

Expediente Núm. 284/2019
Dictamen Núm. 23/2020

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 6 de febrero de 2020, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 29 de octubre de 2019 -registrada de entrada el día 4 de diciembre de 2019-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de una mala praxis en la asistencia sanitaria prestada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 21 de noviembre de 2018, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de una mala praxis en la asistencia sanitaria prestada.

Expone que el 10 de mayo de 2016 es atendido en el Hospital “X” de un traumatismo en el tobillo derecho provocado por un accidente de moto,

diagnosticándosele una fractura abierta grado I bimalleolar de tobillo derecho y siendo sometido a una intervención quirúrgica el día 18 de mayo y a un proceso con diversas curas y buena evolución.

Refiere que el 28 de junio de 2016 acude al Servicio de Urgencias del mismo hospital tras sufrir una caída con traumatismo en pie derecho, y que una radiografía del tobillo revela "osteosíntesis en orden y sin cambios respecto a previas", precisando que es atendido el 5 de julio con práctica de pruebas y control de la evolución. El 30 de julio de 2016 acude de nuevo al Servicio de Urgencias por dolor y edema en la zona, realizándosele una analítica y una radiografía, "no impresionando infección". El 2 de septiembre de 2016 se procede a la extracción del tornillo implantado y se recogen cultivos, y reseña que al día siguiente tiene que volver a Urgencias iniciándose tratamiento antibiótico. Manifiesta que en el curso del ingreso hospitalario es sometido a una operación y se conoce el resultado positivo del cultivo (infección por agente *Enterococcus faecalis*), siendo dado de alta el día 14 de septiembre de 2016.

Expone que fue examinado en consulta los días 27 de septiembre de 2016 y 10, 18 y 24 de enero; 15 y 23 de febrero, y 13 y 15 de marzo de 2017, y que el 10 de abril de 2017 es valorado por el Servicio de Rehabilitación, que "tras observar los informes de las gammagrafías solicitadas por Traumatología (...) contraindica de forma taxativa la rehabilitación y (...) recomienda al paciente solicitar consulta preferente en Traumatología". Reseña que en un TAC realizado el 19 de abril de 2017 se aprecia "posible lesión osteocondral".

Indica que el 3 de mayo de 2017 acude nuevamente al Servicio de Urgencias y el 17 de mayo a Traumatología, "donde presenta un informe del Hospital `Y`, de Barcelona (...), en el que se aconseja la cirugía (...); por parte del Servicio de Traumatología del Hospital `X` (...) se concluye que el paciente tiene una artrosis postraumática de tobillo derecho con secuelas de infección, desaconsejando la cirugía por entender que la misma podría entrañar una serie de riesgos por la posibilidad de existencia de una infección larvada y por la grave limitación funcional que supondría (...), considerando que (...) presenta importantes limitaciones funcionales".

Señala que la lesión inicial “evoluciona con normalidad hasta que en fecha 28 de junio de 2016 (...) acude al Servicio de Urgencias del ‘X’ (...) por haber sufrido una caída con traumatismo en pie derecho”, y que en ese momento “se inicia todo un proceso asistencial (...) caracterizado por un cúmulo de irregularidades motivado por la franca desorganización y descoordinación del Servicio de Salud del Principado de Asturias”. Considera que no se han puesto a su disposición, a tiempo, los medios diagnósticos y terapéuticos disponibles e indicados según la ciencia médica y sus protocolos, lo que lleva a la cronicidad de la lesión, alegando una quiebra de la *lex artis*. En concreto, sostiene que “ha tenido lugar la evolución de la infección hasta una situación de cronicidad (...). El paciente asumió una serie de riesgos inherentes al proceso asistencial (...) pero lo que no asumió, y (...) no tiene responsabilidad de soportar, es la consecuencia de una manifiesta falta de coordinación entre los distintos profesionales que le atendieron (...), que demoraron la realización de las pruebas diagnósticas indicadas (...). Y una vez se realizaron las pruebas (...) que pusieron de manifiesto una importante infección (...) no se trasladan al médico peticionario”.

Respecto al *quantum* indemnizatorio, indica que asciende a trescientos veinticinco mil euros (325.000 €).

2. Mediante oficio de 3 de diciembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento aplicables, el plazo de resolución y el sentido del silencio administrativo.

3. El día 17 de diciembre de 2018, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto solicita a la Gerencia del Área Sanitaria III una copia de la historia clínica y los informes emitidos por los servicios intervinientes.

El 14 de enero de 2019, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia, en formato electrónico, de la historia clínica del paciente y de los informes de los Servicios de Traumatología y de Urgencias.

En la historia clínica figura anotado, el 10 de abril de 2017, que “el resultado de la gammagrafía ósea es compatible con artritis infecciosa tibio-peronea distal, no puede realizarse rehabilitación”. En enero de 2018 se deja constancia de que no se observan cambios respecto a abril de 2017.

En el informe del Servicio de Urgencias se incide en que “se han puesto a disposición del paciente los medios diagnósticos y terapéuticos proporcionados a la tórpida evolución de su patología (...); en toda ocasión se proporcionó (...) la atención que desde el punto de vista urgente era precisa: interconsulta con su especialista y las pruebas complementarias disponibles en este Servicio”. Adjunta una serie de informes médicos referidos a ocho assistencias prestadas al paciente.

El día 25 de enero de 2019, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios actuante reitera el informe del Servicio de Traumatología, pues el enviado es de 8 de octubre de 2018 y no aborda “las imputaciones vertidas en el escrito de reclamación”.

Con fecha 4 de abril de 2019, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el informe emitido el 22 de febrero de 2019 por el Servicio de Traumatología. En él se reproduce el relativo a la consulta de 8 de octubre de 2018, añadiendo la mención a que “el paciente ha sido tratado de forma adecuada en nuestro Servicio (...). La evolución de su artrosis postraumática de tobillo, secundaria a infección, no podía haberse evitado con ninguna otra actuación dada su evolución clínica”, y se expone cronológicamente la asistencia prestada. Así, indica que el 30 de julio de 2016 “se realiza analítica que no impresiona de infección”, el 2 de septiembre de 2016 se procede a la extracción de tornillo del peroné y se toma una muestra de cultivos, el 7 de septiembre de 2016 se lleva a cabo una intervención quirúrgica “retirándose la

placa de peroné y realizando limpieza quirúrgica. El resultado del cultivo es positivo para *Enterococcus faecalis*. Causa alta hospitalaria el día 14-09-16". Concluye que el paciente ha sido tratado de forma adecuada en el Servicio, "la patología (...) no mejorará con el tiempo y por tanto está incapacitado para su trabajo habitual".

4. El día 31 de mayo de 2019 emite informe una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal, a instancia de la compañía aseguradora de la Administración. En él indica que tras el "análisis de la documentación aportada se puede asegurar que se ha actuado en cada momento de manera adecuada en función de la sintomatología del paciente y siguiendo protocolos y guías clínicas". Añade que las complicaciones surgidas se reflejaban en el consentimiento informado firmado por el paciente (infección, tanto de la herida quirúrgica como ósea, posibilidad de posterior extracción de material de osteosíntesis y pérdida de movilidad y de fuerza), por lo que concluye que "la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y (...) correspondería desestimar la reclamación".

5. Con fecha 9 de octubre de 2019 se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de la entidad aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias en el que se invoca la prescripción, al considerar que "la secuela está establecida, al menos, desde el 10 de abril de 2017, mientras que la reclamación fue presentada el 11 de noviembre de 2018".

6. Evacuado el trámite de audiencia mediante oficio notificado al interesado el 17 de octubre de 2019, este presenta un escrito de alegaciones el día 1 de noviembre de 2019 en el que se ratifica en lo expuesto en su reclamación y niega la concurrencia de prescripción, dado que "el alcance definitivo de las secuelas no es conocido hasta la realización de la resonancia nuclear magnética en fecha 29 de diciembre de 2017", prueba solicitada por el Servicio de Salud

del Principado de Asturias que, además, cita al paciente a una consulta en Barcelona “a los efectos de recabar la opinión de un experto en la materia”, llevada a cabo el día 22 de febrero de 2018.

7. El día 18 de noviembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio al entender, en primer lugar, que “la reclamación podría considerarse extemporánea”, pues “tras la consulta realizada en el servicio de Traumatología” del Hospital “X” “el 11-04-2017 quedan perfectamente establecidas las secuelas y no se toma ninguna actitud terapéutica nueva. La consulta realizada el 22-02-2018 tiene como finalidad la valoración de un posible tratamiento de las secuelas que padece ya previamente (dolor y limitación funcional). Dado que la reclamación se ha presentado el 11-11-2018 ha transcurrido más de un año, que es el plazo legal máximo establecido”. En segundo lugar, señala que la asistencia prestada fue acorde a la *lex artis ad hoc*, y pone de manifiesto que el resultado “constituyó la materialización de un riesgo típico descrito en el documento de consentimiento informado”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de octubre de 2019, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm. de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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

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

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica 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 que nos ocupa se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común contenidas en el título IV de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial de los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicho cuerpo legal.

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 observa 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 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 referida Ley.

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 “Solo 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 se impone verificar, en primer lugar, si la reclamación ha sido ejercitada dentro del plazo establecido al efecto, entendiendo la propuesta de resolución que su planteamiento ha sido extemporáneo, lo que, al margen de otras consideraciones, ya justifica su sentido desestimatorio.

El artículo 67.1 de la LPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

La propuesta de resolución explicita que tras la consulta realizada el día 11 de abril de 2017 “quedan perfectamente establecidas las secuelas y no se toma ninguna actitud terapéutica nueva. La consulta realizada el 22-02-2018 tiene como finalidad la valoración de un posible tratamiento de las secuelas que padece ya previamente (dolor y limitación funcional). Dado que la reclamación se ha presentado el día 11-11-2018, ha transcurrido más de un año que es el plazo legal máximo establecido”.

Conforme doctrina reiterada de este Consejo, *ex* artículo 67.1 de la LPAC, el primer criterio legal para la determinación del *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de reclamación es el de la fecha en la

que se produce el hecho dañoso, pero si el efecto lesivo se manifiesta con posterioridad habrá que estar a dicho momento, salvo que sea incierto e imprevisible el curso de la enfermedad y sus manifestaciones, en cuyo caso el *dies a quo* deberá situarse en el de la curación o el de la determinación definitiva del alcance de las secuelas o de su estabilización.

En el caso que se somete a nuestra consideración, y en orden a fijar la fecha en la que se ha determinado el alcance del daño alegado, es necesario, en primer término, definir su naturaleza, analizando si nos encontramos ante un efecto lesivo de carácter continuado, de evolución incierta y con manifestaciones imprevisibles, que da lugar a secuelas novedosas cuya evaluación definitiva no resulta posible efectuar en un lapso temporal concreto, o si, por el contrario, nos hallamos ante un daño de carácter permanente, en tanto que determinado o estabilizado en un momento preciso, y previsible en sus manifestaciones y evolución.

Como ya hemos señalado en ocasiones anteriores (por todos, Dictámenes Núm. 1/2011 y 81/2016), una consolidada jurisprudencia distingue de forma clara y precisa entre daños permanentes y daños continuados (entre otras, Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2015 -ECLI:ES:TS:2015:746-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª). El Tribunal Supremo define el daño permanente como aquel en el que el acto generador del mismo se agota en un momento concreto, aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo, de modo que producido el acto causante de la lesión ésta queda determinada y puede ser evaluada de forma definitiva. En el daño continuado, sin embargo, las manifestaciones lesivas, con base en una unidad de acto, se producen día a día de manera prolongada e imprevisible y sin solución de continuidad, de forma que el resultado lesivo no puede ser evaluado de manera definitiva hasta que no se adoptan las medidas necesarias para poner fin al mismo. El plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial no empieza a correr en este caso hasta que no cesen o dejen de manifestarse los efectos lesivos, a diferencia de lo que ocurre en el supuesto de los daños permanentes, o de

efectos permanentes y perdurables en el tiempo, en el que el plazo empieza a contarse en el momento en que se produce la conducta causante del daño o se manifiesta su efecto lesivo (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de octubre de 2013 -ECLI:ES:TS:2013:5201-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), puesto que de lo contrario las reclamaciones por daños de este tipo se convertirían en imprescriptibles.

A juicio de este Consejo, en el caso examinado los daños sufridos por el reclamante no pueden calificarse como continuados, sino que tienen el carácter de permanentes, pues aunque persista en el tiempo el efecto lesivo sus manifestaciones no son inciertas o imprevisibles sino que quedan definitivamente acotadas, como se indica en el informe de la consulta de 10 de abril de 2017, cuando se le comunica al paciente que “no puede realizarse rehabilitación”; fecha, por tanto, en la que habría de iniciarse el cómputo del plazo de prescripción. En efecto, el perjudicado se limita a oponer la posterior realización de una resonancia nuclear magnética y la ulterior consulta a un especialista, pero esas actuaciones no arrojan novedades sobre las secuelas ya objetivadas (dolor y limitación funcional), sino que se dirigen a la valoración de su posible tratamiento.

Al respecto, tal como se recoge en la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de abril de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:3291- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), hemos de partir de 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”. En este contexto, no obsta a la consideración de un daño permanente, tal como señalamos en el Dictamen Núm. 93/2014, o más recientemente en el Dictamen Núm. 8/2019, que la Administración sanitaria continúe realizando actos asistenciales tendentes a paliar los efectos de la dolencia, como aquí ocurre. Como ya reflejamos en el Dictamen Núm. 287/2013, en estos casos no puede desconocerse el hecho de que ya conste previamente acreditada por los servicios sanitarios la irreversibilidad del daño o la secuela y que el tratamiento sea entonces meramente paliativo de los

síntomas. En suma, tal como se reseña en la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de mayo de 2015 -ECLI:ES:TS:2015:2135-, los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores encaminados a obtener una mejor calidad de vida, a evitar eventuales complicaciones en la salud o a obstaculizar la progresión de la enfermedad no enervan la realidad de que el daño ya se manifestó con todo su alcance.

En definitiva, este Consejo estima que la reclamación presentada por el interesado el 21 de noviembre de 2018 ha de ser desestimada por extemporánea, ya que en ella no se alegan ni prueban unos daños distintos de los inherentes al episodio clínico ya estabilizado en abril de 2017.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.