

Expediente Núm. 45/2015
Dictamen Núm. 77/2015

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de abril de 2015, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 11 de febrero de 2015 -registrada de entrada el día 5 del mes siguiente-, 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 sanitaria prestada en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 30 de abril de 2014, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que atribuye a la asistencia sanitaria que se le dispensó en un hospital público con ocasión de un accidente laboral sufrido el día 22 de diciembre de 2011.

Refiere que ese día, cuando realizaba trabajos en altura, sufrió una caída de más de 2,50 metros y que fue trasladado en ambulancia al Hospital Tras efectuársele en el Servicio de Urgencias las primeras pruebas, se le diagnostica "rotura del cuello del fémur derecho" y es derivado al Servicio de Traumatología, donde se le pauta un tratamiento durante 6 días "con una tracción blanda" y es intervenido finalmente el 28 de diciembre de 2011, practicándosele una "cirugía de artroplastia de cadera, y se le implanta una prótesis total por vía de abordaje posterior".

Señala que tras una evolución favorable es dado de alta, quedando el seguimiento posterior del proceso en manos de una mutua de accidentes, y subraya que "a partir de ese momento tuvo una evolución posoperatoria tórpida, con dolor en la zona quirúrgica y a lo largo de toda la pierna desde el primer momento, presentando dificultades para la deambulación y precisando muletas para caminar. Ante la mala evolución, a los 3 meses de la intervención (marzo de 2012) realizó una gammagrafía ósea de la que no se obtuvo ningún resultado clarificante de la mala evolución, ni de la causa del dolor que presentaba, ni de la dificultad para la deambulación. Posteriormente (mayo de 2012), y ante la persistencia de la mala evolución, se realizó una electromiografía en la que se observó la presencia de una lesión del nervio glúteo superior, responsable de la inervación de los músculos glúteo mediano, menor y tensor de la fascia lata".

Reconoce una leve mejoría tras la fisioterapia, pero manifiesta que siguen persistiendo el dolor y las dificultades para la marcha, que atribuye "al mal funcionamiento de los músculos mencionados (...). Ya señalamos que en la primera electromiografía se exploró el nervio glúteo inferior pero no se hace mención a la existencia de lesión alguna, aunque resulta, tanto de la resonancia magnética como de las exploraciones que se le realizaron, una atrofia del músculo glúteo mayor que está inervado por dicho nervio".

Entiende que "de todo lo anterior cabe deducir que (...) presenta una lesión neurológica derivada, sin duda alguna, del acto quirúrgico realizado, es

decir la implantación de la prótesis de su cadera; lesión confirmada por electromiografía”.

Pone de relieve que tras el accidente “inició un proceso de incapacidad temporal en el que permaneció hasta el día 29 de noviembre de 2012, estando ingresado” en el Hospital “desde el día en que ocurre el accidente, es decir, el 22 de diciembre de 2011, hasta el 4 de enero de 2012”, y señala que el 19 de noviembre de 2013 el Juzgado de lo Social N.º 3 de Oviedo le declaró, a resultas de las lesiones sufridas, “en situación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo para su profesión habitual de autónomo de la construcción”. Asimismo, por Resolución de la Consejería de Bienestar Social de 4 de marzo de 2014 se le ha “reconocido (...) un grado de minusvalía del 44%”.

Sintetiza lo ocurrido indicando que “tuvo un accidente laboral que le produjo, entre otras lesiones, una fractura del cuello del fémur derecho, siendo intervenido quirúrgicamente e implantándosele una prótesis total en la cadera derecha. Posteriormente, se le confirma por (electromiografía) una lesión del nervio glúteo superior que produce una dificultad importante para la marcha en relación con el mal funcionamiento de los músculos. Y esta lesión neurológica se produjo, sin duda alguna, dentro del acto quirúrgico. De hecho, en el documento de consentimiento informado que el paciente firmó” (aunque “no se consigna la firma del facultativo”) consta “la posible complicación de la lesión o afectación de un tronco nervioso. Sin embargo, la frecuencia con la que acontece este tipo de lesiones en las intervenciones quirúrgicas es ciertamente baja, en torno al 1-2% de los casos, aunque sus consecuencias son potencialmente muy invalidantes. Ha de señalarse, por lo demás, que la lesión de los nervios glúteos es aún menos frecuente en la vía de abordaje posterior, que fue (...) la técnica que se realizó para el tratamiento de la lesión del reclamante”.

Afirma que “la cuestión a dilucidar es si el daño producido puede o no considerarse inherente o consustancial a la intervención de cadera y si es o no consecuencia obligada a la misma”. Añade, en relación con “la inadecuación de

la información dada al paciente sobre las posibles complicaciones o secuelas que podían producirse en la intervención realizada”, que “únicamente consta en la historia clínica que (...) se le pone a la firma un formulario genérico u `hoja de consentimiento para tratamiento quirúrgico de fracturas´ en la que solo figuran, como riesgos típicos de la intervención propuesta, entre otras, `lesión o afectación de algún tronco nervioso que puede causar temporalmente o definitivamente trastornos sensitivos o motores´. Es decir, solo se recoge en dicha hoja la aparición, a lo sumo, que se puedan causar trastornos sensitivos o motores, pero no se advierte de la lesión neurológica y de su potencial invalidante hasta el punto de que impide una deambulación normal del paciente, y a la fin y a la postre su incapacidad para su profesión. Por lo demás, en dicho documento no consta la firma del facultativo que informa, constituyendo así un defecto formal a los efectos que aquí nos interesa, siendo así que ninguna otra información complementaria escrita, o explicación verbal, se ofreció al paciente”.

Sostiene que estamos “en presencia de un daño desproporcionado que produce un resultado anormal y excesivamente grave en relación a los riesgos que comportaba la intervención y al padecimiento del recurrente que se trataba de atender”, que se “aleja (...) de los riesgos típicos y previsibles de la intervención médica efectuada./ Estamos así en presencia de la doctrina del daño desproporcionado, no previsto ni explicable en la esfera de la actuación profesional”. Cita al efecto las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2006, 23 de mayo y 8 de noviembre de 2007 y 10 de junio y 23 de octubre de 2008, que establecen la “doctrina de la culpa virtual, también denominada del resultado `clamoroso´ o del daño desproporcionado, según la cual, si no se hubiese incurrido en ninguna culpa ningún daño se hubiese producido; la mera comprobación del daño hace presumir que hubo culpa, revelándose inductivamente como inadecuados los medios empleados con tal grado de ostensibilidad que permite la inversión de la carga de la prueba. No es entonces el reclamante quien debe (...) soportar dicha carga probatoria, correspondiendo

esta al profesional médico o a la propia Administración sanitaria, a quien corresponde destruir dicha presunción y está obligada a acreditar las circunstancias en que el daño se produjo (...). Es decir (...), a tenor de la doctrina citada deberá demostrarse por la Administración recurrida que la actuación sanitaria fue llevada a cabo conforme a la *lex artis ad hoc* y acreditar la existencia de alguna causa que haya producido una ruptura en el nexo causal./ En definitiva, proyectando la doctrina anterior a la actuación objeto de reclamación patrimonial no cabe duda de que es inobjetable su aplicación, pues el paciente, absolutamente desinformado del riesgo, es sometido a una intervención quirúrgica para mejorar su situación física y se encuentra con una afectación importante del nervio del glúteo que, sin duda alguna, incide necesariamente en su discapacidad para llevar a cabo su profesión./ No podemos sino concluir con que el resultado dañoso producido no es normal y puede razonablemente deducirse que `algo` ocurrió en el acto quirúrgico difícilmente demostrable por esta parte pero de una evidencia incontestable, pues si no se hubiese incurrido en ninguna anormalidad la grave consecuencia lesiva no se hubiera producido; hecho que fundamenta nuestra petición”.

Respecto a la evaluación económica del daño cuya indemnización se postula, sirviéndose de manera analógica del baremo establecido para los accidentes de tráfico, solicita una indemnización por importe de ciento treinta y nueve mil doscientos noventa y ocho euros con noventa y nueve céntimos (139.298,99 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 13 días de hospitalización, 931,19 €; 269 días impeditivos, 15.666,56 €; 28 puntos de secuelas -20 por lesión del nervio glúteo superior y 8 por marcha claudicante (cojera)-, 62.701,24 €; factor de corrección por “secuelas permanentes que impiden totalmente la realización de su actividad laboral”, 60.000 €.

Adjunta a su escrito la siguiente documentación: a) Informe médico elaborado por un facultativo de una mutua de accidentes de trabajo el 17 de octubre de 2012, en el que figura que el 9 de enero de 2012 fue diagnosticado de una “fractura pertrocantérea del cuello de fémur./ Caída de escalera el

pasado 22-12-11./ Sufre fractura pertrocanterea de cadera derecha tratada" en el Hospital "con prótesis total de cadera./ Al alta hospitalaria sigue revisiones y tratamiento" en la mutua. Inicia "apoyos y deambulación con dos muletas sin mayores problemas, pero al intentar pasar a descartar muletas se evidencia alteración del patrón de marcha./ Marcha en Trendelemburg (marcha de pato). La misma es producida por parálisis iatrogénica de músculo glúteo medio. Es una complicación típica de abordaje lateral a cadera al atravesar dicho músculo y dañar nervio glúteo./ Lesión confirmada en electromiografía./ Se trata de lesión nerviosa parcial, pero no corrige con rehabilitación. Puede deambular sin bastones pero el mecanismo de marcha sobrecarga estructuras, por lo que se recomienda uso de bastones./ La patología y su tratamiento son incompatibles con labores de construcción". b) Sentencia del Juzgado de lo Social N.º 3 de Oviedo, por la que se declara al reclamante en situación de "incapacidad permanente en grado de total y derivada de accidente de trabajo". c) Resolución de la Consejera de Bienestar Social y Vivienda de 4 de marzo de 2014 por la que se le reconoce al interesado un grado de discapacidad del 44%.

2. Mediante escrito notificado al perjudicado el 9 de mayo de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario le comunica la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. El día 29 de mayo de 2014, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios el informe elaborado por un facultativo del Servicio de Traumatología del Hospital el 28 del mismo mes. Consta en él que, "tras realizar las pruebas oportunas, fue diagnosticado de fractura de cuello de fémur derecho, siendo intervenido quirúrgicamente el 28-

12-2011 y realizándosele una operación de prótesis total de cadera derecha. Durante el posoperatorio el paciente evolucionó satisfactoriamente, iniciando deambulación con ayuda de muletas, sin complicaciones de la herida quirúrgica. Fue alta hospitalaria el 28-12-2011. El paciente fue citado a revisión en (...) Traumatología el 23-01-2012, sin tener constancia de haber acudido a dicha cita (...). Sobre la mala evolución que se refleja en la reclamación y las pruebas realizadas de gammagrafía, resonancia magnética y primera electromiografía, no se emite valoración por no existir ningún documento de las mismas (...). Sobre el informe emitido (17-10-2012) por el (...) especialista de la mutua (...), se realizan las siguientes aclaraciones (...): El diagnóstico que figura en el citado informe es erróneo, pues figura `fractura pertrocanterea del cuello del fémur´ y se trata de una fractura de cuello de fémur tipo IV de la clasificación de Garden (...). Cuando se refiere a `parálisis iatrogénica de músculo glúteo medio. Es una complicación típica de abordaje lateral a cadera al atravesar dicho músculo y dañar nervio glúteo´, se aclara que la vía de abordaje en este caso fue una vía posterior de Gibson, realizada precisamente para evitar este tipo de complicaciones musculares y neurológicas del glúteo mediano (ver hoja de descripción de intervención quirúrgica) (...). Respecto a la cita textual de la electromiografía realizada el 29-05-2012, donde se informa de `lesión parcial de tipo mixto del nervio glúteo superior D. con presencia de leves-moderados signos de denervación activa en los músculos dependientes estudiados, con grado de afectación actual moderado´, se ha de aclarar que dicha lesión parcial podría ser atribuida a la contusión del nervio glúteo superior por el mecanismo de traumatismo directo sobre el mismo durante la caída desde una altura de 2,5 metros, siendo prácticamente imposible la lesión del mismo por la vía del abordaje posterior a la cadera al situarse dicho nervio fuera del campo quirúrgico donde se desarrolla dicha intervención (...). El paciente recibió la información verbal adecuada sobre las posibles complicaciones o secuelas derivadas de la intervención quirúrgica que se realizó para el tratamiento de la fractura del cuello femoral. Aceptando un defecto formal en cuanto a la

carencia de firma del documento de consentimiento informado por parte del facultativo, que no obstante fue firmado por el paciente (...). Resumiendo, el proceso de actuación sanitaria, y valorando el motivo que origina la reclamación, basada en las secuelas atribuidas a la cirugía realizada, se observan argumentos de escaso conocimiento anatómico al atribuir como causa inequívoca de la lesión parcial del nervio glúteo superior, pues, como queda reflejado, el abordaje posterior efectuado en este caso deja fuera del campo de actuación a dicho nervio. Atribuyendo como posibilidad de dicha lesión el traumatismo por contusión sufrido al caer dicha zona anatómica desde una altura de 2,5 metros./ Añadiendo que sería aconsejable la realización de una nueva electromiografía para objetivar la evolución de dicha lesión parcial del nervio glúteo superior./ Respecto al defecto de forma del documento de consentimiento informado, aclarar que la información al paciente fue facilitada verbalmente y también mediante documento escrito que el paciente firmó”.

4. Con fecha 7 de octubre de 2014, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él llama la atención acerca de la prescripción de la reclamación presentada, pues “la fecha de entrada” de la misma “es el 20-4-2014 y la fecha que causa alta laboral con propuesta de incapacidad permanente es el 1-10-2012”, siendo la fecha de la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social “sobre incapacidad permanente el 29-11-12. Tomando como referencia cualquiera de las dos fechas, habría pasado más de un año entre la consolidación de las secuelas y la de presentación de la reclamación”.

En cuanto al fondo del asunto, se adhiere a lo argumentado en el informe emitido por el Servicio de Traumatología del Hospital

Finalmente, propone la desestimación de la reclamación.

5. Mediante oficios de 17 de octubre de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario remite una copia del

informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

6. El día 19 de noviembre de 2014, comparece el interesado en las dependencias administrativas y otorga su representación en el procedimiento a una letrada.

7. Con fecha 18 de noviembre de 2014, a instancias de la entidad aseguradora, emite informe un especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología. En él señala que "se trata de un varón joven que sufre un traumatismo de alta energía (caída desde >2,5 m) sobre región glútea (al principio existían dudas sobre si presentaba una fractura bilateral de cadera) lo suficientemente intenso como para provocar una fractura de cadera derecha, concretamente a nivel de cuello femoral y correspondiente a un grado IV de Garden (el tipo más grave, que implica un desplazamiento completo del fragmento y la interrupción total del aporte sanguíneo a la cabeza femoral). El tratamiento idóneo para este tipo de fractura es, sin duda, la sustitución protésica, como así se hizo./ En cuanto a la lesión del nervio glúteo superior, que motivó la parálisis del glúteo medio y, con ello, la alteración de la marcha, existen dos posibilidades (...). Que se produjera por el mismo traumatismo que provocó la fractura, pues la lesión nerviosa puede producirse por mecanismo de impacto directo. Una caída de nalgas desde cierta altura puede perfectamente provocar una fuerte contusión del nervio y, con ello, su parálisis. Como la fractura estaba presente de forma simultánea y su clínica (dolor, impotencia funcional) era, con mucho, predominante, se hacía imposible efectuar el diagnóstico de la lesión nerviosa, la cual, en el hipotético caso de haberse detectado, no hubiera requerido ningún tratamiento, sino esperar su evolución espontánea (...). Que se produjera a lo largo de la intervención quirúrgica (iatrogénica). Ha sido descrito que el abordaje lateral implica un mayor riesgo de lesión del (nervio) glúteo superior, si acaso por la presión de alguno de los separadores, nunca por lesión

directa, puesto que la cirugía, es cierto, tiene lugar alejada de él. De hecho, el abordaje utilizado en este paciente (vía de Gibson) es realmente un abordaje posterolateral, no posterior puro, por lo que sí implica ese riesgo teórico. En este caso, puesto que en el (consentimiento informado) firmado por el paciente figuraba con claridad esa posibilidad, así como que la afectación podía ser transitoria o definitiva, no estaríamos más que ante la materialización de un riesgo teórico, no debiendo ser achacada su aparición a ninguna mala praxis”.

Concluye que “a las pocas semanas de la cirugía se constató la existencia de una parálisis del glúteo medio a causa de una lesión en el nervio glúteo superior. Esta afectación ocasiona una alteración en la marcha (...). En mayo de 2012, fecha del único estudio (electromiográfico) aportado (y no sabemos si también realizado), la afectación era en grado moderado. Puesto que las lesiones nerviosas evolucionan de manera muy lenta (un año o más) es muy posible que en el momento actual el estado del nervio sea mucho mejor de lo que era en esa fecha. No hay constancia de nuevos estudios (electromiográficos) posteriores, ni por tanto de hasta qué punto la lesión se ha podido recuperar (...). Como el mecanismo de la lesión fue una caída de altura sobre región glútea, es perfectamente posible que la contusión del nervio glúteo superior se produjera en el mismo traumatismo, pero también es posible que se produjera durante el acto quirúrgico como consecuencia de la compresión de algún separador; en este caso constituiría la materialización de un riesgo inherente a la cirugía del cual el paciente había sido adecuadamente informado (...). Por tanto, no se aprecia la existencia de mala praxis alguna en el tratamiento realizado al paciente, habiendo actuado los profesionales implicados en el mismo conforme a la *lex artis* en todo momento”.

8. También a instancias de la entidad aseguradora, el día 21 de noviembre de 2014 emite informe un gabinete jurídico privado. En él se señala que “no existe responsabilidad del Servicio (...) de Salud del Principado de Asturias, al no haber actuación contraria a la *lex artis*. La actuación médica que principalmente

consistió en artroplastia con implante de (prótesis total de cadera) fue completamente correcta y era la indicada ante la fractura de cuello de fémur que presentaba el reclamante (...). No existe tampoco relación de causalidad entre el daño y la actuación médica de este servicio público de salud, constituyendo el daño con alta probabilidad causado por el propio traumatismo, y no por la intervención quirúrgica (...). En el caso de que la lesión nerviosa no se hubiera producido en el curso de la intervención quirúrgica no se cumpliría el requisito de la antijuricidad. La lesión o afectación de algún tronco nervioso es un riesgo típico de la cirugía descrito expresamente en el documento de consentimiento informado (...). Además la reclamación patrimonial se encuentra prescrita, al presentarse el 30 de abril de 2014, habiendo transcurrido sobradamente el plazo de un año desde la estabilización de las lesiones y secuelas reclamadas, que podemos situar en mayo de 2012". A la vista de ello, "no procede otorgar indemnización" al reclamante.

9. Mediante escrito notificado al interesado el 17 de diciembre de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

El 22 de diciembre de 2014 se persona en las dependencias administrativas su representante y obtiene una copia del expediente, integrado en ese momento por ciento ochenta y nueve (189) folios, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto.

Con fecha 7 de enero de 2015, el perjudicado presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que se reitera en los términos de su reclamación inicial. A la vista de los informes incorporados al expediente, señala que de los mismos "nada relevante se desprende (...), que poca luz aportan sobre lo aquí ocurrido y que en nada desvirtúan los hechos" expuestos.

En cuanto a la "prescripción alegada de adverso", afirma que "en ningún caso ha transcurrido el plazo de 1 año legalmente previsto para el ejercicio de

este tipo de reclamaciones. Cuando menos, la acción pudo ejercitarse a partir de que el paciente (...) fue plenamente conocedor del alcance de las lesiones producidas por la intervención tras el tratamiento rehabilitador pertinente y la realización de las pruebas diagnósticas, que al fin y a la postre acreditaron la afectación del nervio glúteo./ Como ya (...) tuvimos ocasión de señalar (...), a instancias de la mutua realizó dos electromiografías, la última en fecha 21 de octubre de 2013, y fueron estas pruebas diagnósticas las que determinaron el alcance definitivo de la lesión y (...) permitieron al reclamante su conocimiento. Aún más, el (Instituto Nacional de la Seguridad Social) no valoró el alcance de la lesión, limitándose a valorar únicamente las cicatrices producto de la operación; de ahí que posteriormente se recurrió esa decisión, siendo la sentencia judicial que reconoció la situación de invalidez permanente total del hoy reclamante la que concreta y valora el alcance de las secuelas que fueron objetivadas por las referidas pruebas diagnósticas. Aún más (...), el propio facultativo interviniente (...) aconseja la realización de nuevas pruebas diagnósticas, en concreto, de una nueva electromiografía para objetivar la evolución de dicha lesión, lo que es fiel reflejo de la difícil determinación de las secuelas y de su objetivización./ Por lo tanto, reparemos en que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción, a diferencia de lo que se alega de adverso, es la fecha en que se realizó la última prueba diagnóstica que objetivó sus secuelas, es decir la electromiografía de 21 de octubre de 2013. Y en todo caso, sería la fecha de la sentencia judicial, es decir, 19 de noviembre de 2013, la relevante a estos efectos, pues solo en ese momento se pudo conocer el verdadero alcance de las secuelas y de la situación clínica de quien hoy acciona”.

10. El día 19 de enero de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Sostiene que la reclamación ha de considerarse prescrita, “ya

que a la fecha de entrada” de la misma -30-4-2014- “ha transcurrido más de un año desde la consolidación de las secuelas”.

Por lo que se refiere a la asistencia prestada, argumenta que “fue correcta y adecuada a la *lex artis*. Dadas las características de la lesión nerviosa (parcial) y de la vía de abordaje (...), es prácticamente imposible que esta se produjera durante el acto quirúrgico. Si así fuera, no sería sino la materialización de un riesgo típico de este tipo de procedimientos que vienen descritos en el documento de consentimiento informado que el paciente firmó./ Visto lo anterior, no queda acreditado el necesario nexo causal entre el funcionamiento del servicio sanitario público y los daños alegados”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 11 de febrero de 2015, 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 Sanidad, cuyo original adjunta.

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 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), 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 32 de la Ley citada.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no

impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

CUARTA.- 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 139 de la LRJPAC 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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 141 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 concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) que la acción se ejercite en plazo; b) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; c) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y d) que no sea producto de fuerza mayor.

QUINTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se interesa una indemnización por los daños y perjuicios que el reclamante entiende derivados de una, a su juicio, defectuosa intervención quirúrgica a la que fue sometido en el Hospital el día 28 de diciembre de 2011; centro en el que había ingresado el 22 de diciembre de 2011 tras sufrir un accidente laboral. En esa intervención quirúrgica se le implantó una prótesis total de cadera derecha, siendo alta hospitalaria el 4 de enero de 2012, y desde entonces no ha vuelto a tomar contacto con el servicio público sanitario para el tratamiento de esa dolencia, pues el seguimiento posterior de la misma se llevó a cabo -al tratarse de un accidente laboral- por una mutua de accidentes de trabajo.

En cuanto al examen de los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, procede verificar, en primer término, si la reclamación ha sido ejercitada dentro del plazo establecido al efecto. La Administración sanitaria fundamenta el sentido desestimatorio de su propuesta de resolución justamente en lo extemporáneo de la reclamación, al entender que a la fecha de presentación de la misma -30 de abril de 2014- había "transcurrido más de un año de la consolidación de las secuelas". Por el contrario, el interesado entiende que ha sido presentada en plazo al tomar como *dies a quo* para el cómputo del plazo de un año legalmente establecido la

fecha de 19 de noviembre de 2013; día en que fue declarado por Sentencia del Juzgado de lo Social N.º 3 de Oviedo en situación de “incapacidad permanente en grado de total” derivada del accidente de trabajo que motivó la intervención quirúrgica ahora cuestionada.

Planteada la cuestión en los términos expuestos, la respuesta que ha de dar este Consejo a la cuestión ahora examinada ha de partir de lo establecido en el artículo 142.5 de la LRJPAC, a cuyo tenor, “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse 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 asunto que nos ocupa, y teniendo en cuenta que entre la fecha del alta hospitalaria de la operación quirúrgica -4 de enero de 2012- y el 30 de abril de 2014 ha transcurrido con creces el plazo de un año a contar desde la producción de los hechos o el acto que motiva la reclamación, lo que determinaría sin más su extemporaneidad, un eventual acogimiento del ejercicio en plazo de la reclamación formulada solamente puede aparecer referida a la fecha de “determinación de las secuelas”, que en el presente supuesto debe haberse producido necesariamente en algún momento en el periodo comprendido entre el 30 de abril de 2013 y la misma fecha de 2014.

Así las cosas, para el reclamante ese momento ha de ser fijado -como hemos indicado- en el día 19 de noviembre de 2013, fecha en la que por Sentencia del Juzgado de lo Social N.º 3 de Oviedo fue declarado en situación de “incapacidad permanente en grado de total”. Pues bien, al respecto, y para supuestos similares al que nos ocupa, este Consejo viene considerando (entre otros, Dictámenes núm. 263/2013 y 40/2015) que “es jurisprudencia reiterada del Tribunal Supremo (por todas, Sentencia de 29 de noviembre de 2011 -Sala de Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª-) que “las resoluciones de minusvalía e incapacidad no sirven para interrumpir ni para hacer ineficaz el plazo transcurrido correspondiente a una reclamación de responsabilidad

patrimonial’”, lo que, aplicado al presente caso, nos lleva a apreciar la extemporaneidad de la reclamación formulada y a dictaminar su desestimación.

En nada altera la conclusión alcanzada la postrera alegación del interesado en el trámite de audiencia de una supuesta “electromiografía” realizada -según manifiesta- el día “21 de octubre de 2013”, y que por cierto ni siquiera menciona en su escrito inicial, pese a haberse efectuado antes de presentar la reclamación. De su propio relato se desprende con claridad que esa “supuesta” prueba diagnóstica de 21 de octubre de 2013 no habría arrojado un resultado diferente del de la lesión del nervio glúteo superior que ya se le había objetivado como secuela -con pleno conocimiento por su parte- en una prueba similar practicada el 28 de mayo de 2012. Por tanto, este Consejo estima que la pretensión ahora examinada -formulada el 30 de abril de 2014- ha de ser desestimada por extemporánea, pues en ella no se alega un daño diferente del que como secuela ya se había establecido el 28 de mayo de 2012, siendo concedor el interesado, al menos, desde aquella fecha.

En consecuencia, este Consejo entiende que la pretensión formulada debe ser desestimada por extemporánea.

En cualquier caso, aunque hiciéramos abstracción de la conclusión anterior y partiésemos del supuesto de que la acción no hubiera prescrito la reclamación habría de desestimarse igualmente por evidentes razones de fondo.

Al respecto, y como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado

para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el 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 es criterio firme de este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, 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.

Aplicado lo anterior al presente caso, se constata que el perjudicado no ha concretado en ningún momento a lo largo de la instrucción del procedimiento en qué aspecto se materializaría la mala praxis médica que denuncia, limitándose a concluir, y ello de manera simplemente deductiva en su escrito inicial, sin ningún documento pericial que dé un mínimo soporte a lo aseverado, que "el resultado dañoso producido no es normal y puede razonablemente deducirse que `algo` ocurrió en el acto quirúrgico difícilmente demostrable por esta parte pero de una evidencia incontestable, pues si no se hubiese incurrido en ninguna anomalía la grave consecuencia lesiva no se hubiera producido".

En consecuencia, este Consejo Consultivo debe formar su juicio en cuanto al respeto de la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada al reclamante

sobre la base de la documentación que obra incorporada al expediente, la cual no ha sido discutida por él más allá de una mera descalificación genérica en el trámite de alegaciones cuando afirma, escuetamente, que “nada relevante se desprende de estos documentos, que poca luz aportan sobre lo aquí ocurrido y que en nada desvirtúan los hechos” expuestos.

En este sentido, tanto el informe emitido por el Servicio de Traumatología del Hospital, como el informe técnico de evaluación y el elaborado a instancias de la entidad aseguradora, resultan totalmente coincidentes y concluyentes, calificando la asistencia prestada al interesado y la actuación de los profesionales intervinientes como acordes a la *lex artis ad hoc*. En todos ellos se afirma que, en la hipótesis -que, por lo demás, no ha sido confirmada de manera absolutamente cierta- de que la afectación del nervio glúteo se hubiera producido efectivamente en el acto quirúrgico y no fuera debida, tal y como razonadamente apunta el informe del Servicio de Traumatología, “a la contusión del nervio glúteo superior por el mecanismo de traumatismo directo sobre el mismo durante la caída desde una altura de 2,5 metros”, el daño producido constituiría la materialización de una de las posibles complicaciones asociadas a la intervención quirúrgica a la que fue sometido el perjudicado para el tratamiento de su dolencia de base. Así figura en el documento de consentimiento informado firmado por el ahora reclamante -folio 109- para el tratamiento quirúrgico de fracturas del extremo proximal del fémur, en el que se describen, entre otros riesgos típicos de una intervención de tal naturaleza, la “lesión o afectación de algún tronco nervioso, que puede causar temporal o definitivamente trastornos sensitivos o motores”.

A la vista de ello, y reiterando que procede desestimar la presente reclamación por extemporánea, debemos concluir que tampoco se ha acreditado en el supuesto examinado que la asistencia sanitaria prestada al interesado hubiera infringido la *lex artis ad hoc*, y que el daño alegado no guarda relación con una mala práctica médica, sino que se trata de un riesgo general derivado de la intervención quirúrgica a la que fue sometido y

encludrable en los recogidos en el documento de consentimiento informado suscrito por él, por lo que no resulta antijurídico.

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

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.