

Dictamen Núm. 81/2020

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 16 de abril de 2020, por medios electrónicos, 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 27 de diciembre de 2019 -registrada de entrada el día 15 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por el empeoramiento de la artrosis que padecía en una mano tras una intervención quirúrgica.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 10 de abril de 2019, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada para el tratamiento de la artrosis que padecía en una mano.

Expone que el día 24 de agosto de 2016 fue intervenida en el Servicio de Cirugía Plástica del Hospital de “artrodesis debido a artrosis dolorosa IFD

2.º dedo mano izquierda”, operación que según explica es “paliativa, no reparadora”. Alega que, “lejos de producirse una mejoría”, sufrió “un claro empeoramiento” respecto “a la situación previa”, lo que -entiende- no consta en el documento de consentimiento informado suscrito. Añade que “debido a la defectuosa intervención” hubo de someterse a una nueva cirugía el 4 de diciembre de 2017 en el mismo Servicio, y que “finalmente” la estabilización de las lesiones tuvo lugar el día 19 de abril de 2018, fecha en la que acude a consulta de nuevo al citado Servicio de Cirugía Plástica.

Solicita una indemnización por importe de quince mil quinientos seis euros (15.506 €), por los conceptos que enuncia con base en el informe pericial que adjunta, elaborado por una especialista en Valoración Médica del Daño Corporal.

2. Mediante oficio de 13 de mayo de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, 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 la Inspectora de Servicios y Centros Sanitarios designada al efecto, el día 30 de mayo de 2019 se incorpora al expediente una copia de la historia clínica de la paciente y los informes emitidos por los Servicios de Rehabilitación y de Cirugía Plástica del hospital en el que se prestó la asistencia.

4. Con fecha 24 de julio de 2019, previo requerimiento formulado por el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas, emite informe una facultativa -máster en Valoración del Daño Corporal- a instancias de la compañía aseguradora. En él expone diversas consideraciones médicas en relación con la asistencia prestada, y concluye su adecuación a los protocolos y la *lex artis*.

5. Mediante escrito notificado a la interesada el 23 de octubre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

6. El día 13 de noviembre de 2019, la perjudicada presenta un escrito de alegaciones en el que se reitera en la argumentación expuesta en su reclamación, con referencia expresa al informe emitido por el Servicio responsable.

Previa solicitud de subsanación por ausencia de firma, la reclamante presenta el escrito debidamente firmado el 29 de noviembre de 2019.

7. Con fecha 10 de diciembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, asumiendo el criterio de los preinformantes.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de diciembre 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 según 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, de conformidad con 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 el día 10 de abril de 2019, y la interesada señala el 19 de abril de 2018 como fecha de estabilización de las secuelas, fecha en la que acude a consulta en el Servicio de Cirugía Plástica y se comprueba, según el informe emitido por dicho Servicio, “la persistencia de la deformidad en flexión, habiéndose corregido la desviación lateral. Realiza puño completo con dicha mano”. En aplicación del principio de la *actio nata*, a la vista de estos datos resulta correcto considerar dicha fecha como *dies a quo*, y por tanto, con independencia de que la paciente se encuentre pendiente en el momento de formular la reclamación de una nueva intervención quirúrgica, es evidente que la acción ha sido ejercitada 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.- La interesada solicita una indemnización por los daños sufridos tras una cirugía de artrodesis en el segundo dedo de su mano izquierda, a la que se sometió en el mes de agosto de 2016.

La documentación incorporada al expediente acredita que la paciente tuvo que someterse a una nueva intervención en diciembre de 2017, por lo que debe considerarse, al menos, la misma a efectos de apreciar la producción de un perjuicio cierto.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio 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 la interesada no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ha señalado este Consejo Consultivo en ocasiones anteriores (por todos, Dictamen Núm. 218/2019), 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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para poder apreciar si 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 viene reiterando este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) 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 supuestos 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. Esto es, ha de constatarse tanto el reproche culpabilístico como el engarce fáctico entre el tratamiento dispensado u omitido y el resultado dañoso.

Al respecto, en el informe pericial que la interesada adjunta a su escrito inicial se reprocha la existencia de un deterioro de su dolencia tras la primera intervención, manifestando que "a la vista de las distintas fotografías (...) se observa un empeoramiento sustancial tras la 1.ª cirugía, en relación a situación previa, con persistencia del dolor (...), marcada deformidad y pérdida de funcionalidad, sin posibilidades de ninguna mejoría", lo que lleva a su autora a concluir que "queda claramente constatado que la 1.ª cirugía no tuvo una buena praxis a la vista de la evolución y de la situación clínica y funcional de la paciente"; afirmación que asume la perjudicada. Al mismo tiempo, cuestiona la información facilitada en virtud del documento de consentimiento informado.

Frente a tal argumentación, el informe emitido por el Jefe del Servicio de Cirugía Plástica el día 28 de mayo de 2019 recuerda que la posibilidad de falta de mejoría figura expresamente reflejada en el documento de consentimiento informado suscrito por la paciente, y afirma que la actuación desarrollada por el Servicio -que detalla- se adecuó "en todo momento" a los conocimientos existentes de evidencia científica, y que se emplearon "todos los medios disponibles que exigía la situación".

La lectura de dicho documento evidencia que, efectivamente, en él se contempla, entre los riesgos típicos de la "cirugía plástica (...) para tratamiento de la mano reumática", el de que "no se produzca mejoría". Sin embargo, la interesada señala en su escrito de alegaciones que el consentimiento prestado no contempla el empeoramiento, sino "únicamente" la no "mejoría". Frente a tal aseveración debe tenerse en cuenta, en primer lugar, que la repetición de la artrodesis consentida se plantea ante "la persistencia del dolor y la limitación funcional", sin que en la historia clínica se constate un agravamiento de la sintomatología. En segundo lugar, en el documento de consentimiento informado también se advierte de que "la cirugía no es curativa. Busca paliar las incapacidades ocasionadas por la enfermedad" -característica que subraya también la especialista que emite informe pericial a instancia de la interesada, que explica que se trata de una "cirugía paliativa pero no reparadora"- . De ello cabe deducir sin especial dificultad que dicha intervención no frustra o interrumpe el desarrollo de la patología de base (artrosis y osteoporosis de la

mano izquierda) que padece la perjudicada; en este sentido, en el informe pericial elaborado a instancia de la compañía aseguradora se recoge que la “reaparición de la deformidad y aparición de desviación cubital, además de persistencia de dolor” tras la primera cirugía, constituye una situación “favorecida por la osteoporosis de la paciente”. A ello debe añadirse que, según consta en la historia clínica, en el mes de diciembre de 2016 se comprobó “un inicio de enfermedad de Dupuytren”, si bien en ese momento se refleja “mejoría de la IFP muy evidente”, con la consiguiente satisfacción de la paciente.

Sin embargo, la argumentación de la reclamante obvia completamente la naturaleza y propósito de la operación así descrita. Por su parte, el informe pericial que acompaña se limita a afirmar la mala praxis con base en la mera observación de unas fotografías sin fecha, pues en el momento en el que se realiza el mismo la paciente ya había sido reintervenida y presentaba “mejoría funcional realizando puño y pinza y presentando una rigidez en flexión de IFD del 2.º dedo de mano izquierda discreta, con desaparición del dolor y buena capacidad para realizar actividades de la vida diaria”. Es decir, no solo no aporta argumento científico alguno que sustente la infracción de la *lex artis*, sino que tampoco tiene en consideración aspectos tan relevantes como la evolución de la patología que originó la intervención, o la aparición de otra nueva. Es más, el propio informe explica que “la artrodesis” presenta como “inconveniente que se pierde el movimiento, a veces muy importante”, puesto que “toda artrodesis provoca una sobrecarga de las articulaciones vecinas que intentan compensar la pérdida de movimiento y la función articular. Dependiendo del estado previo de estas articulaciones esta sobrecarga será menor y existirá compensación o, por el contrario, la sobrecarga las irá deteriorando progresivamente”. Tales consideraciones médicas no le impiden invocar, sin embargo, un “empeoramiento” que basa exclusivamente en el relato de la reclamante, quien alude a “dolor importante, rigidez y marcada interferencia en las labores de su vida diaria”, pero sin establecer elementos de juicio que permitan fijar con claridad la diferencia entre la situación previa (en la que la perjudicada sufría “deformidad importante” y “dolor intenso como

consecuencia del proceso degenerativo (artrosis)” y la posterior a la primera cirugía a fin de concluir con el necesario rigor la existencia del “empeoramiento” que se alega, en el que influye la propia evolución de su patología y el inicio de una nueva enfermedad (enfermedad de Dupuytren).

En definitiva, concluimos que en el presente supuesto no se ha acreditado que la asistencia sanitaria prestada a la interesada hubiera supuesto una violación de la *lex artis ad hoc*, toda vez que los daños alegados no guardan relación con una mala praxis médica.

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.