

Dictamen Núm. 92/2020

**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 30 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 23 de octubre de 2019 -registrada de entrada el día 29 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios que atribuye a la pasividad del servicio sanitario y a la elección de una técnica quirúrgica inadecuada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** El día 21 de febrero de 2019, tiene entrada en el registro del Ayuntamiento de Gijón una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida al Servicio de Salud del Principado de Asturias- por los daños y perjuicios derivados de la elección de una técnica quirúrgica inadecuada en el abordaje de su patología.

Expone que se le pautó "como precisa una cirugía ambulatoria percutánea del hallux valgus y 2.º dedo en martillo metatarsalgia del pie izquierdo", siendo operado el día 11 de octubre de 2017 en el Hospital ..... y que a consecuencia de esa operación empeoró física y psíquicamente, manteniendo "una situación de baja laboral desde el 7 de octubre de 2017 hasta el 30 de agosto de 2018".

Señala que el 13 de septiembre de 2018 es valorado nuevamente en el citado centro hospitalario, y que el facultativo que le atiende reseña en su informe que "las dolencias padecidas no fueron corregidas con la técnica quirúrgica practicada, siendo precisa una nueva intervención, entendiéndose que en lugar de la técnica utilizada resultaría precisa cirugía abierta, todo ello con resultados inciertos".

Indica que es "indudable la relación de causalidad existente entre el deterioro físico padecido" y "la pasividad del servicio de salud que me mantuvo desde el mes de octubre de 2017 hasta el mes de septiembre de 2018 sin aportarme una adecuada solución diagnóstica", hasta el "punto de ser preciso proceder a una nueva intervención quirúrgica".

Cuantifica el daño sufrido en dieciocho mil ochocientos setenta y dos euros con noventa y dos céntimos (18.872,92 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 342 días de "perjuicio personal particular moderado" por el tiempo transcurrido "entre el 7 de octubre (de 2017), fecha en que se produce la baja laboral para someterse a la intervención, hasta el 13 de septiembre de 2018, fecha en que se valora por los servicios médicos que se ha utilizado una técnica quirúrgica no adecuada", a razón de 52,26 € cada uno, e "indemnización por intervención quirúrgica", 1.000 €.

Adjunta a su escrito copia de diversa documentación clínica y de partes médicos de confirmación y de alta de incapacidad temporal.

**2.** Mediante escrito de 21 de marzo de 2019, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con

arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**3.** Previa solicitud formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el 5 de abril de 2019 el Director Gerente del Hospital ..... le remite una copia de la historia clínica del paciente en soporte digital, así como el informe suscrito por el especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica el 26 de marzo de 2019. En este último se afirma que la técnica utilizada en este proceso asistencial es “la indicada al tratarse de tres procesos que no podrían ser intervenidos en el mismo acto quirúrgico, utilizando técnicas que precisen cirugía abierta”, y que en el estudio radiográfico realizado el 13 de septiembre de 2018 “aparecía una recidiva de la deformidad del hallux, sin hacer referencia al resto de (...) patologías que presentaba el antepié cuando fue intervenido”, por lo que supone que han sido corregidas y que la forma de solucionar definitivamente la deformidad residual del hallux es “la cirugía abierta, con resultados aleatorios”. Finalmente, indica que consta en el consentimiento informado que puede “producirse una recidiva de la deformidad del hallux, entre otras complicaciones”.

Obran en la historia clínica los consentimientos informados para “tratamiento quirúrgico de hallux valgus y dedos en garra” y para “anestesia” debidamente firmados.

**4.** Previo requerimiento formulado por el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, el 10 de junio de 2019 emite informe una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal, a instancias de la compañía aseguradora. En él se indica que tras la intervención el paciente presentó “correcta consolidación de las osteotomías y la deformidad”, por lo que es alta médica, y que “por motivos desconocidos” permaneció en situación de incapacidad temporal sin seguir “controles ni visitas” en el hospital.

Destaca que en el consentimiento informado firmado por el paciente “quedan reflejadas complicaciones entre las cuales se encuentra la recidiva de la deformidad y la persistencia del dolor”.

Concluye que la actuación ha sido "conforme con los protocolos y la *lex artis*".

5. Mediante escrito notificado al interesado el 23 de agosto 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.

No consta en el expediente que se hayan formulado alegaciones.

6. Con fecha 15 de octubre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio asumiendo las consideraciones del informe pericial de la entidad aseguradora.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de octubre 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 el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación. De lo actuado se deduce que los daños que el perjudicado imputa a la sanidad pública se produjeron en el Hospital .....; centro asistencial privado con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de usuarios del Sistema Nacional de Salud. En tanto que la atención prestada al reclamante en el citado centro lo ha sido como beneficiario del sistema sanitario público, y que los servicios prestados se encuentran incluidos en el convenio singular aludido, el Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario, tal como este Consejo viene reiterando (entre otros, Dictamen Núm. 16/2015 y 218/2019), y ello sin perjuicio de la repetición de los costes a los que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento y en los términos establecidos en el citado convenio.

**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 21 de febrero de 2019, y se deduce por los daños sufridos ante la falta de “una adecuada solución diagnóstica” hasta el 13 de septiembre de 2018, cuando se objetiva la recidiva del hallux y se comunica al paciente la procedencia de una cirugía abierta, por lo 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 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 21.1 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 por los daños que el reclamante imputa a la indicación de “una técnica quirúrgica no adecuada” y la “pasividad” del servicio sanitario ante las dolencias que arrastra tras la cirugía de hallux valgus y dedos en garra practicada en octubre de 2017.

La documentación clínica incorporada al expediente acredita la persistencia de la dolencia (una deformidad residual del hallux) en el pie izquierdo del perjudicado cuando es valorado el 13 de septiembre de 2018, por lo que debemos estimar probada la efectividad de un daño.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra

causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que el interesado no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 58/2020), el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el interesado 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 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.

En el caso examinado, el perjudicado denuncia que sus dolencias en el pie izquierdo “no fueron corregidas con la técnica quirúrgica practicada (en octubre 2017) siendo precisa una nueva intervención” con cirugía abierta, de lo que deduce que se le realizó “una técnica quirúrgica no adecuada”, añadiendo un reproche por la “pasividad” o demora del servicio de salud en aportar “una adecuada solución diagnóstica”.

Sin embargo, de la historia clínica y las periciales incorporadas al expediente resulta -sin que nada haya opuesto el reclamante en el trámite de audiencia- que en 2017 se sometió a una “cirugía ambulatoria (...) percutánea del hallux valgus y 2.º dedo en martillo metatarsalgia del pie izquierdo”, tras la cual presentó una “correcta consolidación de las osteotomías y la deformidad”, por lo que recibió el alta médica hasta que un estudio radiográfico realizado el 13 de septiembre de 2018 objetiva “una recidiva de la deformidad del hallux”.

El interesado omite cualquier referencia a otras patologías concurrentes en su extremidad y no presenta pericial alguna que avale una alternativa más idónea a la operación practicada. Al respecto, el especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica advierte que en esa valoración de septiembre de 2018 que el perjudicado esgrime no se hace referencia “al resto de las patologías que presentaba el antepié cuando fue intervenido en octubre de 2017”, por lo que supone que han sido corregidas, y señala que la técnica utilizada en 2017 es la “indicada al tratarse de tres procesos que no podrían ser intervenidos en el mismo acto quirúrgico, utilizando técnicas que precisen cirugía abierta”.

En definitiva, del expediente se colige que la única dolencia que subsiste es la deformidad residual del hallux que requiere de una “cirugía abierta, con resultados aleatorios”, y que la técnica percutánea practicada en 2017 permitió corregir las restantes patologías que entonces presentaba (2.º dedo en martillo metatarsalgia del pie izquierdo), sin que nada permita sostener que esa operación fuera inadecuada.

Además, en el documento de consentimiento informado para el “tratamiento quirúrgico de hallux valgus y dedos en garra” se recoge

expresamente la “reaparición de la deformidad”, y todos los peritos informantes coinciden en apreciar que es un riesgo inherente a la operación practicada.

En definitiva, del análisis del expediente en su conjunto no se acredita ninguna actuación de los profesionales sanitarios contraria al buen quehacer médico, observándose que la técnica utilizada era correcta, por lo que no puede imputarse el daño al servicio sanitario, y los padecimientos persistentes tras la intervención son la materialización de un riesgo asumido por el paciente con la firma del consentimiento informado, por lo que no son antijurídicos.

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.