

Expediente Núm. 91/2018
Dictamen Núm. 126/2018

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 14 de junio de 2018, 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 13 de abril de 2018 -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 que atribuye a la rotura de instrumental quirúrgico durante una intervención.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 28 de junio de 2017, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que atribuye a la deficiente asistencia sanitaria recibida.

Expone que sufrió “una caída casual en el año 2014, accidente no laboral, y tras un primer diagnóstico erróneo de ganglión posteriormente” se

apreció "en RM de abril de 2015 una rotura del ligamento escafosemilunar de la muñeca derecha", por lo que se le derivó al Servicio de Cirugía Plástica del Hospital "X". Finalmente, fue "intervenido el día 9 de noviembre" en el Hospital "Y" "por disociación escafolunar en la muñeca derecha, realizándose una sindesmorrafia estabilizadora./ La intervención consistió en reducción de la disociación escafolunar, artrodesis temporal y reconstrucción ligamentosa con ECRB (...). En el documento de 'informe de la cirugía' (...) figura: 'intento de reducción y asociación escafolunar con tornillo canulado, debido a la rotura de la broca y la aguja se retira tornillo y se realiza con 2 agujas K percutáneas. Fresado de canales con corticales dorsales de escafoides y semilunar. Reconstrucción ligamentosa con hemitendón ECRB, fijándolo con Mitek a escafoides, atravesando colgajo capsuloligamentoso cubital y suturado sobre sí mismo. Infiltración de articulación radiocarpiana con ropivacaína. Cierre capsular ethibond 3/0, cierre retináculo PDS3/0, piel eth 4/0, betadine, espica para pulgar'./ Un mes después, en diciembre de 2015, se procedió a la retirada de las agujas K e inicié el proceso de rehabilitación (...). Tras la cirugía la evolución no fue satisfactoria, a pesar de haberse realizado tratamiento rehabilitador, cursando con rigidez de la muñeca".

Manifiesta que el 25 de febrero de 2016 causó alta en el Servicio de Rehabilitación, y transcribe parcialmente dos informes del Servicio de Cirugía Plástica de marzo y julio de 2016. En el segundo de ellos "se reitera el estado de limitación funcional de la muñeca y se señala" que, "dado el estado actual del carpo, la única posibilidad quirúrgica es la artrodesis total de muñeca, que se indicará si el paciente empieza a tener dolor en reposo". Añade que el Servicio de Inspección de Mieres le comunica que, "en vista de la información que sobre su caso dispone en relación al proceso iniciado con fecha 9-11-2015, tiene unas probabilidades de recuperación improbables a largo plazo y es susceptible de valoración" por el Instituto Nacional de la Seguridad Social "la posible existencia de una incapacidad permanente en alguno de sus grados".

En cuanto al nexo causal, explica que "en la intervención quirúrgica practicada con la que se pretendía implantar un tornillo canulado el día

09-11-2015, por causa de la rotura de la broca durante la intervención fueron colocadas dos agujas K y, según ha sido objetivado, hay parte de restos metálicos que permanecen en la zona intervenida que no fueron extraídos tras la referida rotura". Indica que debido a "cuerpos extraños metálicos la evolución posquirúrgica no ha sido favorable, instaurándose un estado secuelar importante en la muñeca y constituyéndose en un daño que incluye un alargamiento del periodo posoperatorio, un perjuicio funcional y un perjuicio estético./ La rotura del material quirúrgico y, sobre todo, el hecho de que este no haya sido extraído en su totalidad, por lo que sigue permaneciendo en la zona en la que fue realizada la actuación quirúrgica, se constituye en una actuación que se aleja de la *lex artis* por cuya consecuencia se ha producido un daño que no tenía que haber soportado, ni tampoco seguir soportando los efectos de sus secuelas./ Asimismo, a pesar de haber preguntado en varias ocasiones el porqué de la mala evolución clínica que estaba experimentando tras ser intervenido, en ningún caso fui informado por parte del Servicio de Cirugía Plástica de la existencia de cuerpos extraños residuales, enterándome de la realidad tres meses más tarde, el día 28-01-2016".

Finalmente, pone de manifiesto que por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 23 de febrero de 2017 fue "declarado en situación de incapacidad permanente total para (su) profesión habitual por contingencia de accidente no laboral".

Solicita una indemnización total por diversos conceptos cuya suma asciende a setenta y nueve mil doscientos treinta y un euros con un céntimo (79.231,01 €).

Adjunta diversa documentación médica entre la que se encuentra la siguiente: a) Resolución de la Directora Provincial de Asturias del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 23 de febrero de 2017, por la que se le reconoce una pensión de incapacidad permanente "en el grado de total para la profesión habitual". b) Informe pericial elaborado por un especialista en Medicina Legal y Forense, el 12 de mayo de 2017, en el que se afirma que "la rotura del material quirúrgico y, sobre todo, el hecho de que este no haya sido

extraído en su totalidad, por lo que sigue permaneciendo en la zona en la que fue realizada la actuación quirúrgica, se constituye en una actuación que se aleja de la *lex artis*". También establece la valoración médica del daño corporal y determina las secuelas que sufre el paciente.

2. Mediante oficio de 10 de julio de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Con fecha 17 de julio de 2017, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto la historia clínica del paciente en soporte digital.

El 21 de ese mismo mes le envía el informe suscrito por el Jefe del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital "Y" el día anterior. En él explica, por lo que se refiere a la lesión, que hay que saber que a pesar de los adelantos técnicos y los múltiples abordajes terapéuticos existentes la disociación escafolunar plantea resultados impredecibles y elevada frecuencia de complicaciones", citando bibliografía al efecto. Añade que "las inestabilidades escafolunares se dividen en agudas, subagudas y crónicas, según criterios variables entre autores, pero todos coinciden en considerar esa lesión como crónica a partir del 3.º mes (...). Por lo tanto, en el caso que nos ocupa estamos hablando de una lesión crónica y estática (no podría decir si reductible o no), es decir una lesión de mal pronóstico preoperatoriamente./ Con respecto a la técnica quirúrgica usada de reducción-asociación mediante tornillo canulado", precisa que "está destinada a crear una unión fibrosa entre escafoides y semilunar. La rotura de la broca intraoperatoria anula esa técnica", que fue "sustituida por reducción con agujas K y tenodesis convencional. En el control posoperatorio inmediato se observa mejoría radiológica de la disociación escafolunar".

En cuanto a la "evolución", señala que tras la retirada de las "agujas K" el 21 de diciembre de 2015 "queda pendiente de inicio de rehabilitación", y que "al mes se detecta rigidez en extensión de muñeca con bloqueo de la flexión; radiológicamente se observa lo que parece una fusión de semilunar con radio que puede justificar el bloqueo (...). No parece efectivamente que los restos metálicos interfieran con la movilidad de la muñeca. También observamos pinzamiento radioescafoideo con pinzamiento capitolar. Por tanto, nos encontramos más con una evolución a muñeca en SLAC que con una interferencia de material metálico en la función de la misma".

Finalmente, concluye que "cualquier procedimiento quirúrgico con abordaje dorsal para reducir una disociación escafolunar limita la flexión palmar de la mano. Ello es un efecto colateral de la cirugía y no una complicación que se debe advertir al paciente./ Consideramos, a la vista de (la) última Rx, que el paciente tiene un SLAC grado II con artrosis radiolunar y probable fusión, se necesita un TC para confirmar esto último./ No parece que el material metálico interfiera con la movilidad articular, aunque puede que genere algún tipo de reacción inflamatoria./ Aconsejamos artroscopia de muñeca diagnóstica/terapéutica. Dx de fusión radiolunar y lavado articular".

4. El día 17 de octubre de 2017, y a instancia de la entidad aseguradora, cuatro especialistas en Cirugía Ortopédica y Traumatología suscriben colegiadamente un informe en el que formulan diversas consideraciones médicas en relación con la patología que sufre el paciente y con la "broca intraósea" (respecto a esta última explican, fundamentalmente, las características de los materiales que forman el instrumental quirúrgico y las prótesis).

Concluyen que "existen multitud de tratamientos quirúrgicos para la inestabilidad escafolunar", que "si bien los resultados a corto plazo han sido aceptables en relación con el dolor y la disfunción ninguno de estos procedimientos es aún el ideal y los resultados son impredecibles a largo plazo", añadiendo que "la indicación quirúrgica en este caso fue correcta".

En cuanto al “instrumental” y “el material de implante”, señalan que “están hechos de acero quirúrgico, uno más resistente y otro menos resistente, según sea acero martensítico (para instrumental) o austenítico (para implante) (...). La complicación intraoperatoria (rotura de la broca) es una complicación poco frecuente que no ha debido de influir en la evolución al estar (...) dentro del hueso”, y, aun reconociendo que es un cuerpo extraño, “en este caso no es un olvido, pues así consta en la hoja quirúrgica y por lo tanto se le debió de informar al paciente en el posoperatorio, pues no se ocultaba nada./ Esta complicación no supone un gran contratiempo *per se* si el fragmento de la broca puede retirarse directamente. Sin embargo, lo habitual es que la rotura (...) tenga lugar dentro del hueso, y si se encuentra completamente introducida en el tejido óseo (...) su visibilidad y (...) acceso para su retirada directa es más dificultosa, existiendo más riesgos que beneficios” en “su extracción”.

Reseñan que “en dicha intervención no pudo ser retirado un resto de broca por encontrarse incluida en tejido esponjoso porque hubiese sido mayor la agresión quirúrgica que el hecho de dejar *in situ* dicho resto de broca./ El fragmento de la broca incluido en el tejido óseo del paciente no supone un importante riesgo ante las complicaciones y la consecuente reacción inflamatoria reacción a cuerpo extraño, es igual que cualquier material de osteosíntesis que se deja permanentemente en el tejido óseo. El paciente no experimenta dolor ni influye en la posterior evolución posquirúrgica./ En este caso queda una parte de la broca que se encuentra muy introducida en el tejido esponjoso óseo que también forma parte del material de osteosíntesis, puesto que es necesario realizar perforación/túnel para poder introducir el tornillo./ La broca se fabrica en acero quirúrgico compuesto, como se ha descrito, por plomo, molibdeno, níquel que es considerado como biomaterial, es decir, como elemento perfectamente tolerado para el organismo sin originar alteraciones (...), prueba de ello es la existencia de material de implante que no se extrae o de resto de broca, como en este caso, que es lo más frecuente que permanece de por vida en el esqueleto./ La actuación de los cirujanos al no extraer el resto de broca es rigurosamente correcta, porque es crear una grave lesión ósea para

la extracción de un elemento que es inerte y biológicamente tolerado por el organismo y que no tiene transcripción clínica en momento alguno./ La presencia del resto de broca no interfiere, como se ha demostrado en este paciente, para realizar exploraciones complejas del tipo TC o RM. Solo interfiere *in situ* por la difracción parcial de imagen que no impide diagnóstico. No tiene interferencia alguna sobre cualquier otra parte del organismo fuera del punto donde se encuentra incluida./ En sustitución del tornillo se emplean dos agujas que posteriormente se extraen. Técnica correcta./ La evolución ha sido hacia un SLAC (colapso escafosemilunar avanzado), pero no por el resto de la broca, como hemos comentado en las consideraciones médicas./ No ha existido mala praxis y se ha actuado según *lex artis ad hoc*".

5. Con fecha 13 de febrero de 2018, un representante de la compañía aseguradora presenta un escrito en el que alega la prescripción del derecho a reclamar del perjudicado. Señala que la reclamación fue presentada el día 28 de junio de 2017, y que el paciente había recibido el alta el 25 de febrero de 2016, sin que desde entonces precisara asistencia "en ningún momento, siendo su situación estable". Entiende que el contenido del informe del Servicio de Cirugía Plástica de 15 de julio de 2016 "no modifica, de modo alguno, la situación del paciente, ya que no se ha realizado la artrodesis indicada, manteniéndose la situación del momento del alta en Rehabilitación", y reitera que a 25 de febrero de 2016 "la secuela estaba estabilizada", debiendo fijarse en esa fecha el *dies a quo*. Al efecto, recuerda la jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con "las revisiones y consultas a las que acuden los pacientes para seguimiento de sus patologías y su incidencia en la figura de la prescripción", en el sentido de que "aquellas consultas no interrumpen el plazo para interponer la correspondiente reclamación".

6. Mediante escrito notificado al interesado el 23 de febrero de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura

del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El día 14 de marzo de 2018, presenta este un escrito de alegaciones en el que señala, en primer lugar y en cuanto “al fondo del asunto”, que resulta evidente “que por causa de la presencia de cuerpos extraños en la articulación sufro un déficit de movilidad muy importante en la muñeca derecha, con movilidad nula y dolorosa, tal y como se refleja” en los informes aportados. Considera que “existe (...) un claro nexo causal entre la rotura de la broca y, sobre todo, el hecho de no haber extraído el material de la cavidad articular que constituye una mala praxis y que está provocando el resultado dañoso antedicho”, por lo que se ratifica en su escrito inicial.

En segundo lugar, “respecto a la alegación de supuesta prescripción formulada por la compañía de seguros, cabe poner de manifiesto que existe informe médico de síntesis de la sanidad pública, emitido con fecha 4 de agosto de 2016 y que sirvió de base para denegar en un primer momento la incapacidad permanente porque de la exploración realizada por el médico evaluador se concluye que ‘el cuadro clínico actual es susceptible de tratamiento médico, no habiéndose agotado las posibilidades terapéuticas’, y por tanto las dolencias en aquel momento aún no revestían el carácter de definitivo o irreversible./ A mayor abundamiento, la determinación definitiva del alcance de las secuelas se produce” con la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de fecha 23 de febrero de 2017, “por la que se me declara por primera vez en situación de incapacidad permanente total para el desempeño de mi profesión habitual. Tal situación (...) da lugar a una parte muy importante del *quantum* indemnizatorio que se reclama en el presente procedimiento. Por tanto, el plazo de prescripción no puede empezar a computarse antes de ese día 23 de febrero de 2017”.

Añade que “incluso aunque se tomase como fecha inicial del cómputo el día 15 de julio de 2016, que es la fecha en la que se hace referencia por primera vez a que ‘la única posibilidad quirúrgica es la artrodesis total de muñeca que se indicará si el paciente empieza a tener dolor en reposo’, no

habría transcurrido tampoco el plazo de un año, toda vez que el escrito de inicio del presente expediente se interpone en fecha 28 de junio de 2017”.

7. Con fecha 3 de abril de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas emite propuesta de resolución en sentido desestimatorio, afirmando la prescripción de la acción “al estar fijado el *dies a quo* el 25 de febrero de 2016, fecha en la que el paciente fue dado de alta del Servicio de Rehabilitación y desde la que ha transcurrido más de un año, plazo fijado legalmente para el ejercicio de la acción”.

En relación con las alegaciones presentadas, indica que con posterioridad a la fecha del alta en el Servicio de Rehabilitación (el 25 de febrero de 2016) “no recibió más asistencia médica, y los únicos informes existentes han sido solicitados por él pero no son fruto de nuevos tratamientos”. Precisa que “el informe de fecha 15 de julio de 2016 emitido por Cirugía Plástica en el que el reclamante trata de fijar el *dies a quo* es claramente un informe a petición del paciente. Es evidente que dicho informe no modifica su situación clínica, que ya era conocida por él (...) desde el alta en Rehabilitación el 25 de febrero de 2016. El hecho de que (...) pida un informe no puede interrumpir la prescripción, puesto que el mismo solo refleja una situación consolidada de antemano”.

Reseña que “tampoco es admisible que la determinación definitiva de las secuelas se realice” en la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 23 de febrero de 2017 “por la que se le declara en situación de incapacidad permanente. En este sentido, es necesario señalar que el Tribunal Supremo ha reiterado (...), `en aras de la necesaria homogeneidad doctrinal e igualdad en el tratamiento de los justiciables, 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´ (Sentencia de 29 de noviembre de 2011, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª)”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 de abril de 2018, 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, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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 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 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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la Ley 39/2015.

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 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 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.- Al examinar 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; aspecto en el que discrepan las partes en el caso que nos ocupa.

Al respecto, debemos comenzar el análisis de esta cuestión recordando que, tal y como establece el artículo 67.1 de la LPAC, “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 asunto sometido a nuestra consideración, consta en el expediente que el paciente fue intervenido el día 9 de noviembre de 2015 de su muñeca derecha, y que durante la intervención se produjo una rotura del instrumental quirúrgico empleado (en concreto, de una broca), lo que ocasionó la

permanencia tras la operación de restos de material en la zona afectada. El interesado siguió con posterioridad tratamiento de fisioterapia, y según informe del Servicio de Rehabilitación de 10 de marzo de 2016 fue alta el día 25 de febrero de 2016; fecha que, según se argumenta en la propuesta de resolución, constituye el *dies a quo* para el cómputo del plazo de un año. Dado que la reclamación fue presentada el 28 de junio de 2017, entiende que la acción se encuentra prescrita.

Frente a ello, el interesado sostiene en su escrito de alegaciones que “un informe médico de síntesis de la sanidad pública, emitido en fecha 4 de agosto de 2016 (...), sirvió de base para denegar en un primer momento la incapacidad permanente porque de la exploración realizada por el médico evaluador” se desprendía “que `el cuadro clínico actual es susceptible de tratamiento médico, no habiéndose agotado las posibilidades terapéuticas´, y por tanto las dolencias en aquel momento aún no revestían el carácter de definitivo o irreversible”. Sin embargo, no aporta dicho informe, sin que tampoco pueda tomarse como fecha de referencia la del Servicio de Cirugía Plástica de 15 de julio 2016, que menciona el especialista en Medicina Legal y Forense como fin del periodo de consolidación de las secuelas por encontrarse el proceso estabilizado al haberse agotado las posibilidades terapéuticas, a excepción de la artrodesis. Tal y como se expresa en la propuesta de resolución, la situación clínica del paciente en el momento al que alude este último informe no había variado respecto de la que refleja el informe emitido en el mes de marzo anterior, y así resulta de la confrontación de ambos.

Por otra parte, ha de coincidir igualmente con la desestimación de la fecha de la Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que se declara al reclamante en situación de incapacidad permanente en el grado de total para la profesión habitual, y que este invoca en último término como “de determinación definitiva del alcance de las secuelas”. Como venimos afirmando reiteradamente (por todos, Dictamen Núm. 215/2015), “es constante la doctrina del Tribunal Supremo que, en aplicación de la doctrina de la *actio nata*, sostiene que las declaraciones administrativas sobre incapacidad no

pueden ser tenidas en cuenta a la hora de determinar el *dies a quo* del plazo de prescripción”, con mención, entre otras, de “la Sentencia de 24 de abril de 2012 -ECLI ES:TS:2012:3291-, con abundante cita de precedentes jurisdiccionales”, en la que “se concluye que `el carácter crónico o continuado de la enfermedad no impide conocer en un determinado momento de su evolución su alcance y secuelas definitivas o al menos de aquellas cuya concreta reparación se pretende (...), ni siquiera al albur que la situación ya determinada fuera sobrevenidamente reconocida a efectos laborales y de Seguridad Social’, y en la Sentencia de 3 octubre de 2014 -ECLI ES:TS:2014:4024-, que desestima la pretensión de la recurrente de atender a la fecha de reconocimiento de una minusvalía, se afirma que el plazo `de prescripción comienza (...) desde la «curación» o desde la «determinación del alcance de las secuelas». Ni que decir tiene que cuando no hay curación, por el carácter permanente e irreversible de la enfermedad, hemos de estar a la «determinación del alcance de las secuelas», que en este supuesto se conocían desde el momento del alta’”.

En consecuencia, debiendo fijarse en el 25 de febrero de 2016 -fecha de alta en el Servicio de Rehabilitación, en el que siguió tratamiento tras la intervención quirúrgica- el *dies a quo* a los efectos del plazo de un año establecido en el artículo 67.1 de la LPAC, y habiendo sido presentada la reclamación con fecha 28 de junio de 2017, debemos concluir que la misma ha de ser desestimada por extemporánea.

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

Tal y como hemos señalado, consta en el expediente que la rotura de la broca supuso la permanencia de restos de la misma en la zona intervenida, por lo que debemos dar por acreditado que se ha producido un daño, con independencia del alcance exacto que tal circunstancia pueda suponer (el perito de parte y la Administración sanitaria discrepan de nuevo sobre este extremo).

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido con ocasión de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También 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 supuesto examinado, observamos que el perito del reclamante carece de la condición de especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología que sí ostentan los informantes a instancia de la compañía aseguradora; especialización que implica -como hemos señalado en dictámenes anteriores- su superior fuerza probatoria.

Sentado lo anterior, resulta que el interesado, que formula su imputación con base en el contenido del informe pericial, considera que concurre una infracción de la *lex artis* por dos motivos: en primer lugar, por la propia rotura del material quirúrgico y, en segundo lugar, por "el hecho de que este no haya sido extraído en su totalidad". Respecto al primero, los especialistas que informan a instancia de la compañía aseguradora califican la incidencia como "complicación intraoperatoria (...) poco frecuente", sin más detalle; calificación que el perjudicado no objeta en sus alegaciones. En cuanto a la falta de extracción del material, dichos especialistas afirman taxativamente que "la actuación de los cirujanos al no extraer el resto de broca es rigurosamente correcta, porque es crear una grave lesión ósea para la extracción de un elemento que es inerte y biológicamente tolerado por el organismo y que no tiene transcripción clínica". Al respecto, apreciamos también que la argumentación del perjudicado resulta un tanto incoherente con la actitud que se refleja en su historia clínica, en la que consta (folio 47 de la historia Millennium) que "se le ofrece (...) tenoartroplastia y limpieza articular de restos de broca. Va a solicitar segunda opinión". En la anotación correspondiente a la consulta del 15 de julio de 2016 se refleja, en el apartado relativo a "evolución y comentarios, 2.ª opinión: aconsejan esperar y si no artrodesis de muñeca (...). De momento no desea hacerse nada"; mención de la que se desprende que se le ofreció la retirada sin que optara por ella.

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*.

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.