



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Ramos Antón, Consejero y
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 4 de febrero de 2016, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx*, 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 15 de enero de 2016 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. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 21 de enero de 2016, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 11/2016, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por 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 14 de octubre de 2013 Dña. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a la deficiente asistencia sanitaria prestada en el Hospital hhhh de xxxx1.

En dicho escrito expone que "al menos desde el año 2010, la compareciente viene siendo tratada en el Servicio de Traumatología del Hospital hhhh de xxxx1, (...) por dolores en ambos pies, más agudizados y graves en el pie derecho, siendo diagnosticada de Hallus Valgus y metatarsalgia del pie derecho. Este diagnóstico ya fue establecido el 15-3-2010. Por lo tanto, el tratamiento se ha centrado fundamentalmente en el pie derecho.

»Después de agotar otros tratamientos que no resultaron eficaces, por parte del personal médico del Servicio de Traumatología del citado hospital, se acordó la intervención quirúrgica de su pie derecho, toda vez que éste era el afectado del diagnóstico con mayor gravedad (...).

»(...) se propuso la intervención quirúrgica para el citado pie derecho y ésta tuvo lugar el 10-11-2011, pero la intervención no se realizó en el pie derecho, sino en el izquierdo, es decir, por error, se intervino este pie cuando la realidad era que no necesitaba tal intervención.

»La intervención quirúrgica del pie izquierdo ha provocado la aparición de nuevas lesiones o empeorado el estado en el que se encontraba con anterioridad. Estas consecuencias son lógicas pues las pruebas que se habían realizado eran para la intervención del pie derecho y con esas mismas pruebas se ha intervenido el pie izquierdo.

»Tal es así que, por prescripción médica, se le ha vuelto a intervenir del pie izquierdo el día 17-6-2013."

Considera, por lo tanto, que no se ha solucionado el problema que tenía en el pie derecho, al no haber sido intervenido quirúrgicamente, y que el pie izquierdo, que afirma que no debió haberse intervenido, se encuentra peor, por lo que se necesita una nueva intervención quirúrgica.

Solicita una indemnización de 101.666,08 euros, por los siguientes conceptos: 9 días de hospitalización, 694 días improductivos, 15 puntos de secuelas, más un 10% de factor de corrección, 35.000 euros por incapacidad permanente total y 5.000 euros por daños morales.

Adjunta junto al escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, copia de diversa documentación médica.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informe del Jefe de Servicio de Traumatología del Complejo Hospitalario de xxx1 de 7 de noviembre de 2013, informe médico pericial emitido a instancia de la compañía aseguradora de la Administración e informe de inspección médica de 8 de agosto de 2014.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia, se presentan alegaciones, en las que se reitera la pretensión inicialmente deducida.

Consta asimismo, la aportación por la interesada, en fecha 19 de noviembre de 2015, de resolución de la Dirección Provincial del INSS en la que se reconoce que en fecha 4 de noviembre de 2015, ha aprobado la pensión de incapacidad permanente total para la profesión habitual de la interesada.

Cuarto.- El 11 de noviembre de 2015 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Quinto.- El 17 de diciembre de 2015 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente.

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 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, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (14 de octubre de 2013) hasta que se formula la propuesta de orden (11 de diciembre de 2015). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración 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, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder, en su caso, mediante la oportuna resolución.

3ª.- Concurren en la reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la 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.

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 aquel 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 (por todas, Sentencias de 16 de marzo de 2005 y de 7 y 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), 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, para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de poner de manifiesto que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante, es preciso verificar, en primer lugar, si se produjo un ejercicio inadecuado de la *lex artis*, para lo cual hay que partir del análisis de los informes médicos incorporados al expediente.

La interesada afirma que se sometió a una intervención quirúrgica diferente de la debida conforme a la patología que se le había diagnosticado, pues debió haber sido intervenida del pie derecho, y que además tal intervención le ha producido una serie de secuelas en el pie izquierdo, de tal naturaleza que ha necesitado una nueva intervención quirúrgica.

Consta en el expediente que en primer lugar se la incluyó en lista de espera para ser intervenida del pie derecho (intervención que luego no se practica al no considerarse oportuna), y que existen antecedentes en la historia clínica que revelan que, en principio, dicho pie habría de ser el operado. Además, figura, de un modo claramente erróneo, en el informe de alta, que la intervención practicada fue en el pie derecho. No obstante, no puede

considerarse que se haya intervenido quirúrgicamente por error el pie izquierdo y que tal intervención quirúrgica, tal y como afirma la recurrente, no fuera procedente.

En el informe de la Inspección Médica se constata que, de acuerdo con la historia clínica, la patología degenerativa que presentaba la reclamante en las articulaciones tarso-metatarsianas era bilateral y afectaba a ambos pies en un grado muy similar. Considera asimismo que está acreditada en la historia clínica la existencia de dolor en ambos pies, al menos desde 2007, con periodos en los que es más intenso en el pie derecho, años 2009 y 2010, otros en los que el dolor es bilateral y, de acuerdo con lo documentado en el informe de anestesia, en los meses previos a la intervención quirúrgica el dolor es mayor en el pie izquierdo.

La Inspección Médica precisa en su informe que "La indicación quirúrgica era correcta en ambos pies, puesto que está acreditado que ambos presentaban una patología degenerativa de larga evolución previa a la intervención quirúrgica de noviembre de 2011, en forma de artrosis tarso-metatarsiana, y en un grado muy similar. Parece correcto, por tanto, que la decisión de intervenir en uno u otro pie se tomara en función de la sintomatología".

Por otro lado, en el dictamen emitido a instancia de la compañía aseguradora de la Administración se hace constar que "no es excepcional que en los casos de patología bilateral, el enfermo proponga al ingreso que la intervención sea en lado distinto al que se planificó para intervenir en consultas externas".

El Jefe de Servicio de Traumatología pone de manifiesto que cuando la paciente es remitida a su consulta en julio de 2011, refiere dolor en ambos pies y se incluye en lista de espera quirúrgica el día 28 de febrero de 2011 con diagnóstico de artrosis medio-tarsiana de pie, "sin especificar el pie, ya que la sintomatología según refería era bilateral, incapacitándole más unos días un pie y otros días el contralateral, pendientes de decidirse por el pie que se iba a intervenir cuando llegase el momento de la intervención". Asimismo indica que "verbalmente la paciente y yo habíamos acordado el intervenir el pie que más incapacidad le ocasionase llegado el momento de la intervención y ese pie era el izquierdo, según manifestó la paciente, por lo cual fue el pie que se intervino y nunca fue por equivocación".

No consta en el documento de consentimiento informado firmado por la paciente referencia alguna a si el pie que habría de ser intervenido fuera el izquierdo o el derecho. No obstante, cuando la paciente es vista en consulta de anestesia el 16 de agosto de 2011, se hace constar de modo expreso como diagnóstico preoperatorio "artrosis medio-tarsiana pie bilateral, + dolor en izqdo".

El informe de la Inspección Médica refiere también que, de acuerdo con el informe del Jefe de Servicio, se preguntó a la paciente por el pie a intervenir y que ésta manifestó que le producía más dolor e incapacidad el pie izquierdo. Si bien tal circunstancia no se refleja en la historia clínica, "es coherente con el hecho de que unas semanas antes la paciente manifestara en la consulta de anestesia que el dolor era mayor en el pie izquierdo".

Igualmente, el Jefe de Servicio de Traumatología refiere en su informe que el día de la intervención se preguntó a la paciente por la extremidad a intervenir, que "precisa la extremidad de una preparación determinada, lavado, desinfección, colocación de manguito de isquemia, etc. (...)", y afirma que la intervención se realizó bajo anestesia regional, la paciente era plenamente consciente, sin que en ningún momento manifestara, ni en el postoperatorio, ni posteriormente, que se le hubiera intervenido del pie equivocado. En este sentido, el informe de la Inspección Médica señala que "no consta ninguna referencia a que la paciente hubiera manifestado sorpresa o queja respecto a que el pie intervenido fuera equivocadamente el izquierdo, ni durante la intervención quirúrgica (en la que permaneció consciente porque se realizó con anestesia raquídea), ni mientras permaneció ingresada, ni en las consultas a las que acudió en los meses siguientes". En efecto, no consta en el expediente que en el momento de la preparación de la intervención quirúrgica, ni durante ésta, en la que permanece plenamente consciente, ni posteriormente, formulase declaración alguna relativa al error que manifiesta haber padecido. Solo consta tal afirmación en el momento de presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, una vez transcurridos casi dos años desde la intervención quirúrgica a la que fue sometida.

En cuanto a los daños derivados de la intervención quirúrgica practicada, la evolución de ésta fue desfavorable, al persistir dolor de características mecánicas a nivel tarso-metarsiano, además de un dolor neuropático con hormigueos y parestesias desde la intervención quirúrgica. Por todo ello se procede a una nueva valoración por el Servicio de Traumatología, en la que se

decide una nueva reintervención quirúrgica. En esta última intervención quirúrgica, realizada en junio de 2013, de acuerdo con el informe de la Inspección Médica "se evidenció movilidad entre la primera, segunda y tercera cuñas (que no se había evidenciado en la intervención anterior en la que no se realizó fijación), y entre la tercera cuña y el tercer metatarsiano (que sí habían sido fijados en la intervención anterior). Por tanto, en la primera intervención no se consiguió la fijación completa entre la tercera cuña y el tercer metatarsiano, a pesar de la artrodesis realizada. Todo ello requirió una fijación más amplia que la realizada previamente".

El referido informe pone de manifiesto que las complicaciones que obligan a reintervenir dicho pie están contempladas debidamente en el documento de consentimiento informado firmado por la paciente. A tal efecto transcribe el punto número 5, apartado f), en el que se indica que "a veces no se consigue la fusión de la articulación, con lo que si ésta es dolorosa, puede requerirse una reintervención", y el apartado j), que refiere "dolor en otras áreas metatarsales por transferencia de cargas en intervenciones sobre los metatarsianos".

En virtud de lo expuesto, en relación con la necesidad de esta nueva intervención, tal circunstancia no es imputable a una conducta indebida de los profesionales sanitarios, sino que constituye un riesgo típico de la intervención quirúrgica a la que fue sometida, el cual fue aceptado por aquélla a través del documento de consentimiento informado.

Ello determina que el daño que alega la reclamante carezca de la nota de antijuridicidad, exigida legal y jurisprudencialmente como uno de los requisitos para que nazca la responsabilidad patrimonial de la Administración.

La actuación médica se llevó a cabo previa información y consentimiento del paciente. La Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, considera que, siempre que no resulte probado que existió negligencia, la conjunción de un riesgo no extraño a la intervención y el consentimiento informado determinan que el daño no sea antijurídico.

A la luz de todo lo expuesto y de los datos y las observaciones recogidas en los informes obrantes en el expediente, ha de entenderse que se prestó una asistencia médica correcta, y que el daño invocado, al no tener la consideración de antijurídico, según ha quedado expuesto, no genera responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

Finalmente, es preciso realizar una serie de consideraciones respecto a la documentación clínica. La Ley 41/2002, de 14 noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, define en su artículo 3 la historia clínica como "el conjunto de documentos que contienen los datos, valoraciones e informaciones de cualquier índole sobre la situación y la evolución clínica de un paciente a lo largo del proceso asistencial", y contempla su regulación en el capítulo V.

En la Comunidad de Castilla y León se aprueba, en desarrollo de la legislación básica, la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación de la salud. En cuanto a su finalidad, el artículo 4.1 del Decreto 101/2005, de 22 de diciembre, por el que se regula la historia clínica, declara que "es el instrumento destinado fundamentalmente a garantizar una asistencia sanitaria adecuada al paciente. Para ello, en la historia clínica deberá quedar constancia de toda la información sobre su proceso asistencial de modo que permita el conocimiento veraz y actualizado de su estado de salud".

En atención especializada, el apartado K) del artículo 10.2 del citado Decreto 101/2005, de 22 de diciembre, prevé que "El informe de quirófano es el documento que recoge la información sobre el acto quirúrgico realizado al paciente. Contendrá el diagnóstico preoperatorio y postoperatorio, las incidencias, los hallazgos intraoperatorios y el tipo de intervención realizada.

»Este informe deberá cumplimentarse por el primer cirujano inmediatamente después de la intervención quirúrgica".

No ha de desconocerse, por ello, la gran trascendencia probatoria de la historia clínica, al ser considerado un documento cualificado jurídicamente y sensible desde el punto de vista de la protección de datos.

La elaboración y conservación diligente de la historia médica de los pacientes forma parte de la *praxis* médica y del contenido asistencial del servicio público, y aun cuando no pueda imputarse infracción de la *lex artis*, una deficiente consignación de los hechos que deben figurar en la historia clínica puede dar lugar a un daño moral indemnizable. No obstante, sin perjuicio de recordar a la Administración la obligación de actuar con diligencia en la elaboración de la historia clínica, de conformidad con lo señalado, no consta en este caso, una vez analizadas sus circunstancias y su puesta de manifiesto una vez transcurridos casi dos años desde la intervención quirúrgica, que pueda

suponer un derecho a la indemnización de un daño moral independiente de la asistencia sanitaria prestada.

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. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh de xxxx1.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.