



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero
Sr. Ramos Antón, Consejero y
Ponente

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 16 de septiembre de 2015, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 4 de agosto de 2015 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhh1 de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite el día 6 de agosto de 2015, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 340/2015, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por la Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Ramos Antón.

Primero.- El 26 de mayo de 2014 Dña. xxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autonómica, debido a los daños y perjuicios sufridos por la evolución tórpida de una intervención quirúrgica

de *hallux valgus*, practicada en el centro concertado Hospital hhh1 de xxxx1, y por la deficiente asistencia sanitaria recibida por la Gerencia Regional de Salud.

La reclamante considera que se le ha causado un daño desproporcionado y que el retraso en solucionar sus padecimientos, concretamente la demora en la realización de una resonancia y la posterior cirugía, suponen una pérdida de oportunidades terapéuticas.

Relata los hechos de la siguiente forma:

«El día 27 de mayo de 2013 fui intervenida quirúrgicamente de Hallux-Valgus en el Sanatorio hhh1 de xxxx1, procedente de las listas de espera de SACYL.

»(...) Tras una evolución tórpida, en la que la herida no sana adecuadamente, fue reintervenida el día 4 de julio de 2013, eliminando esfacelos y restos de hueso en viruta.

»(...) No obstante ello, la herida sigue sin cerrar bien, por lo que con fecha 21 de agosto de 2013 fui nuevamente intervenida para intentar despegar una adherencia de la cicatriz. Esta intervención tampoco tuvo éxito.

»(...) Después de 23 sesiones de fisioterapia, el médico rehabilitador no evidencia evolución ninguna, puesto que el dolor persiste, y me recomienda realizar una electromiografía para descartar un posible SDRC.

»(...) Con el informe del Fisioterapeuta, acudí nuevamente a consulta con Traumatología en el Hospital hhh1 de xxxx1. El traumatólogo desechó la realización de la electromiografía, indicando en su lugar nueva intervención quirúrgica, para intentar despegar la cicatriz. Por lo que el día 21 de octubre de 2010 se intentó nuevamente revisión quirúrgica de la cicatriz, consistente en liberación percutánea bajo anestesia local e hidropresión, con idéntico fracaso que las anteriores ocasiones.

»(...) Ante esta situación, y los meses transcurridos, busqué una segunda opinión con un médico distinto. Fui atendida por el Dr. (...), del Hospital hhh2 de xxxx2. A la exploración, sospechó de una posible lesión de un nervio, por lo que solicitó la realización de electromiografía. El Dr. (...) indicó que, si su

sospecha se confirmaba con la electromiografía, la solución era necesariamente quirúrgica. Además, añadió, era necesario liberar nuevamente la cicatriz mediante cirugía.

»(...) Dicha prueba se realizó el día 18 de noviembre de 2013 en el Hospital hhh3 de xxxx1, confirmándose las sospechas del Dr. (...), al diagnosticar la lesión del nervio plantar medial izquierdo.

»(...) Con fecha 16 de mayo de 2014 formulé Queja ante la Gerencia de Salud de Área de xxxx1, en relación al tiempo de espera absolutamente desproporcionado para realizar una RM, solicitando se me citara de forma urgente. Haciendo saber que dicho retraso supone, a su vez, una demora en la cirugía que me ha sido indicada, pues hasta que no cuente con la RM realizada, no seré incluida en listas de espera quirúrgica”.

Se adjunta a la reclamación diversa documentación médica, una solicitud de atención urgente realizada a la Gerencia Regional de Salud y una cita a reconocimiento médico para la valoración de su incapacidad temporal.

No cuantifica la indemnización solicitada.

Segundo.- Obran en el expediente, además de la historia clínica de la reclamante, los siguientes informes, entre otros:

- Informe de un facultativo del Servicio de Traumatología y Ortopedia del Hospital hhh3 de xxxx1 de 9 de junio de 2014, en el que señala que “la exploración neurofisiológica realizada muestra signos sugerentes de afectación del nervio plantar medial izquierdo de carácter desmielinizante e intensidad leve en el momento actual”. Añade que “la lesión deberá aclararse definitivamente mediante la práctica de la RRM y de un nuevo EMG pues el anterior se realizó hace 7 meses.”

- Informe emitido por un facultativo del Hospital hhh1 de xxxx1 el 3 de julio de 2014, en el que se indica que realizada una RRM de la paciente se descarta neuroma. Se constata que presenta “hallazgos de artrosis de la articulación metatarsofalánica (lo normal de un *hallus-valgus* en pacientes >40 años) sin colecciones periarticulares, ni necrosis ósea”, lo que confirma que “el

nervio plantar no ha sido afectado por la intervención ya que esta solo afecta lateralmente no al plantar”.

Adjunta, además de diversa documentación médica, un informe médico sobre la evolución de la paciente y otro sobre la reclamación presentada, en el que se concluye que “la paciente puede presentar un dolor residual pericicatricial (riesgo asumido al operarse de un *hallux-valgus* y expresado en el consentimiento informado escrito que ella firmó). Pero dadas las pruebas diagnósticas realizadas (electromiografía y resonancia magnética del pie) considero que el dolor tan desproporcionado e invalidante en dicho pie difícilmente puede deberse a la cirugía realizada.

»No obstante, espero que sus especialistas de Sacyl puedan dar con la patología que justifique, según ella refiere, un cuadro clínico tan florido, invalidante y con tanta repercusión en la vida de la paciente”.

- Informe emitido por la Inspección Médica el 15 de septiembre de 2014 en el que se concluye que “La asistencia prestada se realizó conforme la *lex artis*. El resultado de la intervención fue bueno con *hallux valgus* corregido y sin recidiva hasta el momento actual.

»La paciente tenía antecedentes personales de problemas de cicatrización que favorecieron la evolución tórpida de la herida y la formación de adherencias cicatriciales a planos profundos. Ambos problemas fueron tratados en tiempo y forma. La clínica florida e invalidante que alega en la reclamación no se corresponde con el resultado de las pruebas diagnósticas realizadas en julio-agosto 2014. Las lesiones residuales alegadas: dolor y/o neuroma son complicaciones asumidas por la paciente al firmar el consentimiento informado previo a la intervención quirúrgica. El neuroma ha sido descartado en las 2 RM realizadas. El dolor puede corresponder a dolor residual pericicatricial.

»La paciente no tiene indicada ninguna intervención quirúrgica. Se le ha derivado a unidad del dolor para valorar alternativas terapéuticas al dolor que refiere”.

- Informe médico pericial emitido a instancias de la compañía aseguradora de la Administración, elaborado colegiadamente por diversos especialistas el 26 de diciembre de 2014, en el que se señala que “No aprecio

que haya existido mala *praxis* alguna en el tratamiento de esta paciente, habiendo actuado los profesionales implicados conforme a *lex artis* durante todo el proceso. La mala evolución podía suceder como complicación inherente a la cirugía, estando así reflejado en el C.I. firmado por la paciente 20 días antes de la cirugía.”

Tercero.- Por Resolución de la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxx1 de 5 de junio de 2014 se nombra instructor del procedimiento.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia, el 12 de febrero de 2015 la reclamante presenta alegaciones.

Quinto.- El 17 de abril el Hospital hhh1 de xxxx1 presenta un escrito en el que solicita la desestimación de la reclamación presentada.

Sexto.- El 29 de junio la Dirección General de Asistencia Sanitaria de la Gerencia Regional de Salud formula una propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Séptimo.- El 15 de julio de 2015 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de orden mencionada.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.i), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.g) del Acuerdo de 6 de marzo de 2014, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

No obstante, debió requerirse a la reclamante para que, en cumplimiento del artículo 6 del citado Reglamento aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, evaluara económicamente, si fuera posible, la responsabilidad patrimonial con el fin, entre otros extremos, de poder decidir sobre su sometimiento o no al preceptivo dictamen de este Consejo Consultivo.

Igualmente, debe ponerse de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (26 de mayo de 2014) hasta que se formula la propuesta de orden (29 de junio de 2015). Estas circunstancias se constituyen una vulneración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente como una infracción de los principios y criterios que han de regir su actuación recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros.

3ª.- Concurren en la reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre -la intervención quirúrgica que origina los daños y perjuicios reclamados se practicó el 27 de mayo de 2013, mientras que la reclamación de responsabilidad patrimonial se presenta el 26 de mayo de 2014.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece 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”.

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

No obstante, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con aquél que pueda producirse.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño viene determinado por el criterio de la *lex artis*. La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración Sanitaria y sus agentes estén obligados a poner a disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada, según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis ad hoc* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, que está, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño -por no ser éste antijurídico- cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

Finalmente, debe mencionarse la reiterada jurisprudencia según la cual "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida".

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, este Consejo Consultivo comparte el criterio recogido en la propuesta de orden y considera que la reclamación debe desestimarse.

La presunción favorable a la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración que puede generar un mal resultado o lesión, cuando ésta -por

su desproporción con lo que es usual en otros casos, según las reglas de la experiencia y el sentido común- revele una posible negligencia en los medios empleados según el estado de la ciencia, o el descuido en su utilización, hace que los principios generales aplicables a la carga de la prueba se excepcionen, o se apliquen con las matizaciones precisas.

Así, ante ciertos hechos objetivos puede presumirse la existencia de responsabilidad, aun no probada de forma directa, cuando las circunstancias del caso y el sentido común indican que el hecho dañoso no hubiera tenido lugar de no mediar una quiebra de la *lex artis*, por la anormalidad de las consecuencias según el estado actual de la ciencia y una conducta profesional diligente.

La doctrina y la jurisprudencia han creado para estos supuestos la "teoría del daño desproporcionado", "daño exagerado", o culpa virtual aplicable a "aquellos casos en que la producción de un daño desproporcionado o inexplicable constituye en determinadas circunstancias, como puede ocurrir en el ámbito de la sanidad, una evidencia o demostración de la existencia de negligencia por parte de los responsables del servicio en tanto por éstos no se pruebe haber actuado con diligencia y haber adoptado las medidas de prevención y de precaución adecuadas" (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007). Se citan como antecedente numerosas sentencias del mismo Tribunal, como las de 13 de diciembre de 1997, 9 de diciembre de 1998, 29 de junio de 1999, 23 de noviembre y 30 de diciembre de 2002, 30 y 31 de enero y 8 de mayo de 2003.

La doctrina la configura como un instrumento orientado a la supresión de las frecuentes dificultades probatorias con que se encuentra el paciente reclamante por una posible responsabilidad médico-sanitaria. No obstante, la propia jurisprudencia se encarga de precisar que, con su aplicación, no se trata de que opere una total inversión en la carga de la prueba, dado que la Administración Sanitaria puede acreditar la aplicación por su parte de todas las medidas de seguridad exigibles y la adecuación de su actuación a las reglas de la *lex artis* y explicar la razón por la que, pese a aquellas medidas, se produjo un daño desproporcionado inevitable.

Por ello, el daño desproporcionado nunca debe equipararse al "riesgo típico" de la intervención (normalmente contenido en el consentimiento informado de forma más o menos genérica), de modo que, si a pesar de una técnica quirúrgica impecable se materializa el denominado "riesgo típico" del que

el paciente fue oportunamente informado y que se produjo por causas inevitables, o si el profesional médico ajusta su actuación a los parámetros de la *lex artis ad hoc*, no habrá ningún tipo de responsabilidad, ni resultará aplicable, en consecuencia, la teoría del daño desproporcionado (por todos, dictámenes de este Consejo 355/2005, 1.054/2007 o 919/2009, todos ellos relativos a complicaciones y/o secuelas típicas y frecuentes en un determinado acto médico).

Esta teoría tampoco supone una total inversión de la carga de la prueba, porque quien reclama necesariamente ha de probar la existencia del daño, su carácter desproporcionado y, lógicamente, la relación de causalidad con la intervención sanitaria. A la Administración frente a la que se reclama le corresponde la posible prueba sobre la interferencia en la relación causal de otros elementos o circunstancias imprevisibles o incontrolables que pudieran haber determinado el resultado dañoso. En este sentido pueden citarse el Dictamen del Consejo Consultivo de Castilla y León 67/2008, que se refiere precisamente a un problema de cicatrización de la paciente tras una intervención quirúrgica.

Por ello, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2007 concluye que la existencia de un resultado desproporcionado no determina por sí sola la existencia de responsabilidad sanitaria, sino "la exigencia (...) de una explicación coherente acerca del porqué de la importante disonancia existente entre el riesgo inicial que implicaba la actividad médica y la consecuencia producida". Por otro lado, si se materializa un riesgo típico del que el paciente no ha sido oportunamente informado, entonces el centro sanitario implicado será responsable, pero no en virtud de la teoría del daño desproporcionado, sino en virtud de la omisión del consentimiento informado.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 5 de enero de 2007 señala que la teoría tiene su razón de ser ante la realidad de un daño que excede notoriamente de los que comparativamente quepa estimar como consecuencia asumible de una intervención médica -sobre el que siempre habría de darse previamente información para obtener el consentimiento del paciente, que aceptaría así el riesgo de su producción-, lo que provocaría que deba inducirse que existió mala *praxis* médica o insuficiencia de los medios empleados.

En el mismo sentido pueden citarse los Dictámenes de este Consejo 912/2009, de 9 de octubre, 1.024/2008, de 3 de diciembre, y 422/2012, de 2 de agosto.

En el presente caso la intervención quirúrgica se ajustó a la patología que padecía la paciente (*hallux valgus* moderado) y a sus antecedentes de mala cicatrización. Posteriormente, los problemas de curación sufridos fueron tratados de forma adecuada, precisando de dos pequeñas intervenciones más, para limpieza de la herida y el despegamiento de cicatriz.

El planteamiento utilizado por la reclamante, que atribuye sus padecimientos a una lesión del nervio plantar interno producida en la cirugía del 27 de mayo de 2013, fue descartado por las resonancias realizadas el 26 de junio y el 17 de julio de 2014, pruebas diagnósticas que constatan que no existe tal lesión, por lo que a juicio de los informes de los facultativos obrantes en el expediente, debe tratarse de un dolor residual pericicatricial, complicación asumida por la paciente al firmar el consentimiento informado previo a la intervención quirúrgica, lo que descarta, al tratarse de un riesgo típico y consentido, tanto el daño desproporcionado como la pérdida de oportunidad terapéutica esgrimida.

Los informes obrantes en el expediente ponen de manifiesto que el daño alegado es un riesgo descrito en la literatura médica, previamente informado y aceptado por la interesada a través de la firma del documento de consentimiento informado y que, pese a existir relación causal entre el funcionamiento del servicio y el daño producido, éste no reúne la nota de antijuridicidad necesaria para apreciar la existencia de una lesión resarcible.

Por otro lado, respecto al problema de la infección de la herida acaecida después de la intervención y el dolor en el dedo que ha persistido, a pesar de los diferentes tratamientos efectuados, hay que indicar que igualmente se trata de unas complicaciones que figuraban, entre otras, en punto 5 del consentimiento informado firmado ("Neuromas de nervios digitales; y (...) molestias residuales que pueden requerir tratamiento ortopédico y/o médico y en algunas ocasiones una 2ª intervención"). Por tanto, no ha existido una falta de información de los riesgos o complicaciones cuando, tal y con consta en el expediente, la paciente ha firmado el consentimiento informado.

Las conclusiones que en este sentido sientan los informes incorporados al expediente no han sido desvirtuadas por las alegaciones de la reclamante, que aunque cuestiona la asistencia médica practicada y con ello la observancia de la *lex artis*, carecen del aval de informe alguno y ceden, por tanto, frente a la

rotundidad con que las opiniones técnicas señaladas dictaminan a favor de la corrección del tratamiento dispensado y de la adecuación de la información que le fue suministrada; juicios que tienen, además, la garantía de haber sido emitidos por profesionales médicos.

Puede considerarse, por tanto, al acoger dichos argumentos, que no existen razones objetivas que permitan constatar que la actuación de los profesionales haya sido negligente e incorrecta, ni que los medios utilizados hayan sido inadecuados, por lo que no cabe apreciar responsabilidad patrimonial de la Administración Autonómica. En consecuencia, la reclamación presentada debe desestimarse por considerar que los daños sufridos por la paciente no pueden ser considerados antijurídicos. Además de ello, el tratamiento dispensado fue correcto y las actuaciones seguidas al respecto adecuadas, según la *lex artis ad hoc*.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhh1 de xxx1.