

Dictamen Núm. 38/2021

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 11 de marzo de 2021, por medios electrónicos, 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 8 de enero de 2021 -registrada de entrada el día 15 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 de una intervención quirúrgica para el tratamiento de varices.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 4 de diciembre de 2019, el interesado presenta en el Registro General de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de la asistencia recibida en un hospital público.

Expone que padecía “un importante cuadro de varices a nivel de ambos miembros inferiores” por el que fue remitido al Servicio de Cirugía Vasculardel Hospital “X”, en el que se le propuso tratamiento quirúrgico, suscribiendo un documento de consentimiento informado “para anestesia” el día 19 de diciembre de 2017, si bien destaca que no se le facilitó el documento análogo

relativo a la propia cirugía. Precisa que este último “es entregado a quien suscribe por el Servicio de Atención al Paciente del hospital junto con la demás documentación de la historia clínica”, pero no “está fechado, ni firmado”.

Señala que la intervención tuvo lugar el día 23 de abril de 2018 “sin complicaciones intraoperatorias”, si bien cuando acude a la primera revisión, el día 9 de mayo de 2018, se aprecia debilidad en su pie izquierdo que se califica como “posible neuropatía del nervio ciático poplíteo externo izquierdo”. La realización de una electromiografía ese mismo mes confirma la existencia de “lesión completa (neurotmesis) del peroneal izquierdo de localización indeterminada. En el contexto clínico del paciente, posiblemente a nivel de la cabeza del peroné”. Indica que para su tratamiento se llevó a cabo una nueva cirugía el día 4 de julio de 2018 en el Hospital “Y”, y que tras ella siguió tratamiento rehabilitador “sin evidenciarse ningún tipo de mejoría”.

Considera que la praxis médica no fue correcta tanto por la propia producción de la lesión durante la intervención, como por la falta de “información suficiente y completa” sobre la misma, con especial atención a los riesgos que implicaba; en este sentido, afirma que no se “hubiera sometido” a la cirugía “de haber sido informado de la posibilidad de esta lesión”.

Solicita una indemnización ascendiente a cuarenta y seis mil trescientos trece euros con diez céntimos (46.313,10 €), cuantificación que efectúa con arreglo al informe pericial que aporta.

Acompaña diversa documentación médica relativa al episodio por el que reclama, así como un informe pericial emitido el 6 de noviembre de 2019 por un especialista en Valoración del Daño Corporal.

2. El día 29 de enero de 2020, una responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica del paciente obrante en el Hospital “Y”.

A su vez, el día 6 de febrero de 2020 el Director-Gerente del Hospital “X” envía al referido Servicio una copia de la historia clínica del paciente, así como el informe emitido por el “cirujano implicado en la reclamación”, perteneciente al Servicio de Cirugía Vasculardel Hospital “Y”. En este último se recoge “un

resumen completo de la evolución clínica del paciente especificando claramente la existencia de un consentimiento informado, tanto verbal como escrito que sí ha firmado” el reclamante, y el “diagnóstico y seguimiento exhaustivo de la complicación sufrida (...) y descrita como posible riesgo en el mencionado consentimiento”.

Igualmente, se aporta “certificación de la vinculación del facultativo interviniente” con el centro.

3. A continuación obra incorporado al expediente un informe pericial elaborado el 17 de marzo de 2020 a instancia de la compañía aseguradora de la Administración por una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal. En él expone diversas consideraciones médicas con base en las cuales concluye que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis*”.

4. Mediante escrito notificado al interesado el 6 de julio de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, dándose traslado de ello también a la entidad aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias y al Hospital “X”.

Con fecha 21 de julio de 2020, el perjudicado presenta un escrito de alegaciones en el que se ratifica en la reclamación efectuada. Dado que el escrito está firmado “por orden” y contiene un error en los apellidos del reclamante, el Servicio instructor formula requerimiento de subsanación que es atendido el 17 de agosto de 2020.

El día 24 de septiembre de 2020, la compañía aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias presenta un escrito de alegaciones en el que invoca la existencia de prescripción de la acción ejercitada, al determinar el *dies a quo* en el 6 de julio de 2018, “fecha en la que el paciente es dado de alta por el Servicio de Cirugía Plástica tras intervención para reparación”, pues en ese momento “ya es conocedor del daño por el cual reclama”. Al efecto se razona que se trata de una secuela “de carácter crónico, lo cual no obsta a que pueda ser susceptible de actuación médica posterior”.

Con fecha 6 de octubre de 2020, el Hospital "X" formula alegaciones en las que expresa la convicción sobre la corrección del proceso asistencial, reiterando que la secuela "es un daño reconocido como riesgo inherente al proceso quirúrgico al que el paciente se sometió, del que fue informado anticipadamente" a su realización y que se contempla en el documento de consentimiento informado que aquel suscribió.

5. Mediante escrito notificado al interesado el 20 de octubre de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le concede un segundo trámite de audiencia.

El día 4 de noviembre de 2020, el reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que "se ratifica en la petición inicial" y en las ya formuladas.

6. Con fecha 2 de diciembre de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base tanto en los informes emitidos durante la tramitación del procedimiento, como en la documentación clínica obrante en el expediente. En ella refleja también que la reclamación "podría considerarse extemporánea".

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de enero 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 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 como titular del servicio público sanitario. De lo actuado en el expediente se desprende que los daños que el interesado imputa a la sanidad pública se atribuyen a la intervención realizada en el Hospital "X", centro sanitario privado con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de usuarios del Sistema Nacional de Salud. No obstante, en tanto que la atención recibida por el paciente en el citado centro ha sido prestada por un equipo quirúrgico vinculado al Servicio de Salud del Principado de Asturias, la legitimación pasiva corresponde al Principado de Asturias 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 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 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 21.1 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 “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) que la acción se ejercite en plazo; b) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; c) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y d) que no sea producto de fuerza mayor.

QUINTA.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de una lesión nerviosa ocasionada en el seno de una cirugía de varices.

El primero de los requisitos que han de concurrir para que la reclamación prospere es, tal como se razona en la consideración anterior, el ejercicio de la acción en plazo. Al respecto, 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”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 4 de diciembre de 2019, y los hechos de los que trae origen se vinculan a la intervención realizada el 23 de abril de 2018, tras la cual, el día 9 de mayo de 2018, se objetiva una “lesión completa (neurotmesis) del peroneal izquierdo de localización indeterminada. En el contexto clínico del paciente, posiblemente a nivel de la cabeza del peroné”; lesión que se intentó reparar mediante una nueva intervención practicada el 4 de julio de 2018, apreciándose un “neuroma de continuidad a nivel proximal del CPE en la articulación de la rodilla, procediéndose (...) a una neuroestimulación” sin conseguirse “ningún tipo de contracción muscular, motivo por el cual se resecan los neuromas (...), se obtiene un injerto de nervio sural del mismo lado que se hace un fascículo único y se anastomosa tanto la parcial proximal como distal del CPE”. Posteriormente se realizó tratamiento rehabilitador “sin evidenciarse ningún tipo

de mejoría en las sucesivas revisiones clínicas, con ausencia de contractura muscular en los segmentos afectados por dicho nervio”. En este contexto, el interesado alega que el *dies a quo* se identifica con la fecha de realización de una electromiografía a instancia del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital “Y” el 19 de diciembre de 2018.

Por su parte, la propuesta de resolución sugiere la extemporaneidad de la acción ejercitada con base en la apreciación de la compañía aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias, que sostiene que desde el momento del alta por parte del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital “Y” tras la intervención reparadora del nervio seccionado (esto es, el día 6 de julio de 2018) el paciente era conocedor del alcance de la lesión sufrida (parálisis completa del nervio CPE izquierdo), “siendo la cirugía a realizar de reparación y reconstrucción con injertos nerviosos”.

Con relación a esta controversia, tal y como hemos reiterado en los Dictámenes Núm. 134 y 218/2020, 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 posteriores 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, entre otras, en la Sentencia de 17 de octubre de 2017 -ECLI:ES:TSJAS:2017:3290-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

Asimismo, este Consejo viene sosteniendo (por todos, Dictámenes Núm. 320/2012 y 218/2020) que el *dies a quo* del cómputo del plazo no se inicia

hasta que no quedan perfectamente determinadas las consideraciones, tanto fácticas como jurídicas, que posibilitan el ejercicio de la acción, debiendo tomarse en cuenta, con carácter general, la fecha del alta sanitaria o, en su caso, la del posterior tratamiento rehabilitador, salvo que ya conste previamente acreditada la irreversibilidad del daño o la secuela y aquel sea entonces meramente paliativo de los síntomas (por todos, Dictamen Núm. 215/2015). Además, también hemos indicado en ocasiones anteriores que para resolver la posible prescripción no podemos considerar aisladamente los aspectos técnico-médicos concurrentes, sino que debemos introducir un elemento subjetivo, el que se deriva del momento en el que la persona perjudicada es informada -y por ello adquiere plena conciencia- del alcance de la lesión que imputa al servicio público.

En el caso planteado, reclamándose por el daño resultante de la intervención practicada el 23 de abril de 2018 -sección completa del peroneal izquierdo-, la posterior cirugía reparadora -en julio de ese mismo año- evidencia el carácter crónico de la lesión sufrida, lo que se corrobora a la luz de las ulteriores revisiones. De ahí se deduce -desde que se constata el fracaso de la cirugía- que el reclamante ha de conocer la irreversibilidad de la secuela y el limitado alcance del tratamiento rehabilitador pautado. De acuerdo con la documentación clínica obrante en el expediente, y en particular con el contenido del informe emitido por el Servicio de Angiología y Cirugía Vascular del Hospital "X", se observa que el tratamiento rehabilitador se sigue frente a un daño ya constatado como irreversible y crónico, por lo que no se dirige a subsanar o aminorar la secuela de la sección nerviosa, ya estabilizada. En este contexto ha de entenderse que cuando el perjudicado recibe el alta de la cirugía reparadora, el 6 de julio de 2018, tiene un conocimiento cierto de las secuelas irreversibles que sufre, sin necesidad de aguardar a un proceso rehabilitador que no incide sobre el alcance de esas lesiones. En ese momento adquiere plena conciencia de la dimensión del daño y puede discernir entre tratamientos curativos y paliativos -debiendo reputarse de este carácter el entonces recomendado, pues nada opone ni aporta al respecto el interesado-. Por tanto, este Consejo considera que la reclamación presentada el 4 de

diciembre de 2019 es extemporánea, sin perjuicio de compartir igualmente el fondo desestimatorio de la propuesta de resolución.

En efecto, siendo la lesión nerviosa uno de los riesgos típicos de la cirugía de varices llevada a cabo, tal y como figura en el documento de consentimiento informado relativo a la misma, no mediando prueba de mala praxis el daño no puede reputarse antijurídico. Al respecto, procede señalar además que el propio informe pericial que adjunta el interesado expresa que “no dudamos que se haya (intervenido) al paciente cumpliendo todos los requisitos que marca este tipo de actuaciones, pero lo que parece claro es que se ha producido durante el mismo una sección completa del CPE originándole déficit funcional y sensitivo a nivel” de su miembro inferior izquierdo, añadiendo que “según la bibliografía consultada dicha complicación se produce entre un 0,20 a un 1 % de los pacientes (intervenidos) de esta patología”.

Asumida, pues, por el reclamante la adecuación de la praxis médica, restaría despejar el invocado déficit en la información previa a la cirugía. Consta al respecto en el expediente un documento de consentimiento informado suscrito por el paciente. De hecho, en el propio informe pericial que el mismo aporta se reseña que “como es habitual en este tipo de procesos quirúrgicos firmó un consentimiento informado donde en el apartado de riesgos típicos se menciona” que “durante la (intervención) se pueden producir lesiones nerviosas”.

De acuerdo con el informe del especialista en Angiología y Cirugía Vascul ar responsable de la primera operación, esta fue precedida de un proceso decisorio durante el cual se proporcionó información sobre la cirugía que iba a realizarse. En efecto, se indica que el paciente había acudido al centro “con la intención de operarse”, pues así se le había recomendado por parte de un facultativo privado al que había acudido previamente, y que en la consulta del Hospital “X” se le explica “que efectivamente podría hacerlo”, si bien “tiene que tener en cuenta las posibles complicaciones (infecciones, trombosis, hemorragias, lesiones arteriales y nerviosas), considerando además su edad (70 años)”, ante lo que el enfermo “duda y no tiene clara la decisión de operarse. Con el fin de ahorrarle molestias, nuevas consultas, viajes” -pues vive en otra localidad -, se le sugiere la inclusión en “lista de espera quirúrgica” y que piense

“tranquilamente si se opera o no, pudiendo anular el proceso sin problema, si así lo estimase”, y se deja constancia de que mostró su conformidad con la intervención cuando fue llamado al efecto. Frente a estas manifestaciones, plenamente acordes al proceso asistencial, nada opone el interesado, debiendo concluirse que se le entregó el documento de consentimiento informado con anterioridad a la cirugía y que dispuso de un largo lapso temporal para reconsiderar su decisión.

En definitiva, este Consejo estima que la reclamación presentada es extemporánea, no apreciándose tampoco infracción alguna de la *lex artis ad hoc* en el proceso asistencial. La lesión sufrida constituye la desgraciada materialización de riesgos contemplados en el documento de consentimiento informado firmado por el paciente, por lo que el daño no puede reputarse antijurídico.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.