

Dictamen Núm. 218/2020

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 1 de octubre 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 10 de julio de 2020 -registrada de entrada el día 21 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del tratamiento recibido por su padre y hermano, respectivamente, en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 19 de junio de 2019 una persona, “en su propio nombre y como tutor de su padre” -paciente intervenido en el Hospital “X”- presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por la “defectuosa asistencia sanitaria” recibida.

Expone, con base en el informe emitido por un especialista en Medicina Interna que adjunta, que “se trata de un paciente de 68 años de edad que (...)

sufre un cuadro neurológico en miembros superiores e inferiores” e ingresa en el Hospital “Y”, el 11 de diciembre de 2017, para “la realización de un implante de derivación ventrículo peritoneal (...) para disminuir una hidrocefalia que (...) presentaba posiblemente desde niño como consecuencia de una meningitis que tuvo, y que le dejó como secuela una disminución de movilidad de brazo derecho”.

Señala que “como consecuencia de la colocación del implante (...) sufre una hemorragia cerebral con infección por *S. epidermidis*, con clínica de cefalea intensa y deterioro del estado general”. Indica que ingresa en el Hospital “Y” y “tras la realización de un TAC se observa la hemorragia cerebral y es trasladado al Servicio de Neurocirugía” del “X”, colocándosele un nuevo implante e ingresándolo en “la UVI, donde permanece hasta el 13 de marzo de 2018 (...). Evoluciona bien aunque lentamente (...) y sale con buen estado de conciencia, hemodinámicamente estable”.

Considera que el cuadro que presentaba el paciente “estaba más en relación con una mielopatía que con una hidrocefalia”, y afirma que se le colocó un implante “sin haber hecho las pruebas necesarias para valorar la indicación de esta práctica. Todo para resolver una hidrocefalia que (...) tenía desde niño como consecuencia de una meningitis que tuvo./ No se prestó la debida atención a la mielopatía que presentaba y que posiblemente fuese la causa del cuadro./ Como consecuencia de la implantación (...) el paciente sufre una hemorragia cerebral que se complica con una infección o ventriculitis y tiene que permanecer en la UVI tres meses, sufriendo complicaciones (...). A día de hoy (...) ha empeorado del estado en el que comenzó este proceso y camina en silla de ruedas, a pesar de las sesiones de fisioterapia a las que fue sometido”. Apunta a la existencia de tres pruebas diagnósticas posibles para comprobar si la hidrocefalia está activa; entre ellas, la extracción de líquido cefalorraquídeo mediante una punción lumbar.

Sostiene que se le sometió a “una operación de riesgo no necesaria (ni urgente ni justificada) que causa una hemorragia cerebral, la cual a su vez es responsable del grave deterioro y situación actual del paciente. Los propios informes de la sanidad pública ponen en relación la intervención quirúrgica (11

de diciembre de 2017) con la hemorragia sufrida poco después”. Reseña que tras la intervención “surgen todas las complicaciones recogidas en el informe de 22-03-2018” del Hospital `Z´, precisando diversas operaciones y con un progresivo deterioro “hasta el punto de haber sido declarado incapaz por sentencia judicial firme y sometido a tutela”.

Razona que “si el derrame trae causa de la intervención, la cual a su vez provoca la situación actual del paciente, si dicha intervención no era necesaria todo lo causado por la misma es responsabilidad de la Administración sanitaria, a la cual le es imputable el error en el diagnóstico, aconsejar la intervención, su ejecución y deficiente información al paciente”.

Advierte que “para el improbable caso de no estimarse una infracción a la *lex artis*” resultaría “reprobable un déficit de información al paciente sobre los riesgos de la intervención, privándole de la oportunidad de valorarlos y de decidir con libertad y conocimiento, debiéndose valorar a estos efectos cuando menos una falta de oportunidad de haberse podido elegir un tratamiento alternativo, tratar la mielopatía o postergar una intervención no urgente hasta el momento en que se estimara indispensable (...). El daño se materializa a causa de la intervención y (el paciente) pasa de una patología de escasa importancia (...) a una gran invalidez”.

Cuantifica la indemnización que solicita en setecientos noventa y siete mil seiscientos sesenta y un euros con catorce céntimos (797.661,14 €), que desglosa conforme al baremo que rige para los accidentes de tráfico, especificando que 100.000 € corresponderían “por perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de los familiares de grandes lesionados”.

Acompaña copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Informe médico de valoración, que incorpora los informes de alta del Servicio de Neurocirugía del Hospital “X” de 13 de marzo de 2018, en el que se establecen los diagnósticos de “malfunción valvular” y “riesgo de caídas r/c factores cognitivos/fisiológicos/ambientales”, y del Servicio de Geriátría del Hospital “Z”, de 4 de mayo de 2018, en el que consta “evolución lenta por el gran déficit motor, consiguiendo al alta marcha con andador y persona y necesidad de ayuda para algunas actividades de la vida diaria por inestabilidad”. b)

Informe pericial de un especialista en Medicina Interna, de 20 de noviembre de 2018. c) Sentencia de incapacitación, de 6 de marzo de 2019, certificándose su firmeza con traslado al tutor el 13 de mayo, que toma posesión de su cargo el mismo día.

Solicita, como prueba documental, que se incorpore al expediente "la historia clínica completa (...), con especial observancia a los consentimientos informados que consten en la misma".

2. Mediante oficio de 2 de julio de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro Instrucciones Previas comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Previa solicitud formulada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, el 19 de agosto de 2019 el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le traslada una copia, en formato electrónico, de la historia clínica del paciente y el informe elaborado por la Jefa del Servicio de Neurocirugía.

En este último se indica que "el paciente es intervenido el 11 de diciembre de 2017 realizando la cirugía prevista (...). El posoperatorio transcurre sin incidencias, con leve mejoría respecto al preoperatorio. Presenta en el TC craneal pequeño sangrado en el trayecto valvular de poca entidad que no produce clínica, por lo que es dado de alta hospitalaria./ Se mantiene estable y hace vida normal hasta el día 26 de diciembre de 2017 en que presenta cefalea súbita, por lo que es valorado" en el "Y". Indica que se realiza "TC craneal en (el) que se objetiva hemorragia parietal derecha y sangrado intraventricular. Se traslada al (Hospital `X´), se realiza angio-TC en el que se descartan malformaciones vasculares e ingresa para vigilancia en UCI, permaneciendo (...) consciente y sin focalidades neurológicas (...), con cifras altas de TA a pesar de fármacos antihipertensivos en perfusión./ El 28 de diciembre sufre deterioro neurológico brusco con aumento del sangrado

intraventricular, por lo que se retira el catéter previo y se coloca drenaje ventricular externo. La evolución inmediata es favorable, permaneciendo con buena situación neurológica y controles de TC craneales sin complicaciones./ En este periodo desarrolla una ventriculitis y traqueobronquitis que reciben tratamiento antibiótico, precisando reintubación por trabajo respiratorio./ Una vez resuelta la ventriculitis es intervenido el día 24 de enero de 2018 colocando nuevamente derivación ventrículo peritoneal y dispositivo antigravitatorio (...). La evolución posterior durante el ingreso fue favorable, siendo trasladado al Hospital "Z" para continuar tratamiento rehabilitador (...). En las últimas revisiones (...) el paciente está desorientado, la fuerza en los brazos se mantiene pero no consigue deambulación independiente./ La situación actual se debe a las complicaciones derivadas del proceso y su tratamiento (hemorragia cerebral, ventriculitis). Aunque infrecuentes, la hemorragia y la infección son algunos de los riesgos típicos de la derivación de LCR como vienen recogidos en el consentimiento informado".

Entre la documentación remitida figura el consentimiento informado para cirugía de hidrocefalia firmado el 16 de noviembre de 2017, en el que se incluyen, dentro de los riesgos típicos, "complicaciones en el tiempo quirúrgico o inmediatas (hematoma intracerebral, lesión vascular, perforación intestinal, perforación vesical, neumocéfalo. Todas ellas raras", y "complicaciones posoperatorias tardías (sobredrenaje del LCR, malfunción valvular, desconexión del catéter con o sin migración, infección, epilepsia)".

4. Con fecha 12 de diciembre 2019, emite informe pericial una facultativa a instancias de la compañía aseguradora de la Administración. En él señala que se trata de un paciente "al que se le realiza seguimiento por ventriculomegalia (diagnóstico radiológico de hidrocefalia normotensiva en ausencia de atrofia cerebral), inicia sintomatología secundaria con evolución muy lenta a lo largo de los años sin cambios radiológicos./ Ante el incremento de la sintomatología (alteraciones de la marcha) se ampliaron estudios, detectándose mielopatía cervical (afección por compresión crónica de la médula espinal)./ La mielopatía en ausencia de otra etiología se atribuyó a la compresión del cuarto ventrículo

(aumentado de tamaño como consecuencia de la hidrocefalia) sobre el tronco de forma crónica, situación favorecida por la existencia del osteocondroma en el clivus, alteraciones anatómicas que presentaba el paciente./ La clínica motora que en ese momento presentaba (...) (marcha parética, hiperreflexia EESS) se orientó como secundaria fundamentalmente a la mielopatía pero, además, (...) presentaba déficits amnésicos e incontinencia urinaria ocasional, síntomas típicos de la hidrocefalia, lo que justificaba la intervención”.

Reseña que “la finalidad de la intervención (...) fue mejorar la clínica secundaria a la mielopatía provocada por la ventriculomegalia asociada al osteocondroma./ El diagnóstico de hidrocefalia está basado en la clínica y en las pruebas de imagen. La determinación de la presión y la monitorización de esta no hubiesen ampliado información en este caso. La evacuación de LCR mediante punción lumbar como prueba previa a la intervención independientemente del resultado (mejoría o ausencia de respuesta en cuanto a la sintomatología) no habría modificado la indicación de colocación” del implante.

Indica que “tras revisión de la documentación no se han detectado actuaciones que supongan negligencia. El manejo de la patología del paciente con la solicitud de pruebas complementarias periódicas, el diagnóstico y la indicación quirúrgica fueron correctos./ No constan complicaciones intraoperatorias y la evolución inicial fue satisfactoria. Posteriormente (...) presentó una serie de complicaciones que fueron tratadas conforme a protocolos (...). El paciente firmó (un consentimiento informado) en el que se recogen los riesgos que, aunque poco frecuentes, el sangrado intracraneal y la infección (ventriculitis), presentó”.

5. El día 7 de febrero de 2020, la entidad aseguradora de la Administración presenta un escrito de alegaciones en el que se sostiene que la reclamación está prescrita. Arguye que “el *dies a quo* se fecha el día 4 de mayo de 2018, toda vez que se produce el alta del paciente” en el Hospital “Z”, “momento en el cual ya se tenía pleno conocimiento del alcance de sus daños”, y entiende

que “también se podría tomar en consideración el día 13 de marzo de 2018, esto es, cuando se le da el alta” en el Hospital “X” para ser trasladado al “Z”.

6. Evacuado el trámite de audiencia, el tutor del perjudicado presenta el día 13 de marzo de 2020 un escrito de alegaciones. En él pone de manifiesto que “la rehabilitación no finalizó” en el Hospital “Z”, “sino que fue continuada (en una residencia privada). Así consta (en) un informe de alta de esa entidad, de fecha 20 de junio de 2018, incorporado a la reclamación como documental médica unida al informe pericial”. Añade que “el cómputo del plazo para ejercitar la acción solo puede comenzar cuando ello es posible, y es precisamente por esta razón y debido al progresivo deterioro cognitivo y físico (...) que se interpuso demanda de incapacidad resuelta por sentencia estimatoria de fecha 6 de marzo de 2019 (...), con aceptación del cargo de tutor el 13 de mayo de 2019 (...). Es a partir de este momento cuando el hijo del paciente y tutor puede ejercitar la acción de responsabilidad (...) en su propio nombre y en el de su padre”. Subraya que “el plazo para reclamar la indemnización solo empieza a correr una vez que los daños han dejado de evolucionar y, por tanto, las secuelas han quedado consolidadas, y lo cierto es que poco o nada tiene que ver este informe de alta” del Hospital “Z” “con la situación actual (...). Del referido alta no se puede inferir una discapacidad del 80 %”.

Frente a lo informado por el Servicio de Neurocirugía, reitera que “si la mielopatía explica los síntomas (...) lo que no entendemos es por qué no se trata la mielopatía”, y tampoco “como una ventriculomegalia pueda causar una lesión cervical a esa altura, una compresión producida más abajo del cráneo con pruebas inequívocas de lesión medular cervical, con estudios neurofisiológicos y RM con imagen de miopatía C2, C4, C5./ Se está confundiendo la ventriculomegalia, seguida desde 2008 sin cambios, al igual que el osteocondroma, con la hidrocefalia”.

Reseña que “esta intervención quirúrgica”, la instalación de una válvula derivativa de líquido cefalorraquídeo, es de riesgo, y la información previa fue insuficiente, pues “entre las complicaciones posoperatorias tardías no se cita lo

que finalmente ocurrió al paciente: una hemorragia intraparenquimatosas posquirúrgica con las complicaciones que vinieron después”, y pone de relieve que en la información suministrada “se recoge el ‘hematoma intracerebral’ pero como complicación rara y durante la intervención o inmediata”, mientras que en este caso el paciente “estuvo en grave riesgo vital (...). Esto no está contemplado en el consentimiento informado./ Esta persona sufrió un gravísimo deterioro de sus funciones cerebrales que se concreta en una discapacidad reconocida del 80 %, en silla de ruedas, con necesidad de ayuda de (terceras) personas de por vida e incapacitación judicial. Tampoco se especifica nada parecido en el consentimiento informado”.

Aporta “el resumen de un estudio que puede consultarse en internet bajo el nombre Hidrocefalia crónica del adulto: análisis descriptivo de 36 casos, donde se dice que ‘un 44 % presentaron complicaciones posoperatorias’”.

7. Con fecha 12 de junio de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella aprecia que “la reclamación podría considerarse extemporánea (...), siendo el *dies a quo* el día 4 de mayo de 2018, en el que se produce el alta del paciente” en el Hospital “Z”, “momento en el cual tenía pleno conocimiento del alcance de sus daños. La rehabilitación posterior realizada en un centro privado hasta el 20-06-2018 no modificó para nada su situación, ni en cuanto a la marcha ni al grado de dependencia, que continuó siendo severa”.

Añade que la asistencia prestada “fue correcta y adecuada a la *lex artis*. El osteocondroma era conocido desde el año 2008 y en ninguna de las pruebas de imagen realizadas se encontraron signos de compresión medular debido al osteocondroma, por lo que al aparecer clínica neurológica se atribuyó de forma razonable a la hidrocefalia (los déficits de memoria, alteraciones de la marcha, incontinencia urinaria ocasional no son atribuibles a una mielopatía cervical). La finalidad de la intervención (...) fue mejorar la clínica secundaria a la mielopatía provocada por la ventriculomegalia asociada

al condroma que comprimía el tronco cerebral. La hemorragia cerebral y la ventriculitis constituyeron la materialización de dos riesgos típicos de la (derivación ventrículo peritoneal) descritos en el documento de consentimiento informado que el paciente suscribió. Las complicaciones surgidas durante su estancia en la UCI se deben a los tratamientos realizados”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de julio de 2020, 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 paciente 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 a

través de su tutor, representante legal de conformidad con lo establecido en el artículo 267 del Código Civil.

Ciertamente el Código Civil exige al tutor autorización judicial "para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela" (artículo 271.6.º), pero el rigor de esa disposición debe reservarse al estricto ámbito forense, sin que deba extenderse a la tramitación administrativa de una solicitud que no compromete en modo alguno -pues ni siquiera cabe la condena en costas- el patrimonio del tutelado.

Con relación a los aquí interesados y legitimados se observa cierta confusión que es preciso despejar. El escrito de reclamación se formula por el tutor "en su propio nombre y como tutor de su padre", cuantificándose el daño en 797.661,14 €, "de los cuales 100.000 se consideran a abonar discrecionalmente entre sus familiares más próximos", entre los que se incluye el nombrado tutor. En el desglose de esos daños, y con remisión expresa al baremo regulador para los accidentes de tráfico, se reclaman esos 100.000 € por "perjuicio moral por pérdida de calidad de vida de los familiares de grandes lesionados" al amparo de lo dispuesto en el artículo 110 del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, reproduciendo la horquilla del baremo y los preceptos del texto refundido sobre el concepto de grandes lesionados, e indicándose que el tutor reclama esta cantidad "con la conformidad de sus hermanos" y de "la hermana" del incapacitado, quienes también firman el escrito.

En este contexto, conviene recordar que antes de la reforma de 2015 se incluía entre los "factores de corrección sobre las indemnizaciones básicas" correspondientes al lesionado la partida relativa a "perjuicios morales de familiares" que eran, en similar cuantía a la actual, los "destinados a familiares próximos al incapacitado en atención a la sustancial alteración de la vida y convivencia derivada de los cuidados y atención continuada, según circunstancias". Bajo esa escueta consideración -en la que un apartado en el que se cuantifica el daño del lesionado incorpora un perjuicio moral sufrido por otras personas- surgió la lógica problemática acerca de quiénes eran los legitimados para reclamar y percibir esa compensación, si el lesionado o los

familiares que han de atenderle, dando lugar a respuestas complejas y variadas, incluso abocando a todos los afectados a actuar de consuno, pues lo único terminante es la incompatibilidad de la compensación al lesionado y a sus familiares por un mismo concepto. En este contexto, la reforma introducida por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, viene precisamente a salvar esta confusión. Por un lado, el apartado 4 del artículo 110 del Texto Refundido dispone ahora que “La legitimación para reclamar la reparación de este perjuicio se atribuye en exclusiva al lesionado, quien deberá destinar la indemnización a compensar los perjuicios sufridos por los familiares afectados”. Por otro, se aclara que esos familiares solo ostentan legitimación para reclamar “por los gastos de tratamiento médico y psicológico que reciban (...) por las alteraciones psíquicas que, en su caso, les haya causado el accidente” (artículos 94.2 y 36.3).

En el caso examinado, accionándose nominativamente por el perjuicio moral reservado al lesionado y no por el tratamiento de las patologías que sus allegados sufran, se concluye que la legitimación para reclamar el perjuicio “por pérdida de calidad de vida de los familiares” no reside en estos sino en el sujeto incapacitado. Ello no comporta, naturalmente, que deba rechazarse la pretensión deducida por este concepto, sino que ha de estimarse formulada por el lesionado, que sería el llamado a repartir “discrecionalmente entre sus familiares más próximos” la eventual indemnización, actuando así su tutor en nombre y representación de aquel, no “en nombre propio”, y entendiéndose que la firma de los familiares es solo expresión de su “conformidad” y encierra una manifestación de voluntad de no reclamar por el mismo concepto en su propio nombre, pues siendo el baremo de referencia meramente orientativo en estos procedimientos tampoco cabría excluir de plano la legitimación de los allegados para accionar por el reiterado perjuicio moral. Pero, cuando comparecen junto al lesionado y se acogen al baremo de tráfico ha de estimarse que también se sujetan al mismo en orden a reservar a la víctima el legítimo ejercicio de la pretensión por “pérdida de calidad de vida de los familiares”.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante 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”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta el día 19 de junio de 2019, cuestionándose por la Administración y su aseguradora la tempestividad de la misma.

En efecto, la compañía aseguradora argumenta que el *dies a quo* para el cómputo del plazo de prescripción es el 4 de mayo de 2018, fecha en la que se produce el alta del paciente en el Hospital “Z” y momento en el cual estima que ya tenía pleno conocimiento del alcance de sus daños. Se apunta también al 13 de marzo de 2018, fecha de un alta hospitalaria en cuyo informe se recogen los diagnósticos de “hemorragia intraparenquimatosa adyacente al trayecto valvular con componente hemorrágico intraventricular, ventriculitis, epidermitis, traqueobronquitis y malfunción valvular”. Y se esgrime que las asistencias prestadas con posterioridad a las fechas mencionadas no son sino fases del proceso asistencial posteriores al conocimiento del alcance lesivo.

La propuesta de resolución conviene en el carácter extemporáneo de la reclamación, estimando que es el 4 de mayo de 2018 (fecha del alta del paciente en el Hospital “Z”) el momento en el que el enfermo pudo tener conocimiento pleno del alcance de los daños.

Por su parte, el interesado aduce que la rehabilitación no finalizó en el Hospital “Z”, sino en un establecimiento privado el 20 de junio de 2018 (según consta en el informe de alta de dicha entidad), y arguye que el deterioro cognitivo y físico del paciente le habría impedido ejercitar la acción hasta el mes de mayo de 2019, momento en el que se produce tanto la aceptación del

cargo de tutor como la firmeza de la declaración de incapacidad. También alude a “la doctrina de los daños continuados, en virtud de la cual el plazo para reclamar la indemnización solo empieza a correr una vez que los daños han dejado de evolucionar y (...) las secuelas han quedado consolidadas”, lo que descartaría la fecha del informe de alta del Hospital “Z”.

Al respecto, este Consejo ha señalado (por todos, Dictamen Núm. 183/2019) que el Tribunal Supremo viene distinguiendo “entre daños continuados, que como tales no permiten conocer aún los efectos definitivos de una lesión y en los que, por tanto, el *dies a quo* será aquel en que ese conocimiento se alcance, y daños permanentes, que aluden a lesiones irreversibles e incurables aunque no intratables, cuyas secuelas resultan previsibles en su evolución y en su determinación, siendo por tanto cuantificables, por lo que los tratamientos paliativos o de rehabilitación ulteriores o encaminados a obtener una mejor calidad de vida, o 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” (entre otras, Sentencias de 26 de febrero de 2013 -ECLI:ES:TS:2013:885-, 28 de noviembre de 2017 -ECLI:ES:TS:2017:4351-, y 11 de abril de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:1354-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Secciones 4.ª y 5.ª). Esta tesis es también la que sigue el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en la Sentencia de 17 de octubre de 2017 -ECLI:ES:TSJAS:2017:3290-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª.

En el supuesto examinado no se infiere *prima facie* que nos enfrentemos a un daño continuado, tal como el reclamante aduce, pero es indudable que, cualquiera que fuere su naturaleza, el cómputo de la prescripción no arranca hasta que las lesiones se manifiesten irreversibles y el eventual tratamiento rehabilitador se reduzca a una mejoría o recuperación funcional ante secuelas ya determinadas e incurables.

El invocado informe de 13 de marzo de 2018 del Servicio de Neurocirugía consigna la “malfunción valvular” y advierte del “riesgo de caídas r/c factores cognitivos/fisiológicos/ambientales”, reseñando que el paciente

“presenta una clara desorientación y alteración del carácter”, precisando de ayuda para las actividades básicas de la vida diaria. Se interesa entonces el traslado de centro a fin de “continuar con tratamiento rehabilitador”. El posterior informe de alta del Hospital “Z”, de 4 de mayo de 2018, advierte “evolución lenta por el gran déficit motor, consiguiendo al alta marcha con andador y persona, y necesidad de ayuda para algunas actividades de la vida diaria por inestabilidad”.

De la documentación clínica obrante en el expediente se desprende que en los referidos informes no quedan determinadas las secuelas en todo su alcance, o concurren al menos dudas razonables al respecto. En cuanto al primero de ellos, se repara en que el paciente permanece en la UVI tras la colocación de un nuevo implante de derivación ventrículo peritoneal hasta el día 13 de marzo de 2018, y que sale “con buen estado de conciencia, hemodinámicamente estable”, sin que el complejo diagnóstico consignado permita deducir las secuelas que más tarde se manifiestan. En el de 4 de mayo de 2018 se valora el estado físico del enfermo, que precisa de ayuda de otra persona “por inestabilidad” en la marcha, y se apunta a una “evolución lenta por el gran déficit motor”, lo que sugiere que es susceptible de “evolución” o mejoría, sin que se manifieste la afectación psicológica que a la postre determina su incapacitación. Sobre este extremo, debemos poner de relieve que la sentencia judicial que lo incapacita se fundamenta sustancialmente en un informe forense fechado el 22 de febrero de 2019 en el que se aprecia “deterioro cognitivo severo”, sin que los informes que se oponen por la Administración y su entidad aseguradora consignen una patología de la que pueda colegirse la inevitabilidad de ese deterioro.

Por otro lado, concurre en este supuesto una singularidad insoslayable. Es pacífico que la sentencia de incapacitación no interfiere en el curso del plazo de prescripción ni puede erigirse en acto que concrete el alcance de las secuelas, que preexisten. La jurisprudencia del Tribunal Supremo sostiene, en el orden jurisdiccional que nos atañe, que ha de estarse a la fecha en que se conocen las secuelas y no a la de los posteriores actos o resoluciones que reconocen o reiteran las lesiones ya consolidadas (por todas, Sentencias de 24

de abril de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:3291- y de 3 octubre de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:4024-). Tampoco cabe duda de que los efectos de la incapacitación “se inician al devenir firme la sentencia que la declara, que es constitutiva, pues decide sobre el cambio del estado civil de la persona./ Tan es así que la primera nota a destacar en la ejecución de las sentencias de incapacitación es la imposibilidad de que sean ejecutadas provisionalmente, según establece el art. 525.1.1.º LEC. Por tanto será necesario que la resolución de incapacitación sea firme para poder ser llevada a cabo (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:3268-, Sala de lo Civil, Sección 1.ª).

Ahora bien, como ya señalamos en el Dictamen Núm. 320/2012, “para resolver la posible prescripción de la acción de responsabilidad ejercitada no podemos considerar aisladamente los aspectos técnico-médicos de la lesión producida, sino que hemos de introducir un elemento subjetivo, el que se deriva del momento en el que el perjudicado (...) adquiere plena conciencia” del alcance de la lesión, pues en tanto no pueda discernir entre tratamientos curativos y paliativos habrá de estimarse que “no conoce el alcance del daño, por lo que no puede perjudicarle la prescripción”.

En el supuesto planteado resulta que si las secuelas definitivas se remontan a la fecha del alta en el Hospital “Z” (4 de mayo de 2018) habría que admitir que en ese mismo momento en el que la acción nace o puede ejercitarse el lesionado carecía de aptitud para discernir o para cobrar “plena conciencia” del alcance de sus lesiones, sin estar asistido por nadie que le represente o complete su capacidad. Se le impediría, en suma, el ejercicio de la acción resarcitoria, salvo que le fuera nombrado un tutor antes del transcurso de un año, conclusión esta *contra tenorem rationem* en un ordenamiento que, tal como resulta de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 13 de diciembre de 2006 (*Boletín Oficial del Estado* de 21 de abril de 2008), se orienta a “promover, proteger y asegurar” tales derechos.

En definitiva -y considerando que la prescripción, en cuanto modo de terminación del procedimiento que impide entrar en el análisis de fondo, ha de

ser interpretada restrictivamente en atención al principio *pro actione*-, este Consejo entiende que no procede desestimar la pretensión resarcitoria por extemporaneidad, debiendo examinarse el fondo de la cuestión debatida.

CUARTA.- 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 referida Ley.

QUINTA.- 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, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SIXTA.- El interesado solicita ser indemnizado por los daños padecidos como consecuencia de una defectuosa asistencia sanitaria, que concreta en la improcedente implantación de una derivación ventrículo peritoneal que habría provocado una hemorragia cerebral y un progresivo deterioro hasta declararse su incapacidad.

Constatado en la documentación clínica y en la sentencia de incapacidad el invocado menoscabo, no cabe duda de la efectividad del daño alegado.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que el interesado no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 218/2019), 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 concretos.

Por tanto, para poder apreciar si 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 ha reiterado este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos

constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de esos supuestos, 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. Esto es, ha de constatarse tanto el reproche culpabilístico como el engarce fáctico entre el tratamiento dispensado u omitido y el resultado dañoso.

En el supuesto examinado se denuncia una mala praxis médica consistente en haber practicado una intervención de riesgo innecesaria o no justificada, aportándose la pericial de un especialista en Medicina Interna en la que se concluye que el cuadro que presentaba el paciente “estaba más en relación con una mielopatía que con una hidrocefalia”, y que “no se prestó la debida atención a la mielopatía que presentaba y que posiblemente fuese la causa del cuadro”, acudiéndose a la colocación de un implante de derivación ventrículo peritoneal “sin haber hecho las pruebas necesarias para valorar la indicación de esta práctica”. Se cuestiona, en suma, la indicación quirúrgica de derivación ventrículo peritoneal y no la praxis médica en el curso de la operación, ni el resto del proceso asistencial.

Frente a ello, el informe librado por el Servicio de Neurocirugía justifica puntualmente la implantación de una derivación ventrículo peritoneal a la vista de los antecedentes y de cada uno de los síntomas que el paciente manifiesta, y la pericial aportada por la entidad aseguradora de la Administración es también contundente al apreciar la procedencia de la intervención a fin de mejorar la clínica secundaria a la mielopatía provocada por la ventriculomegalia asociada al osteocondroma que el enfermo padecía. Este último informe explicita que el diagnóstico de hidrocefalia está basado en la clínica y en las pruebas de imagen y que la determinación y monitorización de la presión no hubiesen ampliado información, añadiendo que la evacuación de líquido mediante punción lumbar -prueba indebidamente omitida, según sugiere el perito del reclamante- no hubiera modificado la indicación de la derivación ventrículo peritoneal.

Tras acceder a esos precisos razonamientos en el trámite de audiencia, el reclamante se limita a señalar, ya sin sustrato pericial ni cita de literatura médica, que los especialistas confundieron unas dolencias que sufría tiempo atrás (la ventriculomegalia o el osteocondroma, seguidos desde 2008) con una hidrocefalia.

Por su parte, el técnico que suscribe la propuesta de resolución rebate tal apreciación explicando que el osteocondroma era conocido desde el año 2008 y que en ninguna de las pruebas de imagen realizadas se encontraron signos de compresión medular debido al osteocondroma, por lo que al aparecer clínica neurológica se atribuyó, de forma razonable, a la hidrocefalia, pues los déficits de memoria, alteraciones de la marcha y la incontinencia urinaria ocasional no serían atribuibles a una mielopatía cervical.

En la confrontación de las pruebas periciales procede recordar, tal como hemos señalado en ocasiones precedentes (por todos, Dictamen Núm. 25/2020), que “la jurisprudencia viene razonando de forma constante que la fuerza probatoria de los informes periciales reside en gran medida en su fundamentación y coherencia interna, en la mayor especialización de quien los formula y en la independencia o lejanía del perito respecto a los intereses de las partes pues, `naturalmente, en la ponderación no es suficiente la mera constatación del criterio cuantitativo´, debiendo acudir a `un criterio valorativo´ que conduce a postergar la pericial que omite el análisis `de todo el conjunto de datos que contextualizaban la situación´ del paciente (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2019 -ECLI:ES:TS:2019:1135-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª). Por ello no cabe atribuir mayor fuerza de convicción a lo reseñado por las periciales construidas *ex post facto* que a lo dictaminado por los técnicos que se detienen en las circunstancias concurrentes al tiempo del diagnóstico”.

Aplicado lo anterior a la presente reclamación, se advierte que las puntuales observaciones del Jefe del Servicio de Neurocirugía -avaladas razonada y pormenorizadamente por el facultativo que informa a instancias de la compañía aseguradora- privan de virtualidad, en atención a la especialidad de su autor y a la vista de su contundencia, a la interpretación sugerida en la

pericial que se adjunta al escrito de reclamación, suscrita por quien no es especialista en el área concernida y formulada en términos meramente posibilistas o hipotéticos, pues solo alcanza a afirmar que la clínica “estaba más” con una mielopatía que con una hidrocefalia o que la mielopatía “posiblemente fuese la causa del cuadro”. Además, debe repararse en que no se justifica la invocada desatención a la mielopatía, pues la finalidad de la intervención fue mejorar la clínica secundaria a la mielopatía provocada por la ventriculomegalia asociada al osteocondroma, y el informe aportado por el reclamante no se detiene en el examen del conjunto de los síntomas, ya que omite que el paciente presentaba déficits amnésicos e incontinencia urinaria ocasional, síntomas típicos de la hidrocefalia en un cuadro complejo en el que, conforme al criterio del especialista, se justificaba la intervención.

En lo que atañe al supuesto déficit en la información previa, el documento de consentimiento informado para cirugía de hidrocefalia (fechado a 16 de noviembre de 2017) incluye, dentro de los riesgos típicos y como complicaciones en el tiempo quirúrgico o inmediatas, el hematoma intracerebral (acumulación de sangre causada por una rotura de vaso sanguíneo o por un traumatismo, por lo que la hemorragia no sería sino una consecuencia) y, como complicaciones posoperatorias tardías, la malfunción valvular y la infección. Los facultativos que se pronuncian al respecto advierten que el estado actual del paciente deriva de complicaciones como la hemorragia y la infección que, aunque infrecuentes, constituyen riesgos típicos de la intervención, recogidos como tales en el consentimiento informado. Frente al criterio de los técnicos, al que en este extremo no se opone pericial alguna, no puede atenderse a las meras afirmaciones del interesado; máxime al observarse que el invocado “riesgo vital” no se concreta y que la información dispensada no puede extenderse a toda la eventual secuencia que pueda seguir a la materialización de cada riesgo descrito.

En definitiva, no se acredita infracción alguna de la *lex artis ad hoc* a lo largo del proceso asistencial, pues los informes incorporados al expediente permiten apreciar que se dispensó al paciente la atención requerida en cada momento por su sintomatología y que sufrió la desgraciada materialización de

un riesgo descrito y asumido, sin que quepa suplantar el parámetro de la *lex artis* por el de una obligación de resultado.

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,