

Dictamen Núm. 89/2020

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 23 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 los daños y perjuicios derivados de la asistencia recibida con ocasión de una fractura de fémur.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 30 de noviembre de 2018, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por los padres de una menor de edad por los daños derivados de la asistencia sanitaria prestada a esta para el tratamiento de una fractura femoral.

Exponen que su hija -nacida en el año 2009- sufrió un accidente de esquí el día 6 de diciembre de 2017 en una estación de Cataluña, y que tras ser

atendida en un hospital de dicha Comunidad Autónoma, en el que se le diagnostica una "fractura de fémur en la extremidad distal izquierda", es "trasladada con carácter urgente" al Hospital por ser esta su Comunidad de residencia.

Indican que fue intervenida quirúrgicamente el 8 de diciembre de 2017, cirugía a la que siguió inmovilización y rehabilitación, que hubo de someterse a una nueva operación para la retirada de material de osteosíntesis el 14 de junio de 2018 y que ante la falta de consolidación de la fractura vuelve a ser operada el 27 de junio del mismo mes.

Consideran que el resultado lesivo es "fruto de una vulneración de las reglas de la *lex artis*" que ha ocasionado la falta de consolidación adecuada de la fractura, con desarrollo de una "pseudoartrosis no detectada en tiempo y forma, o detectada y no resuelta como se debía, con producción de incapacidad temporal, secuelas físicas (...), daños morales y muy posiblemente una incapacidad parcial o total para realizar algunas de sus ocupaciones habituales".

Señalan que la concreción de las secuelas, así como del nexo causal, se realizará en un informe pericial que elaborará el traumatólogo que se especifica y que aportarán al procedimiento.

Previo requerimiento formulado al efecto por el Servicio instructor, los reclamantes presentan un escrito en el que cuantifican la reclamación en cien mil euros (100.000 €).

2. A solicitud del Inspector actuante, se incorpora al expediente una copia de la historia clínica de la paciente y el informe emitido por el Servicio de Traumatología del hospital en el que se realizaron las intervenciones.

3. Mediante oficio de 18 de septiembre de 2019, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios traslada una copia del expediente al Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias para su remisión al Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, al haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

4. El día 7 de octubre de 2019, una licenciada en Medicina y Cirugía, máster en Valoración del Daño Corporal, emite informe a instancias de la compañía aseguradora. En él expone diversas consideraciones médicas en relación con la asistencia prestada y concluye la adecuación a los protocolos y a la *lex artis* de la misma.

5. Mediante escrito de 14 de octubre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a los reclamantes la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, sin que conste la presentación de alegaciones.

6. Con fecha 11 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.

7. 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. Habiendo sufrido el daño una persona menor de edad, están sus progenitores (condición acreditada en virtud de la copia de las hojas del Libro de Familia que obra en el expediente) facultados para actuar en su representación, según lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

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 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 30 de noviembre de 2018, habiendo tenido lugar la tercera intervención quirúrgica a la que se sometió la paciente en el mes de junio de ese mismo año. Por tanto, y con independencia de la fecha de estabilización de las secuelas, es claro que la acción se ha ejercido 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.

Asimismo, 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.

SIXTA.- Los interesados solicitan una indemnización por los daños, materiales y morales, sufridos por su hija a consecuencia de la atención sanitaria recibida para el tratamiento de una fractura de fémur izquierdo.

La documentación obrante en el expediente acredita que la paciente se sometió a tres intervenciones motivadas por dicha dolencia: la primera de ellas en el mes de diciembre de 2017 (osteosíntesis), la segunda el 14 de junio de 2018 (para la extracción del material de osteosíntesis) y la tercera el 27 de junio de 2018 "para reparación quirúrgica de pseudoartrosis del fémur izquierdo", detectada tras la segunda operación. En consecuencia, cabe

apreciar la producción de un daño cierto, identificado con la prolongación de la “incapacidad temporal” a la que se alude en el escrito en el que se cuantifican los perjuicios. Debe puntualizarse, no obstante, que no se acreditan adecuadamente otros daños, pues la interesada no aporta la pericial que anuncia en su escrito de reclamación, sin que consten en el expediente secuelas o “incapacidad permanente” asociadas a la actuación del servicio sanitario.

Igualmente procede advertir, en relación con “los daños morales” que se detallan prolijamente en la reclamación, que gran parte de los alegados guardan, por estrictas razones temporales, relación directa con el traumatismo en sí (un accidente deportivo en una estación de esquí) y no con un eventual retraso en la consolidación del hueso dañado. Tal es el caso de la falta de asistencia “a cumpleaños, excursiones del colegio, fiestas de fin de curso”; la pérdida de “la temporada de esquí del 2017” y del 2018 (debe recordarse que el accidente se produce en el mes de diciembre de 2017), o la interrupción de clases deportivas o particulares de idiomas.

Hechas estas precisiones, procede recordar que 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 viene señalando reiteradamente este Consejo Consultivo (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 es criterio de 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 esos 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.

Sin embargo, en el supuesto examinado la interesada no llega a aportar la prueba pericial que anuncia, consistente en un informe "comprensivo de las causas lesivas, las consecuencias lesivas, el actuar culposo del agente dañoso y el nexo causal". En consecuencia, este Consejo debe formar su juicio con base en la documentación clínica obrante en el expediente y los informes técnicos incorporados al mismo, emitidos a instancia de la Administración, frente a los que nada opone la reclamante con ocasión del trámite de audiencia.

Respecto a la relación de causalidad del daño producido con la actuación del servicio sanitario, en el escrito de reclamación se alude, con marcada vaguedad, a una "omisión o irregularidad" en el control de la fractura, lo que originó que esta "no consolidase adecuadamente, desarrollando (...) una

pseudoartrosis no detectada en tiempo y forma, o detectada y no resuelta como se debía”.

Frente a esta imputación genérica, el informe emitido el 3 de julio de 2019 por el Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología desgrana la asistencia prestada desde la primera intervención, en la que destaca la constatación de “una importante laceración del músculo cuádriceps, así como la rotura del periostio, que se presenta interpuesto entre los focos de fractura”. Explica que tras dicha cirugía se siguió “muy detalladamente su evolución mediante controles ambulatorios”, dato que confirma la historia clínica, retirándose la inmovilización externa con yeso el 5 de marzo de 2018 previa radiografía de control que arroja un resultado “satisfactorio”. Pese a ello, en revisiones posteriores se aprecia la “migración distal de uno de los clavos de Ender colocados, con intolerancia al mismo”, y se aconseja la “extracción del material de osteosíntesis”; con anterioridad a la misma, el 21 de mayo de 2018 se realizan radiografías que muestran “la presencia de callo óseo perióstico posterior”, lo que -según señala- es indicativo de “que el proceso de consolidación está evolucionando correctamente”.

En cuanto a la segunda intervención, llevada a cabo el 14 de junio de 2018 con el propósito ya mencionado (extraer el material de osteosíntesis), indica que se desarrolló “sin incidencias reseñables” y que “intraoperatoriamente se comprueba una flexión de 130º de la rodilla (normal), tal como se señala en la descripción operatoria”. Sin embargo, “unos días después, tras control radiográfico, se aprecia consolidación precaria, con marcada osteopenia, por lo que se aconseja evitar el apoyo del pie izdo., aunque sí la deambulacion con 2 bastones”. Ese mismo mes, el día 25 de junio de 2018, la revisión de “los estudios de imágenes” determina “evidencia de no consolidación”, lo que se explica a la familia, indicándose “como única medida terapéutica eficaz (...) una nueva intervención quirúrgica tendente a corregir la angulación de la fractura y a estimular la consolidación de la misma”; operación que se lleva a cabo el 27 de junio de 2018.

La tercera cirugía “discurre sin complicaciones y se obtiene una buena corrección de la fractura, comprobándose durante el procedimiento la ausencia

de consolidación ósea”. El tratamiento rehabilitador se inicia el 17 de julio de 2018, y el día 3 de mayo de 2019 “se comprueba la consolidación ósea completa, con una progresiva recuperación de la normalidad de la estructura ósea, del tono muscular y flexibilidad de la rodilla izda.”, estando prevista en aquel momento “la extracción del material de osteosíntesis (placa y tornillos) en el cuarto trimestre del año” con el objetivo de “devolver a la extremidad el mayor funcionalismo y evitar que se pueda producir cualquier tipo de reacción nociva a cuerpo extraño”.

En suma, de conformidad con lo señalado en el informe del Servicio responsable, se aprecia que una vez advertida la falta de consolidación de la fractura tras la intervención de retirada del material de osteosíntesis se adoptó, con la mayor premura -tal y como consta en la historia clínica, concretamente dos días después (folio 82 de la historia Millennium)-, la única medida posible, una nueva operación. Por ello, no cabe compartir que haya existido falta de control, omisión o retraso diagnóstico o terapéutico en el abordaje de la patología.

Adicionalmente, y como se razona en el informe elaborado a instancia de la compañía aseguradora, “la aparición de una consolidación en mala posición de una fractura o de una pseudoartrosis, así como la necesidad de realizar varias intervenciones quirúrgicas, son complicaciones recogidas en el consentimiento informado firmado por el padre de la paciente”. Efectivamente, en el documento de consentimiento informado “para osteosíntesis de fracturas diafisarias” que obra en el expediente (de 26 de junio de 2018, y relativo por tanto a la tercera operación -respecto al de la primera, de idéntica naturaleza, consta en la historia clínica una anotación de que los correspondientes fueron “firmados”-) figuran, entre los riesgos típicos de la cirugía, los de “pseudoartrosis”, la “consolidación en mala posición” o el “retardo en la consolidación, que puede llegar hasta la necesidad de varias intervenciones”. En consecuencia, y en lo que ahora interesa, la literalidad del documento impide también asociar un daño resarcible a los padecimientos que la paciente ha sufrido.

En definitiva, no se acredita -y ni siquiera se aísla en términos dialécticos- infracción alguna de la *lex artis ad hoc* a lo largo del proceso asistencial. La complicación que se presentó constituye la desafortunada materialización de uno de los riesgos descritos en el documento de consentimiento informado por el que la paciente asume la eventualidad de ese perjuicio, que no puede entonces reputarse antijurídico.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada, y, en consecuencia, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, 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.