

Dictamen Núm. 129/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 9 de junio de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 8 de marzo de 2022 -registrada de entrada el día 18 del 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 prestada por el servicio público sanitario a su hija.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 25 de mayo de 2021, el interesado presenta en el registro del Ayuntamiento de Gijón una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida a la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias- por los daños y perjuicios que afirma haber sufrido como consecuencia de la asistencia prestada por el servicio público sanitario a su hija.

Tras describir el curso de la asistencia prestada a la menor para el tratamiento de una patología de espalda que le fue diagnosticada en el mes de enero de 2020 y para cuyo abordaje se pautó inicialmente tratamiento

conservador, señala que los facultativos intervinientes propusieron, a la vista de su evolución, la posibilidad y conveniencia de abandonar aquel tratamiento y sustituirlo por un abordaje quirúrgico de la misma, siendo informados convenientemente los dos progenitores de la niña -que llegaron a firmar incluso el preceptivo consentimiento informado- e incluida en lista de espera quirúrgica. No obstante, el reclamante consideró necesario obtener mayor información en relación con la patología en presencia y las posibles alternativas de tratamiento, lo que dio como resultado un alargamiento del proceso clínico en el que se suceden consultas a las que la menor acude acompañada en ocasiones por ambos progenitores y en otras de manera separada con uno de ellos, al término del cual el interesado revoca el consentimiento informado inicialmente prestado para el tratamiento quirúrgico propuesto.

Indica que como consecuencia de ello ha sufrido lesiones consistentes en “la falta de información y la falta de confianza en el equipo médico” que “ha motivado la revocación del consentimiento de la operación, cancelándose con el perjuicio emocional” de su hija y de “toda la familia (...), produciéndose una sensación de indefensión, así como el deterioro de la relación paterno-filial”.

En cuanto a la evaluación económica del daño, manifiesta que “a día de hoy, y sin perjuicio de poder concretar la cantidad reclamada, se fija de manera provisional en la suma” de diez mil euros (10.000 €).

2. Mediante oficio de 31 de mayo de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado 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 Instructora Patrimonial actuante, la Gerencia del Área Sanitaria V le remite el 18 de junio de 2021 una copia de la

historia clínica de la paciente y los informes elaborados por los Servicios de Cirugía Ortopédica y Traumatología y de Rehabilitación.

El primero de ellos, tras resumir los hechos clínicos del proceso asistencial, señala que “en todas las consultas realizadas se ha explicado al progenitor que acompañaba a la paciente el proceso y se han aclarado todas las dudas que en ese momento tuviera”, precisando que “está incluida en (lista de espera quirúrgica) desde el 12-11-2020”. Aclara que ese día la niña acudió en compañía del reclamante, “que firmó el documento de inclusión en lista de espera y se le dio una copia del consentimiento informado (...). Se programa la intervención (...), teniendo que suspenderse finalmente por la imposibilidad de tener quirófano disponible ese día./ Se habla telefónicamente” con el interesado, que “nos informa de que (...) está pendiente de una segunda valoración (...). Ante la ausencia de nuevas informaciones se vuelve a programar (...). El 19-04-21, a través de Atención al Usuario, se recibe la revocación del consentimiento informado” por parte del reclamante, “por lo que se suspende la intervención (...). Dado que la patria potestad es compartida, (no se trata de una cirugía de vida o muerte, sino una cirugía electiva) no puedo intervenir” a la menor “sin tener el consentimiento de ambos progenitores”.

Reseña, finalmente, que “la relación médico-paciente-familia se encuentra gravemente alterada, lo cual repercute directamente en la atención que se puede prestar”.

En el informe del Servicio de Rehabilitación se recoge el tratamiento prescrito y el resultado del inicialmente pautado para el tratamiento de la patología de base diagnosticada a la niña.

4. Mediante oficio de 13 de septiembre de 2021, el Instructor del procedimiento se dirige a la madre de la paciente “a fin de recabar su consentimiento”, indicándole que este “puede ser tácito, para el cual basta con la no oposición a la reclamación patrimonial, o expreso mediante escrito en el que se haga constar el mismo”.

En respuesta a este requerimiento, el 14 de octubre de 2021 la madre de la niña presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que manifiesta expresamente que “no presta su consentimiento con la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta ante esta Administración”.

5. Ante la discordancia constatada entre los dos progenitores y previa consulta efectuada por el Instructor del procedimiento, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias informa, con fecha 18 de octubre de 2021, que “conforme al art. 18 LJCA los menores de edad no tienen capacidad procesal para actuar en el proceso judicial contencioso-administrativo que pueda derivarse del expediente de responsabilidad patrimonial, de tal manera que necesitan de la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad al no hallarse en pleno ejercicio de sus derechos civiles (art. 7 LECiv). Por otro lado, la necesidad de integración de la falta de capacidad procesal de los menores de edad constituye un presupuesto procesal del que depende la válida constitución de la relación jurídica procesal, cuya naturaleza de orden público determina que su falta sea apreciable de oficio en cualquier momento procesal, debiendo considerarse que en el presente caso la falta de capacidad procesal del menor de edad se completa de forma suficiente con la representación de uno de los progenitores, no siendo necesario que la representación se ejerza conjuntamente por ambos”.

6. El día 22 de octubre de 2021, la Instructora Patrimonial actuante emite un informe técnico de evaluación sobre la asistencia sanitaria recibida por la niña para el tratamiento de la patología de base, antecedente fáctico de la reclamación que nos ocupa. En él concluye que, “a la vista de la documentación aportada al expediente, queda acreditada la prestación de la asistencia sanitaria conforme a lo dispuesto en la literatura médica”.

7. Mediante oficio notificado al reclamante el 16 de noviembre de 2021, 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 copia de los documentos obrantes en el expediente.

No consta en este que se hayan formulado alegaciones durante dicho trámite.

8. Con fecha 20 de diciembre de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de marzo de 2022, 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 personal se ha podido ver directamente afectada por los hechos que la motivaron.

Accionando aquí el reclamante por daños propios, se advierte la confusión en la que se incurre al recabar el criterio del otro progenitor de la menor y solicitar un informe sobre la necesidad de su consentimiento, que se evidencia estéril cuando el interesado acciona por daños irrogados a su propia persona. Asimismo, se yerra en invocar el artículo 18 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa a los efectos de determinar la capacidad procesal de la menor para ejercitar una acción de responsabilidad patrimonial, dado que la reclamación aquí examinada se formula exclusivamente por los daños padecidos por uno de los progenitores con relación a la asistencia sanitaria prestada a su hija y no por los sufridos por esta accionando en su nombre.

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, el reclamante -padre de la menor- acciona únicamente en su propio nombre y derecho por los daños que asocia al tratamiento prestado por el servicio público sanitario a su hija a raíz de una patología de la columna vertebral -carente de trascendencia vital- que le fue diagnosticada en el mes de enero de 2020. Entre las alternativas de tratamiento propuestas figura a partir de un momento determinado el

abordaje quirúrgico de la misma, para lo cual los dos progenitores habían prestado el preceptivo consentimiento informado, si bien finalmente uno de ellos -el ahora reclamante- considera que se le ofreció una información defectuosa sobre el tratamiento quirúrgico revocando, con fecha 19 de abril de 2021, aquel consentimiento. Atendiendo el planteamiento expuesto, y tomando como referencia esta última fecha, es claro que la reclamación presentada el 25 de mayo de 2021 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.- Nos encontramos ante una reclamación de responsabilidad patrimonial en la que el interesado, accionando en su propio nombre y derecho, solicita ser "resarcido por los daños y perjuicios que le fueron ocasionados" por los hechos que expone en un prolijo relato plagado de

reproches y recelos tanto en relación con la conducta de la otra progenitora, como de los profesionales del servicio público sanitario público frente al que reclama, y entre los que se cuestiona la corrección del tratamiento pautado a la menor a raíz de una patología de espalda carente de trascendencia vital que le fue diagnosticada en el mes de enero de 2020.

Basta con atender a la literalidad de la reclamación para concluir que la misma se formula con base en un interés exclusivo del reclamante y por los daños y perjuicios que entiende le han sido causados a su propia persona, y no a su hija, cuya guardia y custodia comparte con la otra progenitora.

Por otra parte, dado que el interesado no califica ni explicita la naturaleza de los daños que entiende se le han ocasionado y que cifra “a día de hoy, y sin perjuicio de poder concretar la cantidad reclamada (...), de manera provisional en la suma” de 10.000 €, nos vemos forzados a suponer a la vista de la descripción de las “lesiones sufridas”, consistentes en “la falta de información y la falta de confianza en el equipo médico” que “ha motivado la revocación del consentimiento de la operación, cancelándose con el perjuicio emocional” de su hija y de “toda la familia (...), produciéndose una sensación de indefensión, así como el deterioro de la relación paterno-filial”, que tales daños y perjuicios tendrían que estar próximos a lo que normalmente se viene conceptuando como daños de orden moral.

Planteada la cuestión en estos términos, conviene recordar en primer lugar que este Consejo viene señalando (por todos, Dictamen Núm. 10/2014) que el primer requisito que debe satisfacer toda reclamación de responsabilidad patrimonial es que el daño alegado ha de ser efectivo, esto es, real, y que su existencia ha de quedar acreditada en el expediente. Este requisito constituye el núcleo esencial de cualquier reclamación, de modo que su ausencia determina el fracaso de toda pretensión indemnizatoria que se sustente en meras especulaciones, lo que implica que, por regla general, únicamente sean indemnizables los perjuicios ya producidos.

En cuanto a la efectividad de los daños morales, es doctrina reiterada de este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 97/2006, 16/2017 y 13/2019) que, a pesar de las dificultades que plantea cualquier intento de aproximación

desde la perspectiva de parámetros o módulos objetivos, “ello no destruye el principio de que quien alega debe probar”, pues “la carga de la prueba es liviana, pero existe”, y aunque venimos presumiendo o deduciendo la realidad del daño moral en atención a la gravedad de las circunstancias concurrentes en casos concretos, fuera de esos supuestos en los que cumple probar el hecho lesivo por evidenciarse -mediante presunción legal o del juzgador- su enlace directo con un padecimiento moral según las reglas del criterio humano, no es posible indagar en la inmanencia del ser doliente. De ahí que en el común de los casos se requiera de manifestaciones físicas o psíquicas de entidad suficiente como para hacer real, efectivo y evaluable económicamente ese malestar. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo recaída en torno al daño moral en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración, “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-, 30 de junio de 2006 -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 asunto examinado, al margen de una genérica remisión en el momento de describir las “lesiones sufridas” a una supuesta “falta de información” a la que liga una “falta de confianza en el equipo médico” que -según manifiesta- “ha motivado la revocación del consentimiento de la operación”, no existe prueba alguna de esa singular y notoria repercusión en la esfera, ni física ni psíquica, del reclamante, sin que ni siquiera aluda a un mínimo padecimiento psicofísico singular y atendible. En estas condiciones, no es factible dar por acreditado un padecimiento moral resarcible asociado -tal y como se pretende- a la forma en la que se venía desarrollando la asistencia prestada a la menor por parte del servicio público sanitario. Esto es, no se objetiva en lo actuado un daño moral efectivo y acreditado en el interesado, sin que las dudas y riesgos asociados a la decisión de una intervención quirúrgica alcancen un padecimiento moral singular y resarcible.

En consecuencia, no habiendo quedado acreditada, a la vista de la documentación incorporada al expediente, la concurrencia del primero de los requisitos que debe valorarse en el análisis de cualquier reclamación de responsabilidad patrimonial -cual es la "efectiva realización de una lesión o daño antijurídico"-, procede su desestimación.

Por lo demás, de los informes emitidos por los servicios intervinientes y del informe técnico de evaluación, documentación de la que el reclamante tomó conocimiento en el trámite de audiencia sin presentar alegaciones de contrario, se desprende que la atención sanitaria recibida por la menor afectada se ha desenvuelto en todo momento conforme a lo que la literatura médica prescribe para la patología que padece.

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.