

Expediente Núm. 206/2019
Dictamen Núm. 22/2020

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 6 de febrero de 2020, 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 20 de agosto de 2019 -registrada de entrada el día 27 de ese 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 una intervención de cirugía maxilofacial.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 29 de noviembre de 2018, se registra de entrada en la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que la interesada denuncia que el día 20 de noviembre de 2018 fue “víctima de una mala praxis”. Señala que en la fecha referida acudió al Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital “para extraer la muela del juicio inferior derecha” y que “durante la intervención una de las médicas presentes (le) hizo un corte grande en el

labio, al que los presentes le restaron importancia” aconsejándole que mantuviese la herida “hidratada con cualquier crema”.

Afirma que resultó afectada “física y emocionalmente” y que su aspecto se ha visto “dañado”, por lo que solicita “una retribución por el daño causado” y exige “que se tomen medidas al respecto con el personal médico”.

Concluye anunciando la presentación de “una demanda por mala praxis y por daños y perjuicios”, pues no sabe si le quedará “cicatriz”.

Adjunta fotos de la herida, del volante de citación y del informe clínico de seguimiento de consultas externas.

2. El día 30 de noviembre de 2018, el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV traslada la reclamación al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios “por si se estima conveniente iniciar un procedimiento de responsabilidad patrimonial”.

3. Con fecha 16 de enero de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas envía una copia de la reclamación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

4. Mediante oficio de 24 de enero de 2019 el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas, tras reseñar la normativa aplicable a este tipo de solicitudes, recogida en los artículo 66, 67 y 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, requiere a la interesada para que concrete si está formulando una reclamación de responsabilidad patrimonial o se trata del anuncio de una próxima reclamación, y para que proceda en el primer caso a la cuantificación económica del daño o, en su defecto, indique las causas que motivan la imposibilidad de realizarla.

5. Con fecha 13 de febrero de 2019, la interesada presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que manifiesta que las tres semanas siguientes al corte sufrido en el labio “fueron dolorosas y molestas, la herida sanó lentamente, supuró mucho y se abría muchas veces”, resultando difícil “comer y hablar”. Añade que “dos meses y medio después el labio aún molesta y me ha dejado una cicatriz muy visible”.

Por ello, solicita una indemnización de siete mil euros (7.000 €) en concepto de “daños físicos, morales y emocionales”.

Aporta diversa documentación clínica, fotos de la herida y un escrito por medio del cual autoriza a su madre para que la represente “en todo este proceso hasta que termine”.

6. Mediante oficio de 1 de marzo de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación -12 de diciembre de 2018-, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

Asimismo, le advierte que la representación conferida a su madre debe acreditarse por cualquier medio válido en derecho -ante notario o mediante declaración en comparecencia personal ante el funcionario (*apud acta*)- que deje constancia fidedigna de ello, según dispone el artículo 5.4 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre.

7. Previa petición formulada por la Instructora del procedimiento, el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica de la paciente relativa al proceso de referencia en formato electrónico, así como un informe del Servicio de Cirugía Maxilofacial.

En este último, suscrito el 21 de marzo de 2019 por la Facultativa Especialista del Área de Cirugía Oral y Maxilofacial, se expone el curso clínico de

la paciente y se niega una actitud “negligente y desidiosa por nuestra parte (...), ya que se le explicó el tratamiento posible (mantener hidratada la herida) y se le indicó que volviera a revisión en el plazo de una semana para valorar” su evolución. Explica que nos encontramos ante “una complicación típica pero infrecuente durante la extracción de una muela del juicio”, y añade que “estas heridas cicatrizan por segunda intención por lo general en un plazo de 7-10 días sin provocar perjuicio estético evidente”.

Finalmente, pone de manifiesto que la paciente “no ha acudido a este Servicio para consultar posibilidades terapéuticas para corregir el supuesto perjuicio estético que refiere padecer y, por tanto, no hemos tenido ninguna oportunidad de valorar este supuesto perjuicio ni proponer algún tratamiento en caso de necesitarlo”.

8. Con fecha 22 de abril de 2019, la perjudicada presenta un escrito en el que reitera el contenido de su reclamación, así como la pretensión resarcitoria, que fija en 7.000 €.

9. Obra incorporado al expediente el informe pericial elaborado a instancias de la compañía aseguradora por una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal, con fecha 6 de mayo de 2019. En él señala que la paciente había firmado previamente el consentimiento informado “en el que se recogen los riesgos intraoperatorios y complicaciones posibles”, entre ellos, las “dilaceraciones de los tejidos blandos”. Añade que, a tenor de las fotografías aportadas, “la evolución de la lesión del labio (...) parece ser satisfactoria con mínima cicatriz residual en zona interna del labio”, puntualizando que en la actualidad no se dispone de documento gráfico.

Concluye que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y, por lo tanto (...), correspondería desestimar la reclamación.

10. Mediante oficio notificado a la interesada el 13 de junio 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, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El 26 de ese mismo mes comparece esta en las dependencias administrativas para examinar el expediente y se le entrega un CD que contiene una copia de los documentos de que consta al día de la fecha.

El día 8 de julio de 2019, la reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que relata más detalladamente cómo se sucedieron los hechos. Asevera que el 27 de noviembre de 2018, una semana después de la extracción, acudió al hospital y la doctora la atendió "en el pasillo, por unos 2 minutos como mucho, miró mi labio y dijo que ya estaba mejor, que no debía preocuparme, que no quedaría ni siquiera cicatriz". La perjudicada sostiene que le hizo saber que le "dolía y escocía, que (le) molestaba al comer y que se abría constantemente por cada movimiento", subrayando que la doctora "no escuchó mis reclamos como algo importante".

En cuando a la cicatriz, indica que las fotografías aportadas son recientes, de abril de 2019.

11. Mediante oficio de 9 de julio de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la correduría de seguros una copia de las alegaciones presentadas.

12. El día 31 de julio de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella razona que "la extracción de la muela mal posicionada requirió importante tracción en el labio con el consiguiente roce o fricción de este con los instrumentos ocasionando la lesión, la cual es una complicación intraoperatoria de la cirugía de cordales./ Posteriormente no ha acudido a las citas programadas en consultas externas, hecho que imposibilita la valoración y

tratamiento oportunos por parte del Servicio de Cirugía Maxilofacial. La actuación, por tanto, ha sido conforme a los protocolos y la *lex artis*”.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de agosto 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 Salud, 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 como titular del servicio público sanitario.

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 29 de noviembre de 2018, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen el día 20 de noviembre de 2018, por lo que aun sin tener en cuenta el momento de estabilización de las lesiones 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 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 interesa una indemnización por los daños que la reclamante atribuye a una mala praxis en la práctica de una exodoncia.

Según consta en la documentación remitida, durante la intervención para la extracción de la muela de juicio inferior derecha en un hospital público se produjo “una erosión en labio inferior derecho cerca de la comisura”. Asimismo, la interesada aporta varias fotografías en las que se puede apreciar una lesión en el labio. Por tanto, la realidad del daño alegado ha quedado acreditada con los informes médicos obrantes en el expediente, sin perjuicio de la valoración que quepa efectuar en el caso de que se concluya que concurren los requisitos legales para una declaración de responsabilidad patrimonial.

Por otro lado, la reclamante invoca el padecimiento de unos daños “morales y emocionales” pero, aparte del déficit probatorio al respecto, no puede obviarse la ausencia de manifestaciones físicas o psíquicas de entidad suficiente como para hacer real, efectivo y evaluable económicamente ese malestar, según establece la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo al declarar que “el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre (...), salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave” (Sentencias de 3 de octubre de 2000 -ECLI:ES:TS:2000:7033-, 29 de marzo y 30 de junio de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:1786 y ECLI:ES:TS:2006:5418-, y 14 de marzo de 2007 -ECLI:ES:TS:2007:1540-, todas ellas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª). En el supuesto analizado no existe

dato alguno que nos permita considerar que el temor y malestar anudado a una complicada exodoncia o las molestias consustanciales al proceso curativo, que sin duda padeció, haya alcanzado la gravedad suficiente como para estimar un daño moral indemnizable.

En cuanto al daño físico que ha quedado acreditado, la mera constatación de su aparición 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.

Como viene señalando reiteradamente este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 302/2019), 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 ha subrayado este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 246/2017 y 285/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de estos casos, 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 caso que nos ocupa la interesada acude al Servicio de Cirugía Maxilofacial de un hospital público para la realización de una exodoncia, produciéndose durante el procedimiento “una erosión en labio inferior derecho cerca de la comisura”, tal y como se recoge en el informe de seguimiento del Servicio de Cirugía Maxilofacial (folio 2 de la Historia Millennium). También se hace referencia a este hecho en las notas clínicas de enfermería, registrándose como una “quemadura labial ocasionada por la utilización de pieza de mano” (folio 1 de la Historia Millennium); actuación que, a juicio de la reclamante, constituye “una mala praxis”.

Al respecto, la Facultativa Especialista del Área de Cirugía Oral y Maxilofacial sostiene que la herida sufrida por la paciente “es una complicación típica pero infrecuente durante la extracción de una muela del juicio”. Explica que “durante el procedimiento se realiza una importante tracción en el labio inferior para acceder al área más posterior del reborde alveolar de la mandíbula. En esta ocasión la complejidad de la extracción dental, al tratarse de una muela mal posicionada en la región del ángulo mandibular que precisa odontosección, provoca que los instrumentos (el micromotor) estén en contacto íntimo con el bermellón del labio inferior, que se encuentra muy distendido haciendo su superficie muy frágil a la presión o roce, que fue lo ocurrido. Estas heridas cicatrizan por segunda intención por lo general en un plazo de 7-10 días sin provocar perjuicio estético evidente”.

Estas consideraciones no han sido desvirtuadas por la interesada durante el trámite de audiencia, en el que se limita a reiterar que nos encontramos ante una “negligencia médica” pero sin aportar ninguna prueba o evidencia suficiente de índole técnica que permita reconocer una mala praxis en la práctica de la compleja exodoncia a la que se sometió, y tampoco rebate de forma razonada las consideraciones médicas formuladas por la especialista en Cirugía Oral y Maxilofacial.

Por su parte, la especialista que informa a instancias de la compañía aseguradora de la Administración considera que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis*”, y observa una evolución “satisfactoria” de la lesión en las fotografías aportadas. En su informe indica que la paciente “se sometió a cirugía de cordales habiendo firmado previamente el consentimiento informado en el que se recogen los riesgos intraoperatorios y complicaciones posibles”, incluyendo a continuación una reseña sobre las “complicaciones intraoperatorias en cirugía de cordales”, y subraya la posibilidad de que acaezcan “dilaceraciones de los tejidos blandos: Los desgarros ocasionados en la mucosa normalmente son causados por un diseño inadecuado del colgado, cuando este es insuficiente y el separador aplica una excesiva tensión en los extremos de la incisión. También podrían causarse quemaduras y abrasiones sobre el labio anestesiado al aplicar la pinza de mano recalentada durante la ostectomía o la odontosección”. No obstante, analizada la historia clínica remitida, se observa que el documento de “consentimiento informado para la cirugía oral” sometido al conocimiento de la paciente no recoge literalmente la quemadura labial entre los riesgos típicos de la intervención. Al respecto, este Consejo viene señalando (entre otros, Dictamen Núm. 265/2018) que el deber de informar no tiene el carácter de absoluto y omnicompreensivo, puesto que, como ha venido reiterando el Tribunal Supremo, “en caso (de) que el riesgo sea atípico, es decir imprevisible o anómalo, de los que no se producen habitualmente en el tipo de intervención, no cabría incluirlo entre los riesgos que deben ser informados al paciente” (Sentencia de 15 de

marzo de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:1084-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). En el asunto examinado la quemadura labial que, conforme a los informes médicos, constituye una herida de evolución satisfactoria y mínima repercusión estética no puede ser considerada como riesgo típico al que debiera extenderse el deber de información, ya que de acuerdo con los informes periciales incorporados al expediente es una complicación infrecuente, lo que justifica su exclusión de los riesgos probables que deben ser objeto de información. En cualquier caso, la interesada no denuncia la falta de inclusión de la lesión labial entre los riesgos típicos, sino que su imputación se centra en la "mala praxis" del especialista que la intervino, lo que no ha quedado acreditado, según hemos expuesto anteriormente.

Finalmente, la reclamante también reprocha que "los presentes le restaron importancia" a este suceso, limitándose a recomendarle que mantenga la herida "hidratada con cualquier crema". En contraposición a ello, la especialista en Cirugía Oral y Maxilofacial niega una actitud "negligente y desidiosa" por parte de ese Servicio, "ya que se le explicó el tratamiento posible (mantener hidratada la herida) y se le indicó que volviera a revisión en el plazo de una semana para valorar" su evolución. En este punto la versión de la interesada no coincide con la del Servicio implicado, según el cual la última vez que vieron a la paciente fue el 20 de noviembre de 2018, mientras que aquella sostiene que el 27 de noviembre de ese año acudió a revisión y relata un breve encuentro con la doctora en el pasillo del hospital, la cual le dijo que "no debía preocuparme, que no quedaría ni siquiera cicatriz". En todo caso, y aunque diéramos por cierta la versión de la perjudicada, no hay constancia en el expediente de que con posterioridad a esa fecha -27 de noviembre de 2018- acudiese al Servicio de Cirugía Maxilofacial a consultar las posibilidades terapéuticas para corregir el supuesto perjuicio estético que refiere padecer, tal y como pone de manifiesto la especialista, privándoles de la "oportunidad de valorar este supuesto perjuicio" y de "proponer algún tratamiento en caso de necesitarlo".

En definitiva, de la documentación obrante en el expediente, así como de los informes elaborados con ocasión de la instrucción del procedimiento, se deduce que la conducta sanitaria fue irreprochable desde el punto de vista técnico, por lo que la lesión del labio constituye la materialización de una complicación que, aunque infrecuente, es posible y se encuentra descrita en la literatura médica, lo que, unido a la ausencia de signos que evidencien una mala praxis, excluye la estimación de la reclamación deducida.

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.