llevarla a efecto, bien por el Servicio de Traumatología del Hospital "X" o con derivación a otro centro, sin perjuicio de las acciones que pudieran asistir a la interesada a consecuencia de la actuación de los servicios médicos del Servicio de Salud del Principado de Asturias. Reproducen como hechos probados de la sentencia que la enferma "fue citada por teléfono el viernes 24 de febrero de 2017" en la consulta del Servicio de Traumatología "para valorar su inclusión en lista de espera y posterior derivación a otro centro sanitario", de lo que deducen que desde la intervención frustrada hasta esa

fecha no se le presta "atención sanitaria alguna, y que "tres días antes de la celebración del juicio" -señalado para el 27 de febrero- se la cita. Reseñan también los fundamentos jurídicos de la sentencia, en los que se razona que en el mismo informe en el que se justifica la decisión de no intervenir ante la "crisis de agitación" se señala que "se revisa el caso y en sesión colegiada se decide (...) como no susceptible de cirugía. Ahora, en el acto del juicio se nos dice que ante la negativa (...) a ser intervenida fue relegada al final de la lista de espera y que ha sido avisada a cita médica en el Servicio de Traumatología para valorar su incorporación a lista de espera o ser derivada en su caso a otro centro sanitario. Resulta cuando menos sorprendente que de todo ello no exista ningún tipo de expediente administrativo", incidiendo la sentencia en que de ello "se desprende una evidente contradicción", pues "no existe informe médico alguno que avale el cambio de criterio de no operar la patología (...) cuando inicialmente se había señalado fecha de la intervención (...). Ni tampoco consta que esta decisión hubiera sido comunicada a la interesada (...). Es más, el hecho fue denunciado" por esta "y no se dio justificación, ni respuesta, ni solución alguna, y ahora después de haber transcurrido cerca de dos años se indica que ha sido citada por teléfono el viernes 24 de febrero de 2017". Aprecia la sentencia que "la respuesta de los servicios médicos" del Servicio de Salud del Principado de Asturias "resulta a todas luces injustificable", pues "se pudo haber dado una solución razonable e inmediata en el momento (de la crisis de ansiedad), o bien una justificación médica", y "los argumentos indicados ahora en el acto del juicio por parte del (Servicio de Salud del Principado de Asturias) parecen indicar que la patología era susceptible de intervención quirúrgica", por lo que procede la estimación de la demanda, "sin perjuicio de las acciones que le pudieran asistir (...) a consecuencia de la actuación de los servicios médicos".

Subrayan también que, "incumpliendo el mandato judicial, ni se llevó a cabo la intervención quirúrgica, ni se derivó a otro centro".

Respecto a los daños, indican que la enferma ya sufría una serie de patologías que habían llevado a que se le reconociera una invalidez permanente absoluta pero que no la habían “impedido para una vida normal”, y que “ha sufrido desde el año 2015 y sigue sufriendo un verdadero calvario, agudizado por un cuadro de dolor en su rodilla derecha que aumenta y sigue aumentando con el paso del tiempo, precisando analgesia permanente. Primero necesitó bastones para caminar, pero la severa limitación funcional (...) le obligó a desplazarse en silla de ruedas. Y no solo su deterioro físico se tornó evidente, sino que igualmente le ha provocado un (...) deterioro psicofísico, con ideas de muerte y autolíticas”.

Solicitan una indemnización cuyo importe total asciende a un millón doscientos diez mil cuatrocientos euros (1.210.400 €), de los cuales 145.000 € corresponden al “perjuicio moral por pérdida de calidad de vida” causado al cónyuge, que reclama en nombre propio.

Acompañan un informe pericial que pone de relieve que la situación incide de forma muy negativa en la calidad de vida de la paciente, reconociendo su situación de gran inválida y desglosando los daños cuyo resarcimiento se reclama.

Adjuntan también una copia de la Sentencia del Juzgado de lo Social N.º 5 de Oviedo de 28 de febrero de 2017, que declara el derecho de la interesada a la asistencia sanitaria omitida, y de la Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior Justicia del Principado de Asturias de 6 de febrero de 2018, que le reconoce una gran invalidez derivada de enfermedad común.

2. Mediante oficio de 12 de marzo de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución del procedimiento y el sentido del silencio administrativo.

3. Previa solicitud formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, se incorpora al expediente el informe emitido por el Jefe del Servicio de Traumatología del Hospital "X" el 12 de junio de 2018, al que se adjuntan diversas hojas de curso clínico de la paciente. En dicho informe se indica que "inicialmente, tras la negativa de la paciente a ser intervenida y la consecuente anulación de la cirugía en el propio quirófano, se desestima el tratamiento. De todo ello se habla extensamente con la paciente y su familia, constando en las anotaciones de consulta ambulatoria del día de 2-mayo-2017 que está conforme con esta apreciación, y se acuerda adoptar un periodo de compás de espera de 6 meses para reevaluar el problema y, en su caso, decidir tratamiento quirúrgico./ Efectivamente, 6 meses después (21-mayo-2017) (*sic*) se reevalúa el problema y se solicitan estudios diagnósticos (Rx y gammagrafía ósea) con el fin de apreciar con precisión la situación de la rodilla en ese momento./ Posteriormente (abril-2018) volvemos a revisar a la paciente, hablando pormenorizadamente de las ventajas e inconvenientes de la cirugía. La paciente solicita entonces ser consultada en otro hospital, señalando el Hospital "Y", del que tiene buenas referencias./ Naturalmente, con la misma fecha de 3-abril-2018 se realiza un informe médico para la Dirección de Cirugía solicitando la valoración de la paciente en el Hospital "Y" (se adjuntan copias de estas anotaciones)./ La paciente fue consultada el 2-mayo-2017, el 21-noviembre-2017 y el 3-abril-2018".

En la hoja de curso clínico de 2 de mayo de 2017 se recoge "hablo largamente con la paciente y su familia. Vemos conjuntamente los inconvenientes y problemas que una cirugía de recambio de rodilla podría plantear en el momento actual. La paciente y su familia están con nosotros en el sentido de que, por lo menos, debería adelgazar mucho (la paciente dice que 40 kg). Esta sería una buena base para plantear la cirugía de revisión y, en ese sentido, se da un compás de espera de 6 meses para reevaluar el problema y, en su caso, decidir el tratamiento quirúrgico". En la hoja de curso clínico del día 21 de noviembre de 2017 se hace constar que acude en silla de ruedas y se

reflejan sus limitaciones. El 3 de abril de 2018 se consigna que la paciente solicita derivación a la Fundación Hospital "Y".

4. Previa solicitud formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios actuante, se une al expediente un informe del Servicio de Traumatología de la Fundación Hospital "Y" de 26 de octubre de 2018. En él se reseña que "con el diagnóstico de prótesis total dolorosa rodilla derecha y rigidez articular se comenta a la paciente la posibilidad de intervención de revisión de la prótesis que sin un diagnóstico de certeza de aflojamiento no tiene un pronóstico tan bueno. Los estudios radiológicos y gammagrafías por sí no son indicación de cirugía. Hasta en un 11 % de los casos de prótesis dolorosa no se llega a un diagnóstico de certeza. Las probabilidades de persistencia del dolor en estos casos son del orden del 50-60 % según estudios. Si se realizase tratamiento quirúrgico es posible (...) que la cirugía tuviese que realizarse en dos tiempos si se determinase en estudio de biopsia intraoperatoria alta probabilidad de infección. Por todo esto la indicación de cirugía no es absoluta".

5. Mediante escrito notificado a los interesados el 9 de noviembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándoles una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El 23 de noviembre de 2018, comparece en las dependencias administrativas uno de los interesados y obtiene una copia de aquel. En el mismo acto otorga representación *apud acta* a favor de dos letrados.

No consta que se hayan formulado alegaciones.

6. El día 27 de noviembre de 2018, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia del expediente, al haberse interpuesto recurso

contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Consta en el expediente que se da cumplimiento a dicho requerimiento el 3 de diciembre de 2018.

7. Con fecha 27 de diciembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella se razona que “la reclamante no fue intervenida” no porque el Servicio de Salud del Principado de Asturias la “abandonase (...) y le denegase la asistencia necesaria, sino porque no existe una indicación clara que justifique una cirugía que en todo caso parece tener pocas probabilidades de éxito”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de febrero 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), están los interesados activamente legitimados 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 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 febrero de 2018 por los daños derivados de la omisión de una cirugía que se ordena practicar por sentencia judicial recaída el 28 de febrero de 2017, por lo que es claro que se acciona 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 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 que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

Ahora bien, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

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.- Reclaman los interesados el resarcimiento de los perjuicios que atribuyen a la omisión de la debida asistencia sanitaria, por no haberse practicado una cirugía de recambio de prótesis de rodilla derecha tras una intervención abortada al haber sufrido la paciente una crisis de ansiedad. Estiman que la cirugía seguía siendo adecuada y aportan una sentencia que

reconoce, dos años después de aquella intervención frustrada, el derecho de la enferma a ser operada.

Acreditado el deterioro de la paciente, debe recordarse que la mera constatación de un daño efectivo surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Para apreciar que el daño alegado por los reclamantes es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*, entendiéndose por tal, conforme señalan reiteradamente el Tribunal Supremo y el 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.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento. 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 entrañen *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, no puede obviarse que ha recaído una sentencia judicial firme que, fechada el 28 de febrero de 2017, reconoce que existía un “derecho prestacional” no satisfecho “por la Administración obligada a ello”; incumplimiento “consistente en una indebida denegación de la asistencia sanitaria” y deducido de la “evidente contradicción” entre el intento de justificar que al tiempo de la intervención frustrada la paciente no era susceptible de cirugía (8 de abril de 2015) y, sin embargo, la afirmación de que dos años después de aquel intento (24 de febrero de 2017) hubiese sido citada “para valorar su inclusión en lista de espera y posterior derivación a otro centro sanitario”, destacando la decisión judicial, como hecho probado, que “no existe informe médico alguno que avale el cambio de criterio de no operar la patología de la actora cuando inicialmente se había señalado fecha de la intervención (no practicada por la crisis de ansiedad)”, y concluyendo que “los argumentos” del Servicio de Salud del Principado de Asturias “parecen indicar que la patología (...) era susceptible de intervención quirúrgica”. También se reseña en la sentencia que no consta que la decisión de no operar “hubiera sido comunicada a la interesada”, y que tras sus requerimientos al efecto en 2015 no se le dio “justificación, ni respuesta, ni solución alguna, y ahora después de haber transcurrido cerca de dos años (...) ha sido citada” cuando bien “se pudo haber dado una solución razonable e inmediata en el momento (de la crisis de ansiedad), o bien una justificación médica”.

A la vista del relato de hechos probados y de estas consideraciones recogidas en la Sentencia de 28 de febrero de 2017, debemos asumir que entre abril de 2015 y febrero de 2017 medió un prolongado lapso temporal sin que la enferma recibiera una atención sanitaria adecuada y sin que se excluyera la

procedencia del abordaje quirúrgico de su rodilla. Durante ese tiempo, y mientras sufre un progresivo deterioro, la paciente no recibe -según se recoge en el fallo judicial- “justificación, ni respuesta, ni solución alguna”, lo que genera *per se* un daño resarcible -de carácter moral- vinculado a la desatención y desinformación acerca del tratamiento de su padecimiento; abstracción hecha de la eventual incidencia de esa omisión asistencial en su actual estado de salud.

Con relación al daño moral, este Consejo Consultivo viene declarando (por todos, Dictamen Núm. 134/2015) que la “exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante, aun siendo liviana, existe, y aunque se atempere la carga de su demostración no basta con su mera afirmación para tenerlo como cierto”, si bien, como pusimos de manifiesto en los Dictámenes Núm. 56/2019 y 93/2019, cabe presumir o deducir “la realidad del daño moral en atención a la gravedad de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto cuando el daño invocado reviste tal entidad que permite su apreciación, sin necesidad de prueba específica”. En la misma línea, la jurisprudencia ha señalado que, a pesar de la indeterminación y subjetividad del concepto de daño moral, más amplio que el clásico *pretium doloris* y comprensivo de distinta graduación según su intensidad, descartadas las situaciones de mero malestar, incertidumbre e incomodidad, su apreciación puede inferirse sin necesidad de prueba en ocasiones cuando el propio “supuesto de hecho” lo revela implícitamente (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:516-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). Prueba de ello es que, en el contexto de la responsabilidad patrimonial sanitaria, la exigencia de prueba del daño moral se atempera cuando del propio hecho causante resulta de manera objetiva y notoria la provocación de este tipo de daños. Esta es la situación que acontece en el caso examinado, en el que la desatención sanitaria, sin respuesta ni alternativas de tratamiento, contradictoria e injustificada queda acreditada en la Sentencia de 28 de febrero de 2017, que en su fundamentación y fallo recoge

estos hechos objetivamente válidos y suficientes como para justificar un daño moral indemnizable; esto es, en palabras del Tribunal Supremo, “un sufrimiento o padecimiento psíquico (...) o espiritual (...), impotencia, zozobra, ansiedad, angustia” (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000 -ECLI:ES:TS:2000:4430-, Sala de lo Civil, Sección 1.ª).

Admitido ese daño moral, procede determinar además si la praxis médica condicionó también la evolución de las patologías de la enferma y si, con posterioridad a la sentencia -o en ejecución de la misma, como afirman los interesados-, la paciente debió ser intervenida para el recambio de prótesis.

Respecto al primer extremo, debe advertirse que la sentencia recaída se fundamenta en una actitud errática y contradictoria del servicio sanitario, no en un deber terminante de haberse debido practicar la cirugía omitida, pues lo probado es que no se excluyó adecuadamente la procedencia de la intervención ni se informó de su situación a la paciente. Esa pasividad justifica el fallo condenatorio al cumplimiento de las prestaciones sanitarias, pero no permite inferir con total certidumbre y criterios médicos que la patología fuera en todo caso susceptible de abordaje quirúrgico, con ciertas garantías de éxito, en el momento en el que los interesados invocan (tras la intervención malograda por la crisis de ansiedad), y que la demora en practicarse guarde una relación inmediata con el actual estado de la enferma. De los antecedentes e informes médicos obrantes en el expediente se desprende fundadamente que con posterioridad a la sentencia la cirugía no era aconsejable, y que antes de la misma no existía tampoco una indicación clara que la justificara, pues -según concluye el técnico que rubrica la propuesta de resolución- “en todo caso parece tener pocas probabilidades de éxito”. En efecto, en la consulta de 2 de mayo de 2017 se ponen de manifiesto los “inconvenientes y problemas” de la operación, que “la paciente y su familia” asumen “en el sentido de que, por lo menos, debería adelgazar mucho (la paciente dice que 40 kg)”, problemática que se arrastra de tiempo atrás. En este contexto, la intervención quirúrgica -de haberse practicado en 2016, como pudiera estimarse exigible- conllevaba

ciertos riesgos asociados al estado de la enferma, y nada alcanza a objetivar que de haberse realizado entonces su evolución hubiera sido significativamente más favorable, pues ya sufría una serie de patologías por las que se le había reconocido una invalidez permanente absoluta y cuya progresión explica cabalmente su estado actual.

En lo que concierne a la actitud del servicio público tras el fallo judicial, debe puntualizarse que la sentencia que declara el derecho de la reclamante a la operación de recambio de prótesis no puede -ni pretende- suplantar el criterio de los facultativos sobre el abordaje de la patología en función del estado de la enferma en cada momento. En rigor, el fallo se limita a reconocer el derecho a la asistencia médica proyectado sobre el caso concreto denunciando la desatención y desinformación del servicio sanitario, y contempla el derecho a la intervención de rodilla en tanto no se acredite la improcedencia de la cirugía indicada en su momento. Así contextualizado, cabe admitir con naturalidad que un posterior cambio de criterio médico acerca de la práctica de una operación quirúrgica -ajustado a la *lex artis ad hoc* en tanto que motivado a la vista de los riesgos y patologías de la enferma- no encierra ningún incumplimiento del "mandato judicial", sino una observancia adecuada del deber que pesa sobre los profesionales del servicio sanitario de ponderar todas las circunstancias relevantes para acometer una intervención.

En ese lapso posterior a la sentencia, frente a denuncias vagas de abandono o desatención, el informe del Jefe del Servicio de Traumatología del centro hospitalario que atendió a la paciente, al que se adjuntan las notas de curso clínico, da cuenta de sucesivas consultas en las que se opta razonadamente por desaconsejar la intervención quirúrgica y se informa debidamente de ello. En efecto, en la de 2 de mayo de 2017 se observan "serios inconvenientes", se advierte de la necesidad de que la enferma adelgace y se establece un periodo de espera de seis meses; en la de 21 de noviembre de 2017, cuando la paciente usa silla de ruedas, se acuerda la práctica de varias pruebas médicas "con el fin de apreciar con precisión la situación de la

rodilla en ese momento”, y el 3 de abril de 2018 se solicita la derivación que la reclamante interesa, acudiendo a la Fundación Hospital “Y” el 26 de noviembre de 2018, donde un equipo médico distinto del que hasta entonces la atendía tampoco le aconseja el abordaje quirúrgico. También el facultativo que elabora la propuesta de resolución admite que la negativa a la intervención no comporta desatención alguna, sino que se debe a que “no existe una indicación clara que justifique una cirugía que en todo caso parece tener pocas probabilidades de éxito”. Así pues, frente a las apreciaciones de los interesados -desprovistas de todo sustrato pericial-, los técnicos informantes desechan cualquier infracción de la *lex artis*, y nada objetiva que en alguna de las sucesivas revisiones hubiera procedido acometer la cirugía.

En definitiva, la operación se desaconseja desde un plano estrictamente médico aunque medie una sentencia que reconoce a la interesada el derecho a ser atendida en mérito a los antecedentes que se ponen de manifiesto al tiempo de la decisión judicial, ya que esta no excluye la pertinente y definitiva apreciación de los facultativos sobre la procedencia de la cirugía.

Desechada la petición de responsabilidad relativa a la ausencia de cirugía, tampoco puede obviarse que no consta la existencia de una técnica quirúrgica que empleada en este supuesto hubiera conducido a un mejor resultado. Las periciales libradas confirman el mal pronóstico de la intervención, el problema de sobrepeso y las “probabilidades de persistencia del dolor (...) del orden del 50-60 %”; razones por las cuales se excluye la operación. En consecuencia, no acreditándose que la cirugía omitida hubiera derivado en un mejor estado de la paciente respecto a la alternativa conservadora, el deterioro de su salud no puede imputarse al servicio público sanitario.

SÉPTIMA.- Establecida la responsabilidad patrimonial del servicio público sanitario únicamente en relación con la inadecuada atención dispensada a la paciente entre abril de 2015 y febrero de 2017, debemos pronunciarnos sobre la cuantía indemnizatoria por este concepto.

Ante todo, debemos señalar que ese resarcimiento se estima reducido al daño moral derivado de la dilatada ausencia de “justificación, ni respuesta, ni solución alguna” ante unos padecimientos que iban postrando a la enferma, pues no se ha acreditado una incidencia significativa de esa desatención en el estado actual de la paciente ni se ha objetivado la necesidad, única y exclusiva, de practicar una cirugía.

Resultando desorbitada la indemnización pretendida por los reclamantes -que imputan, sin prueba pericial, al servicio sanitario las consecuencias de la evolución de la patología-, debe repararse en las dificultades que entraña con carácter general la cuantificación de un daño moral, tanto por la ausencia de baremos objetivos a los que ajustarse como por el desconocimiento de una técnica quirúrgica que aplicada a la enferma hubiere mejorado con certeza su estado.

En el supuesto analizado concurren así circunstancias que desaconsejan acudir a las cuantías que el baremo de tráfico -de general referencia- establece a favor de las víctimas y familiares, pues si bien la infracción de la *lex artis* acreditada merece algún género de compensación, extrañamente puede asimilarse a los siniestros para los que el citado baremo se concibe.

Por ello, la indemnización ha de moderarse ante una desatención que de no haber mediado hubiera evitado una zozobra o desasosiego prolongados en la paciente y en su cónyuge, pero que no guarda relación acreditada con el deterioro físico de la interesada. Al respecto, estimamos adecuado acudir a una compensación prudencial, acompañada a la limitada significación de la conducta omisiva del servicio público dentro de la gravedad del proceso patológico sufrido por la reclamante. La reparación de ese daño moral es singularmente compleja, si bien no puede ser ajena al conjunto de circunstancias concurrentes (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2000 -ECLI:ES:TS:2000:5987-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª, y 16 de enero de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:279-, Sala de lo Civil, Sección 1.ª), por lo que a la luz de la cuantificación de los daños morales en otros supuestos (por

todos, Dictámenes Núm. 237/2014, 104/2015, 152/2016, 140/2017 67/2019 y 277/2019) este Consejo estima procedente una indemnización actualizada de 3.000 € para la perjudicada y de 1.500 € para su cónyuge.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos señalados.”

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.