

Dictamen Núm. 78/2021

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 13 de mayo de 2021, 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 22 de marzo de 2021 -registrada de entrada el día 24 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 la asistencia recibida en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 12 de noviembre de 2019 un abogado, que dice actuar en nombre y representación del interesado, presenta a través del Registro Electrónico una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida.

Expone que el 14 de noviembre de 2018 el perjudicado “se encontraba haciendo senderismo cuando sufrió una luxación del tobillo derecho”, por lo que acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Tras serle diagnosticada una “fractura de maléolo peroneo”, se decide realizar una “osteosíntesis” y

“reconstrucción del ligamento deltoideo”, siendo alta el día 23 de noviembre de 2018.

Refiere que posteriormente “experimentó problemas constantes de dolor y limitación funcional en su tobillo derecho”, que atribuye a una “incorrecta (...) alineación de la fractura”, y añade que hubo de someterse a una nueva intervención “para corregir dicho problema”.

Por último, manifiesta que “todavía no es posible cuantificar la reclamación” al encontrarse “pendiente de recibir informe al respecto”.

Acompaña a su escrito de un poder general para pleitos y de diversa documentación clínica relativa al proceso objeto de reclamación.

2. Mediante oficio de 20 de noviembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas requiere al letrado del interesado para que en el plazo de diez días proceda a la cuantificación económica del daño o, en su caso, indique las causas que motivan la imposibilidad de realizarla, con advertencia de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido de su reclamación.

El 8 de enero de 2020, el representante del perjudicado presenta un escrito en el Registro Electrónico en el que manifiesta que “todavía no le han dado alta al lesionado (...) los fisios (*sic*) que le tratan, si bien señalamos que la cuantía de la reclamación no será superior a 15.000 euros”.

3. Con fecha 23 de enero de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica al representante del perjudicado la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. Previa petición formulada por la Instructora Patrimonial, la Gerente del Área Sanitaria VII le remite un informe del Servicio de Traumatología, los estudios radiológicos y una copia de la historia clínica relativa al proceso de referencia.

El Jefe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del hospital que intervino al paciente afirma, tras describir el proceso asistencial, que “la intervención quirúrgica transcurre sin incidencias y los controles clínicos y radiológicos intra y posoperatorios son satisfactorios”. Manifiesta desconocer “si el paciente siguió de forma adecuada las indicaciones que le dieron y que pudieron ser la causa del mal resultado quirúrgico, teniendo en cuenta que al alta el control radiológico era satisfactorio”. Por ello, considera que “no se puede hablar de tratamiento médico negligente ni de mala alineación de la fractura”.

5. Obra en el expediente a continuación el informe pericial elaborado el 29 de octubre de 2020, a instancias de la compañía aseguradora de la Administración, por una licenciada en Medicina y Cirugía, máster en Valoración del Daño Corporal. En él sostiene que “la necesidad de un nuevo tratamiento quirúrgico no significa que la atención fuese incorrecta o inadecuada, se actuó conforme a la *lex artis*, siendo ese riesgo inherente a la intervención a la que fue sometido. El paciente fue informado con anterioridad y el riesgo se encuentra contemplado en el (consentimiento informado) firmado por él”.

6. Evacuado el preceptivo trámite de audiencia mediante oficio notificado al reclamante el 4 de enero de 2021, no consta en el expediente que este haya presentado alegaciones.

7. Con fecha 23 de febrero de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Sobre la base de los informes médicos que obran en el expediente, no da por acreditada la existencia de “actuaciones contrarias a la *lex artis*”, puesto que “no se registraron incidencias intraoperatorias en la cirugía de osteosíntesis, y posteriormente el control radiológico mostró una correcta alineación”. Sostiene que las complicaciones que aparecieron “no guardan relación de causalidad con una atención inadecuada en la cirugía de

colocación de la placa, sino que constituyen la materialización de un riesgo contemplado en el consentimiento informado”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de marzo de 2021, 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 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, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

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 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 asistencia que motiva la reclamación es la intervención realizada el 20 de noviembre de 2018, por lo que, habiéndose presentado aquella el día 12 de noviembre de 2019, es claro que la acción se ha ejercitado 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, observamos que la solicitud de subsanación cursada al interesado el 20 de noviembre de 2019, al objeto de que proceda a efectuar la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial solicitada, yerra al anudar a su desatención el desistimiento de la reclamación. Al respecto, debemos recordar que el artículo 67 de la LPAC -en el que se regulan las solicitudes de iniciación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, y cuyo apartado 2 establece los aspectos que “se deberán especificar” en la reclamación- precisa, en cuanto a la evaluación económica de la responsabilidad, que solo debe especificarse “si fuera posible”. Por tanto, la intimación formulada carece de fundamento, pues una eventual falta de aportación de la evaluación económica, en caso de no ser posible en el

momento en el que se requiere, no supone incumplimiento del deber de subsanar y, en consecuencia, no puede dar lugar a una resolución por desistimiento.

Asimismo, 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 el reclamante atribuye a una negligencia médica.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que el día 14 de noviembre de 2018 el perjudicado acude al Servicio de Urgencias de un hospital público por "traumatismo de tobillo derecho tras resbalarse mientras caminaba por el monte". Tras diagnosticarle una "fractura suprasindesmal de maléolo peroneo", se decide intervenirle quirúrgicamente el 20 de noviembre de 2018, practicándosele "osteosíntesis fx peroneal y reconstrucción del ligamento deltoideo", siendo alta por "buena evolución" el 23 de noviembre de 2018.

En lo que atañe al daño, hemos de comenzar por recordar que pesa sobre quien reclama la carga de probar la existencia del daño que alega, así como la relación causal con la actividad (o inactividad en este caso) de la Administración, y en este sentido no hay constancia de que el perjudicado experimentase "problemas constantes de dolor y limitación funcional en su tobillo derecho" tras la intervención, ni de que se haya sometido a una nueva

cirugía en Inglaterra (su país de origen), pues la documentación clínica que obra en el expediente se refiere al periodo comprendido entre el 14 y el 23 de noviembre de 2018; es decir, al ingreso hospitalario del paciente, donde tras realizársele la operación con éxito fue dado de alta por buena evolución, según acabamos de exponer.

Dado que no constan actuaciones posteriores en el Servicio de Salud del Principado de Asturias, desconocemos cuál fue la evolución y las posibles complicaciones que, según indica en la reclamación, requirieron que se le practicara una nueva intervención en Inglaterra, pues no aporta ningún documento que acredite la realidad de esa cirugía ni las dolencias que invoca.

En consecuencia, faltando en la presente reclamación la acreditación del primero de los requisitos que justifican la declaración de responsabilidad patrimonial, cual es la prueba de la efectividad del daño alegado, la misma ha de ser desestimada.

A mayor abundamiento, aunque se apreciara la concurrencia de algún daño nuestro pronunciamiento no variaría. Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 80/2020), 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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

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

Pese a incumbir a quien reclama la prueba de las alegaciones que sostiene, el perjudicado no ha desarrollado en vía administrativa ninguna actividad probatoria en relación con la supuesta mala praxis de los profesionales del servicio público sanitario en el proceso asistencial seguido, limitándose su letrado a anunciar la presentación de una documentación que nunca llegó a proporcionar. Por ello, este Consejo ha de formar su juicio al respecto de la posible existencia de una infracción de la *lex artis* y de su relación causal con los daños que se alegan sobre la base de la documentación que obra en el expediente.

En el supuesto examinado, el interesado afirma que se ha “realizado una alineación incorrecta de la fractura que ha motivado todos los problemas de salud que ha sufrido (...) y que ha hecho precisa una cirugía posterior correctiva”.

Estas imputaciones son refutadas por el Jefe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del hospital que intervino al paciente, al aseverar que “la intervención quirúrgica transcurre sin incidencias y los controles clínicos y radiológicos intra y posoperatorios son satisfactorios”. Refiere que “al alta el 23-11-2018 la herida quirúrgica está en perfecto estado y

se le explican al paciente en inglés los cuidados posoperatorios”, haciéndosele entrega de la medicación que debe tomar.

En efecto, revisada la documentación clínica se observa que el informe quirúrgico no recoge ninguna incidencia (documento 06.03), y el informe de alta, firmado el 23 de noviembre de 2018, corrobora que la evolución posoperatoria fue favorable, “con dolor bien controlado, férula bien tolerada y una exploración neurovascular distal correcta”, así como una “adecuada evolución” de las heridas quirúrgicas, por lo que se autoriza el alta con las recomendaciones de “elevación de la extremidad./ Control en 2-3 semanas por traumatólogo de referencia aseguradora./ Mantener férula y deambulaci3n en descarga 2-3 semanas previo control radiol3gico./ Curas de la herida en 48-72 horas”. Tambi3n se le entreg3 un informe complementario de enfermer3a con observaciones sobre los cuidados a realizar (folio 31).

Al respecto, el Jefe del Servicio implicado se3ala desconocer “si el paciente sigui3 de forma adecuada las indicaciones que se le dieron y que pudieron ser la causa del mal resultado quirúrgico, teniendo en cuenta que al alta el control radiol3gico era satisfactorio”. Por ello, considera que “no se puede hablar de tratamiento m3dico negligente ni de mala alineaci3n de la fractura”. Por 3ltimo, pone de manifiesto que se desconocen “las causas que condujeron” a que el paciente “tuviera que ser intervenido en su pa3s, pero ninguna de ellas imputables a este Servicio de Salud”.

Nada opone al respecto el reclamante, quien ni siquiera comparece durante el tr3mite de audiencia. As3 las cosas, nos encontramos desprovistos de cualquier informaci3n posterior al alta hospitalaria que permita advenir si el interesado acudi3 al control traumatol3gico recomendado -y, en su caso, cu3l fue la impresi3n del facultativo- o si sigui3 las pautas indicadas al alta. Esta ausencia de informaci3n sobre el curso posoperatorio, as3 como sobre las actuaciones seguidas -y que pudieron influir en la evoluci3n del paciente-, nos impide establecer una relaci3n causal entre el tratamiento dispensado y el da3o reclamado.

A mayor abundamiento, no podemos desconocer que la necesidad de ser reintervenido es un riesgo de la cirug3a de osteos3ntesis conocida por el

paciente pues, tal y como advierte la facultativa que informa por cuenta de la compañía aseguradora, “la necesidad de un nuevo tratamiento quirúrgico no significa que la atención fuese incorrecta o inadecuada, se actuó conforme a la *lex artis*, siendo ese riesgo inherente a la intervención a la que fue sometido. El paciente fue informado con anterioridad y el riesgo se encuentra contemplado en el (consentimiento informado) firmado por él”. En efecto, el propio interesado aporta un “documento de consentimiento informado para osteosíntesis de fractura de tobillo derecho”, signado el 19 de noviembre de 2018, que incluye entre los riesgos descritos la existencia de “complicaciones comunes y potencialmente serias que podrían requerir tratamientos complementarios, tanto médicos como quirúrgicos,; así como la posibilidad de que “al año de la intervención sea precisa una segunda operación para extraer el material colocado en la primera” (folio 18).

Por último, el Jefe del Servicio de Traumatología reseña que la intervención se pospuso unos días ante el “severo edema” que presentaba en el tobillo, “extremo que se comunica al paciente en inglés por no entender castellano”. En un primer momento el interesado decide ser repatriado para ser operado en su país; pero posteriormente comunica al médico encargado de la visita -16 de noviembre de 2018- su deseo de ser intervenido en este centro “para continuar su recuperación”. El hospital queda a la espera de la decisión de la compañía aseguradora, que finalmente resuelve que se pueda operar en dicho hospital. Todo ello se registra en las notas de progreso que obran en la historia clínica (folio 3 del documento 06.06.)

De lo anterior se desprende que el paciente fue en todo momento informado del proceso asistencial, respetando su voluntad de ser intervenido en el Área Sanitaria VII, de conformidad con lo establecido en el Real Decreto 81/2014, de 7 de febrero, por el que se establecen Normas para garantizar la Asistencia Sanitaria Transfronteriza, y por el que se modifica el Real Decreto 1718/2010, de 17 de diciembre, sobre Receta Médica y Órdenes de Dispensación (en la fecha en que se produjo el daño -noviembre de 2018- el Reino Unido era un Estado miembro de la Unión Europea).

En definitiva, y reiterando que la efectividad del daño no resulta acreditada a la luz de los informes médicos incorporados al expediente, consideramos que la actuación del servicio público sanitario ha sido adecuada y conforme a la *lex artis ad hoc*, por lo que la pretensión no puede ser acogida.

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.