

Dictamen nº: **435/12**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **11.07.12**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por mayoría, en su sesión de 11 de julio de 2012, emitido ante la consulta formulada por el Excmo. Sr. consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1, de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por M.L.M.W., de indemnización de los perjuicios causados en intervención de recambio total de prótesis de cadera izquierda realizada el 25 de octubre de 2006 en el Hospital Universitario Ramón y Cajal.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 20 de abril de 2011 tuvo entrada en el registro de la Consejería de Sanidad, reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por M.L.M.W. (en adelante “*la reclamante*”), en relación con la asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario Ramón y Cajal, en que, el día 25 de octubre de 2006 le fue efectuada una intervención quirúrgica para el recambio total de prótesis de cadera izquierda por el equipo de Cirugía del Reumatismo, Departamento de Traumatología.

Ponía de manifiesto en su escrito los dolores intensos en su pierna, con calambres y descargas eléctricas, y presión en el pie y pie en equino, con falta de sensibilidad desde veinte centímetros por encima del hueco poplíteo hasta los dedos, que había sentido desde el momento de despertar de la anestesia. Ya en el postoperatorio, al comentar estas dolencias con el

equipo médico, no recibía otra indicación que la de esperar la reinervación durante un largo período.

El 20 de noviembre de 2006, tras la realización de una E.M.G., se pudo objetivar una parálisis completa de los territorios dependientes del nervio ciático, para cuya recuperación inició proceso rehabilitador ya durante su ingreso en el Ramón y Cajal y, posteriormente y al ser dada de alta en éste, a partir del 9 de abril de 2007, en el Hospital A.

Con fecha 16 de mayo de 2007, una nueva E.M.G. mostró axonotmesis muy severa del nervio ciático izquierdo y, por propias gestiones suyas y familiares, fue intervenida el 6 de marzo de 2008 por especialista en la sanidad privada, objetivándose atrapamiento del nervio ciático con un cerclaje proximal de acero, lo que requirió sección del nervio e inmediata sutura. Desde entonces y hasta el 22 de abril de 2010, en que se le propuso el alta provisional tras la estabilización de su estado, ha venido realizando tratamiento rehabilitador, si bien continuó después con los ejercicios hasta ya entrado el año 2011, en que causó alta quedando como secuelas la lesión del nervio ciático y un importante déficit funcional: miembro inferior izquierdo con dolor, calambres y descargas eléctricas, entumecimiento y opresión, atrofia muscular severa, pérdida de movilidad y fuerza, gran hipersensibilidad al tacto, dolor intenso en el trayecto de ingle a nalga, pie en equino que requiere férula de sujeción, ausencia total de sensibilidad y flexión dorsal, limitación en la flexión de rodilla, necesidad de caminar haciendo uso de dos muletas lo que ha provocado síndrome del túnel carpiano en ambas manos.

Solicitaba por todo ello una indemnización de 385.000 euros. Adjuntaba a su escrito de reclamación diversos informes médicos e informe de valoración del daño sufrido.

**SEGUNDO.-** A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Constituyen aspectos destacables de la tramitación, los siguientes:

1. La instructora del procedimiento ha recabado diversos informes médicos a lo largo del mismo.

En cuanto a la asistencia propiamente dicha prestada a la reclamante, el informe del jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario Ramón y Cajal de 8 de julio de 2011 (págs. 419 a 428), resume así la intervención quirúrgica:

*“La intervención quirúrgica (quinta cirugía en dicha cadera, tercera prótesis de cadera), se realizó el 25-10-2006 y fue técnicamente compleja y larga tal como refleja el parte quirúrgico, planteándose incluso intraoperatoriamente ante los defectos óseos encontrados, la posibilidad de no implantar nueva prótesis (técnica de Girdlestone). Fue necesario realizar osteotomía en el fémur (tipo sarcófago) para la retirada del cemento, asimismo se requirió además de cuñas metálicas de tantalio, aporte de hueso esponjoso de banco para reconstruir el cotilo e injerto corticoesponjoso para la región proximal femoral. El cotilo necesitó fijación con tres tornillos y el sarcófago femoral se redujo sobre la nueva prótesis fijándolo con tres cerclajes. Un cuarto cerclaje metálico se utilizó para sintetizar el injerto corticoesponjoso para reconstruir el calcar en la zona femoral más proximal”.*

Y, tras reflejar la evolución y situación actual de la paciente y los riesgos de la intervención practicada, alcanza las siguientes conclusiones:

*“1.- La indicación médica del recambio de la prótesis de cadera se tomó tras múltiples consultas y de acuerdo tanto con la paciente como*

*con su esposo médico de profesión. Ya la paciente estuvo en lista de espera por la misma razón en el mismo servicio en 1.998 y por consiguiente con margen suficiente de discutir los posibles riesgos de la intervención.*

*2.- La intervención quirúrgica estuvo perfectamente planificada (previsión de aporte óseo, diversas opciones de prótesis en el momento de la cirugía, etc.).*

*3.- La intervención quirúrgica fue compleja y larga, planteándose incluso intraoperatoriamente la posibilidad de no poder reconstruir técnicamente la cadera dado los defectos óseos existentes, tal como se refleja en el parte quirúrgico.*

*4.- Tratándose de una cirugía de revisión protésica (quinta cirugía sobre esa cadera, tercera prótesis), el riesgo de lesión del nervio ciático es entre 3 y 8 veces mayor en relación con la intervención de artroplastia primaria.*

*5.- La prótesis de cadera es funcional y está correctamente implantada tal como se confirma en la gammagrafía practicada el 9-2-11 (RFA 10/294) y en el TAC realizado el 10-6-2010 que demuestran la osteointegración, ausencia de signos de aflojamiento, etc.*

*6.- El segundo EMG y ENG que se practicó concluyó que existían signos incipientes de regeneración nerviosa en la porción larga del músculo bíceps femoral indicativo de que se mantenía la continuidad nerviosa.*

*7.- Aunque las causas de la lesión del nervio ciático tras cirugía protésica de cadera son múltiples el origen en al menos el 50% de los casos es desconocido y en ocasiones puede ser debido a la producción*

*de hematomas intra o extraneurales consecuencia obligada de la terapéutica profiláctica para evitar el tromboembolismo venoso o pulmonar.*

8.- *Siempre se respetó la voluntad de la paciente y de su esposo (médico de profesión) en la toma de decisiones en cuanto a practicar pruebas complementarias y/o intervenciones en otros centros (dadas sus relaciones profesionales y personales) y siempre se facilitó el uso de las pruebas complementarias realizadas en el Hospital para tal fin, dado el correcto uso que siempre hicieron de las mismas”.*

2. La Inspección Médica, en informe de 20 de diciembre de 2011 (pág. 431 a 440), tras detallar los antecedentes relativos a la asistencia prestada a la reclamante, expone en el apartado correspondiente al juicio crítico:

*“La indicación de recambio es correcta al presentar la paciente dolor intenso, desgaste de un componente de la prótesis previa (polietileno del cotilo) y lesiones óseas. [...]”*

*Consecuencia de los antecedentes expuestos, la [reclamante] presentaba importantes limitaciones funcionales desde mucho antes de someterse a la intervención reprochada, de hecho, tiene reconocida una invalidez permanente absoluta desde 1985. [...]”*

*Las lesiones nerviosas son una complicación típica de la cirugía de revisión de cadera (7,6%) y así consta en el consentimiento informado. Se debe fundamentalmente a que las cirugías previas (en este caso 4) producen alteración de las relaciones anatómicas, cicatrización y adherencias de los paquetes vasculo-nerviosos. [...]”*

*La conducta inicial ante una axonotmesis, debe ser expectante, realizar rehabilitación y esperar la recuperación. Si a los 3 meses hay mejoría pero no es sostenida o si la recuperación es parcial a los*

*6 meses, está indicada la exploración y reconstrucción quirúrgica. Por tanto, en el caso de la [reclamante], la solicitud inicial fue la correcta pero, transcurridos 6-7 meses (abril-mayo/07) procedía haber realizado una exploración quirúrgica del nervio. [...]*

*El nervio se hallaba lesionado en una zona pero no seccionado como se afirma en la reclamación. Es justamente esta zona que el Cirujano sanea y vuelve a unir. [...]*

*La hoja de informe quirúrgico se cumplimenta por el cirujano inmediatamente después de la intervención lo que confiere a su contenido la máxima fiabilidad. Supone, y así hay que considerarlo, la prueba veraz de lo encontrado y realizado en la operación”.*

Y, tras ello, las siguientes conclusiones

*“Primera: La intervención estaba indicada y no hay evidencia de mala praxis en su ejecución.*

*Segunda: La lesión nerviosa es un riesgo típico de la intervención.*

*Tercera: Al no observarse mejoría suficiente tras 6 meses de rehabilitación procedía exploración quirúrgica del nervio. No puede afirmarse sin embargo que, de haberse realizado, se hubieran evitado las secuelas”.*

3. También se han solicitado diversos informes relativos a la rehabilitación y estado actual de la paciente.

En particular, el informe del médico especialista en Rehabilitación del Área 4, Atención Especializada, del Hospital Universitario Ramón y Cajal (pág. 415), expone:

*“AP:*

*Epifisiolisis de cadera izquierda a los 26 años que requirió prótesis.*

*Intervenido mediante liberación y sutura nerviosa marzo 2008. Presentaba previo a la lesión imposibilidad de elevar el miembro inferior izquierdo por paresia de psoas (a los 26 años).*

*E.A.: Presenta dolor de tipo neuropático, en miembro inferior de predominio en pierna y pie con calambres, pinchazos.*

*Ha realizado tratamiento rehabilitador desde la lesión con mejoría en fuerza y función.*

*Utiliza férula antiequino. Asocia síndrome del túnel del carpo en ambas manos por utilización de muletas.*

*Exploración Física: Camina con 2 muletas. Cadera izquierda con flexión de 80º. Rotaciones dolorosas.*

*Abducción de 40º y abducción de 20º. Psoas a 2. Cuadriceps a 3. Rodilla con arco de 0 – 100º. Fuerza 4-/5*

*Flexión dorsal del pie izquierdo a 0.*

*EMG: signos de regeneración abundante del tibial anterior, signos de mejoría del gemelo con atrofia neurógena crónica. Enervación completa motora y sensitiva pie.*

*Juicio Clínico: Secuelas de lesión de nervio ciático poplíteo izquierdo.*

*Tratamiento y Recomendaciones al alta: Ha realizado tratamiento rehabilitador a base de electroestimulación y cinesiterapia durante varios meses, siendo dado de alta el 20.01.2011 con la recomendación de seguir los ejercicios en su domicilio”.*

Y el informe del Servicio de Medicina y Rehabilitación, de 16 de mayo de 2011 (pág. 418), en cuanto al estado de la paciente:

*“A la EF caminaba con dos muletas, con déficit parcial de flexión de cadera y elevación del pie. EL BA de cadera era de 80º de flexión, 40º de abducción, 20º de abducción y rotaciones limitadas por dolor. Realizaba una flexión activa de rodilla de 100º con un BM 4-/5 y la flexión dorsal del pie era nula”.*

4. Por acuerdo de la instructora de 6 de febrero de 2012, se confirió el trámite de audiencia a la reclamante. Mediante escrito presentado el 27 de febrero de 2012 (págs. 482 a 492), formuló extensas alegaciones, que se pueden resumir así: a) las operaciones anteriores a la que constituye el objeto de la reclamación no habían limitado su capacidad funcional, al punto de haber sacado una plaza de enfermera en la sanidad pública sin acceder por el turno de discapacitados; b) no reclama por la falta de consentimiento informado, aunque no firmara personalmente el documento; c) fue informada personalmente por el equipo médico que le intervino en la sanidad privada, del motivo de sus secuelas (atrapamiento del nervio por el cerclaje) y de la dificultad de la recuperación al haberse tardado dieciséis meses en acometer un tratamiento; d) disconformidad con el criterio de la inspectora médica actuante en el sentido de considerar el atrapamiento del nervio ciático un riesgo típico de la intervención practicada; e) entendimiento de que se trata de un error médico, de una lesión iatrogénica, en todo caso evitable, a la que se ha sumado la pérdida en la oportunidad de curación e importantes secuelas derivadas de no haber actuado en dieciséis meses para acometer una solución.

5. Formalizado el trámite de audiencia, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 27 de abril de 2012, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial (págs. 493 a 496). Se basa para ello en la consideración de no concurrir el requisito de antijuridicidad

del daño, al poderse deducir del informe de la Inspección Médica una actuación conforme a los criterios de la *lex artis ad hoc*.

6. Consta en el expediente administrativo haberse dado cuenta de la reclamación a la aseguradora B (pág. 478).

**TERCERO.-** Examinado el expediente administrativo, así como los informes e historial clínico incorporados al mismo, este Consejo Consultivo da por acreditados los siguientes hechos relevantes para la resolución y, en consecuencia, para el dictamen:

1. El 25 de octubre de 2006, la reclamante fue intervenida quirúrgicamente para el recambio total de prótesis de cadera izquierda en el Hospital Universitario Ramón y Cajal. Al día siguiente se constata paresia del nervio ciático. En los días posteriores, afectación ciática con déficit sensitivo-motor en territorio de los nervios peroneo y tibial, con dolor por debajo de la rodilla hasta los dedos del pie.

2. El 20 de noviembre de 2006 se realiza un electromiograma que muestra denervación completa de los territorios del nervio ciático izquierdo.

3. El 23 de marzo de 2007 se realiza nuevo electromiograma, que muestra “*signos incipientes de regeneración a nivel de la porción larga del bíceps, indicativo de que se mantiene continuidad nerviosa*”.

4. Causa alta hospitalaria el 4 de abril de 2007, y el 9 de abril de 2007 se traslada al Hospital A para continuar el proceso de rehabilitación.

5. El 16 de mayo de 2007, un nuevo E.M.G., realizado en un centro privado, muestra lesión del nervio ciático por encima del hueco poplíteo (axonotmesis incompleta muy severa), signos de

reinervación en musculatura isquiotibial, leve actividad motora voluntaria en gastronecmio y bíceps sural.

6. El 2 de noviembre de 2007 se realiza nuevo E.M.G., con resultados similares al previo, y R.N.M. de muslo que muestra signos de denervación (atrofia muscular, infiltración grasa).

7. El 8 de marzo de 2008 se le practica una intervención quirúrgica en un centro privado de Valencia, en cuyo protocolo quirúrgico se hace constar: “*Se identifica una lesión focal de prácticamente la totalidad del nervio ciático a la altura del trocante menor. Se extirpa la porción de nervio lesionado y se sutura con 8/0*”. Al alta se emite el juicio diagnóstico de “*lesión focal nervio ciático izquierdo. Tratamiento: neurorrafía epineurial alta*”. Según informe médico sobre esta operación, de 10 de diciembre de 2009, el diagnóstico de la paciente que determinó esta operación era una lesión iatrogénica en el nervio ciático izquierdo tras cirugía de recambio de prótesis de cadera, a consecuencia de un atrapamiento de dicho nervio por cerclaje proximal de acero.

8. El 17 de octubre de 2008 acude a consulta de rehabilitación. Presenta acortamiento de 2 cm, utiliza 2 batones y órtesis antiequino. Persiste pie con anestesia en antepié y sensibilidad posicional disminuida; fuerza 4/5 en cadera y muslo y 0/5 en pierna y pie (imposibilidad dorsiflexión).

9. Durante 2009 realiza tratamiento rehabilitador y acude a consulta de Cirugía del Reumatismo en diversas ocasiones. En valoración realizada en junio por el Servicio de Rehabilitación persiste imposibilidad para la dorsiflexión y anestesia táctil y álgida del pie izquierdo. Presenta derrame en rodilla izquierda donde, además, se observa atrofia muscular y cambios degenerativos. En

rodilla derecha presenta cambios degenerativos, discreto derrame y leve edema medular en cóndilo femoral medial.

10. El 24 de julio se realiza densitometría que muestra cadera normal y osteopenia lumbar leve, y en R.N.M. de 5 de noviembre, se manifiesta degeneración grasa del músculo psoas y atrofia glútea izquierda.

11. El 6 de abril de 2010, una nueva E.M.G. muestra que persiste denervación completa en el territorio del nervio ciático poplíteo externo, y síndrome del túnel carpiano bilateral leve.

12. El 22 de abril se informa que se procede al alta por estabilización en fase de secuelas, con paresia motora y alteración de la sensibilidad, marcha con dos bastones y órtesis antiequino.

13. El 10 de junio se realiza T.A.C que muestra prótesis osteointegrada sin signos de aflojamiento, continuidad del nervio ciático; disminución del espacio isquiofemoral (7mm) (podría condicionar cierto atrapamiento muscular); discreta atrofia muscular en la raíz del MII.

14. El 18 de enero de 2011 se realiza R.N.M. que muestra nervio ciático con trayecto por muslo izquierdo normal y sin alteraciones de señal.

15. El 10 de mayo de 2011 se da alta en la consulta de Rehabilitación.

**CUARTO.-** El consejero de Sanidad, mediante oficio de 7 de mayo de 2012, que tuvo su entrada en el registro del Consejo Consultivo el día 17 de dicho mes, formuló consulta a este Consejo Consultivo, cuyo estudio correspondió, por reparto de asuntos, a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos. El dictamen fue deliberado y

aprobado, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 11 de julio de 2012, por seis votos a favor y tres votos en contra, formulando el Presidente el voto particular que se reproduce a continuación del dictamen y al que se adhieren los Consejeros, Sres. Bardisa y Galera; este último con carácter parcial.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

## CONSIDERACIONES DE DERECHO

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 14.1 LRCC.

**SEGUNDA.-** 1. La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC, por cuanto es la persona afectada por la asistencia sanitaria, pretendidamente deficiente, dispensada por el Servicio Madrileño de Salud.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, titular del centro sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

2. Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 142.5 LRJAP, que se contará,

en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o determinación del alcance de las secuelas. En los casos de duda, de conformidad con la doctrina del Tribunal Supremo en sentencias de 24 de octubre y de 7 de junio de 2011 (RRCC 4816/2009 y 895/2007), la prescripción, al constituir un “*obstáculo al ejercicio tardío de los derechos que se impone en beneficio de la certidumbre y de la seguridad jurídica y no en beneficio o con fundamento en la justicia intrínseca*”, ha de ser objeto de interpretación restrictiva.

En el caso sujeto a examen, consta en el expediente administrativo informe del Servicio de Rehabilitación del Hospital Ramón y Cajal, de 22 de abril de 2010, en que se decide el alta en su rehabilitación por la estabilización de las secuelas (pág. 27). En aplicación del art. 142.5 LRJAP, no cabe entender que la determinación y alcance de las secuelas se produjo tras el alta de la operación quirúrgica a la que la reclamante fue sometida en 2008 en el Hospital privado C de Valencia. La lesión muy grave del ciático descubierta en ese momento puede ser y es descrita en sí misma y, asimismo, se pueden describir en marzo de 2008 las consecuencias de la lesión apreciables en ese momento, pero no cabe considerar secuelas determinadas con certeza esas consecuencias inmediatas, porque la misma naturaleza de la lesión (afectación de un nervio y precisamente el ciático) implica desconocimiento de su real alcance y sólo un periodo de tiempo más o menos extenso, con prácticas de rehabilitación, permite juzgar estabilizadas las consecuencias. Esto explica que el mismo Servicio de Rehabilitación del Hospital Ramón y Cajal, cuando emite informe con fecha 22 de abril de 2010 expresamente decida el alta por la “*estabilización de las secuelas*”.

Tomada esta fecha como la de determinación del alcance de las secuelas, la reclamación habría de considerarse formalizada en plazo hábil, al haber sido presentada el 20 de abril de 2011, esto es, en los días inmediatos

anteriores al transcurso de un año desde el *dies a quo*. Pero es de notar que el 22 de abril de 2010 el alta es provisional, mientras que el 10 de mayo de 2011 (fo. 415 del expediente) se da a la paciente el alta definitiva en rehabilitación. Esta última fecha bien también podría constituir el “*dies a quo*” del plazo anual, conforme al criterio *pro actione*. Presentada la reclamación unos días antes, es claro que no ha prescrito el derecho a reclamar.

3. El órgano peticionario del dictamen se ha ajustado en el desarrollo del procedimiento administrativo a la tramitación prevista en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJAP, artículos 139 y siguientes, y en el RPRP. En particular, se ha recabado informe de los responsables de los servicios en que se prestó atención sanitaria a la reclamante, tal como exige el artículo 10.1 del RPRP, y se ha otorgado el trámite de audiencia, regulado como garantía esencial del derecho de defensa en los artículos 84 de la LRJAP y 11 del RPRP.

No obstante, se ha sobrepasado el plazo de seis meses que, para la resolución y notificación del procedimiento, estatuye el artículo 13 RPRP en relación con el artículo 42 LRJAP. El exceso en el plazo previsto no dispensa al órgano administrativo peticionario del dictamen de la obligación de resolver (artículo 43.1 de la LRJAP) ni, en consecuencia, a este Consejo Consultivo de informar la consulta.

**TERCERA.-** 1. El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce a los particulares, en los términos establecidos por la ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que ésta sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y no concurre circunstancia de fuerza mayor que sirva para exonerar a la Administración. La previsión constitucional se halla desarrollada en el Título X de la Ley 30/ 1992 (LRJ-PAC), artículos 139 y siguientes.

Interpretando el marco jurídico-legal de la responsabilidad patrimonial, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha enunciado en reiterada jurisprudencia los requisitos exigibles (de un modo acumulativo) en orden al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, en sentencia de 23 de enero de 2012 (RC 43/2010): generación al perjudicado de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; que aquel daño o lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterándolo, en el nexo causal; ausencia de fuerza mayor, y que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño alegado.

2. En términos generales, no cabe plantearse la posible concurrencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración si no se ha producido un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009.

En el caso sujeto a examen, cabe afirmar la concurrencia de un daño a la interesada, al constar documentada con suficiencia en el expediente administrativo, según luego se verá, la existencia de daños y secuelas a consecuencia de la intervención quirúrgica realizada en el Departamento de Traumatología del Hospital Universitario Ramón y Cajal, el 25 de octubre de 2006.

**CUARTA.-** 1. La pretensión indemnizatoria de la reclamante tiene su base en el entendimiento de que, en la intervención quirúrgica realizada en el año 2006 con vistas al recambio total de la prótesis de la cadera izquierda, se produjo una mala praxis al producirse el atrapamiento del nervio ciático con un cerclaje. Considera la reclamante que a esa primera

deficiencia en la asistencia sanitaria prestada, se añadió la tardanza en reaccionar adecuadamente ante el error cometido, lo que provocó un considerable retraso en el tratamiento, determinante de un agravamiento de las secuelas.

Siguiendo las pautas jurisprudenciales, ha declarado este Consejo Consultivo de forma continuada, que, cuando las reclamaciones indemnizatorias deducidas a instancia de los particulares traigan causa de una actuación médica o sanitaria, no basta con la concurrencia de una lesión efectiva, individualizada y evaluable, causada a un particular, que tenga origen en el funcionamiento del servicio público sanitario. En tales casos, más allá del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, se hace necesario acudir al criterio de la *lex artis* como pauta determinante de la existencia de responsabilidad patrimonial, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. De ahí que, “*cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico...*” (STS de 2 de noviembre de 2011, recurso de casación 6236/2007).

Hemos afirmado con mucha frecuencia (entre las más recientes ocasiones, en el Dictamen 1/12, de 11 de enero), que, en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial por asistencia sanitaria es a la parte reclamante a la que incumbe, como regla general ordinaria, la carga de la prueba. Así lo proclama también la doctrina de los tribunales de justicia, de la que sirve como exponente la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid núm. 1707/2008, de 17 de septiembre, al matizar que

*“corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia se alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la lex artis médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama”.*

No obstante, la doctrina jurisprudencial ha sentado que en los casos de un resultado inusual y desproporcionado de la actuación médica y en que la prueba resulte sencilla para la Administración y complicada para el reclamante, se requiere de la Administración una explicación adecuada del evento dañoso para excluir la responsabilidad (Sentencia de 27 de junio de 2.008, rec. 3768/04). En tales casos, atendiendo al principio de la *facilidad de la prueba*, una vez acreditado el daño por la reclamante, se atribuye a la Administración la carga de ofrecer una explicación razonable de lo sucedido (o, excepcionalmente, motivar la imposibilidad de tal explicación).

2. Estos criterios son de aplicación al caso concreto, pues, en primer lugar, a la reclamante se le ha producido unos daños desproporcionados (ya descritos en los antecedentes) en relación con el acto médico a que se sometió: recambio de prótesis de cadera. A la Administración incumbía, por tanto, procurar explicar los daños producidos, a fin de mostrar que no respondieron a una práctica médica contraria a la *lex artis*.

El informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario Ramón y Cajal no ofrece tal explicación, pues se ocupa de un largo relato de antecedentes y de una serie de consideraciones generales, que no se ponen en relación con los padecimientos y secuelas constatadas en la paciente y después reclamante. Por su parte, la Inspección Médica se limita en su informe a afirmar que la lesión nerviosa es un riesgo típico de la intervención, afirmación a la que, significativamente, no se acompaña, como es común en estos casos, un

análisis del porcentaje de probabilidades en que suele materializarse ese riesgo según el material científico.

3. Sin embargo, la reclamante ha afrontado su *onus probandi* y, a juicio de este Consejo, ha acreditado la concurrencia de una mala praxis en la intervención quirúrgica de 2006, en que se fundamenta su reclamación.

En efecto, el informe del Dr. P.C.R. sobre la intervención quirúrgica, fechado el 10 de diciembre de 2009 (págs. 30 y 452), afirma que el diagnóstico de la paciente que determinó la cirugía practicada por dicho doctor en el Hospital C de Valencia, el 6 de marzo de 2008, era una lesión iatrogénica en el nervio ciático izquierdo tras cirugía de recambio de prótesis de cadera, a consecuencia de un atrapamiento de dicho nervio por cerclaje proximal de acero.

Se trata de un documento suscrito por profesional competente y prestigioso, razonado en relación con los antecedentes de la asistencia médica de que fue objeto por el suscriptor del informe. Este Consejo entiende que, valorado el informe conforme a las reglas de la sana crítica, no hay motivo para dudar de las afirmaciones del Dr. P.C.R., pues son perfectamente consistentes con el estado y la evolución de la reclamante, por un lado y, por otro, no son discutidas ni negadas por ningún informe médico posterior. No se impugna la autenticidad (coincidencia del autor aparente y el autor real) del documento ni la veracidad de su contenido. El informe del Dr. G. guarda silencio al respecto y el informe de la Inspección se limita a mostrar extrañeza acerca de que el hallazgo no se hiciese constar en la hoja de cirugía, pero esta observación no puede despojar al informe del Dr. P.C.R. de fuerza probatoria, no sólo porque la Inspectoría no niega el atrapamiento del ciático ni la necesaria posterior sección y sutura de este nervio en el Hospital C de Valencia, sino porque no consta que requiriese explicación alguna al autor del informe, cuando podía o incluso debía hacerlo.

Sentado lo anterior, considera inaceptable este Consejo la pretensión de incardinlar los daños causados a la reclamante entre los riesgos de afectación nerviosa ligados a la intervención quirúrgica del año 2006, pues esos riesgos se asocian a una cirugía sin mala praxis y, en el caso, un atrapamiento del nervio ciático -de aprox. 2 cm. de grosor- por un cerclaje metálico constituye a todas luces un caso de mala praxis o infracción de la *lex artis ad hoc*. Tampoco cabe duda de que esta mala praxis guarda relación causal con los plenamente constatados efectos negativos sobre el amplio territorio influido por el nervio ciático.

4. Mas no es ésa, del atrapamiento del ciático con un cerclaje metálico, la única infracción de la *lex artis* apreciable en este caso. Tampoco es conforme a la *lex artis* la actitud muy prolongadamente expectante del equipo médico del Hospital Ramón y Cajal, con la paciente sufriendo intensos dolores y sometida sólo, durante largo tiempo, a una rehabilitación que no arrojaba resultados positivos. Como se ha reproducido en los antecedentes de hecho, la misma Inspectoría médica afirma que “*si a los 3 meses hay mejoría pero no es sostenida o si la recuperación es parcial a los 6 meses, está indicada la exploración y reconstrucción quirúrgica*” y, en la conclusión tercera de su informe reconoce, con menos precisión, que, “*al no observarse mejoría suficiente tras 6 meses de rehabilitación procedía exploración quirúrgica del nervio*”. Esta reexploración quirúrgica no se efectuó en el Hospital Ramón y Cajal y la paciente y reclamante hubo de recurrir a la sanidad privada, lo que le permitió conocer la causa de su estado y recibir el tratamiento posible.

Este Consejo Consultivo no puede en modo alguno compartir la parquedad con que el informe de la Inspección se pronuncia en la primera frase de su conclusión tercera (“*al no observarse mejoría suficiente tras 6 meses de rehabilitación procedía exploración quirúrgica del nervio*”) sin ni siquiera señalar que esa exploración que “*procedía*” no se llevó a cabo.

Obviamente, elude así la Inspección una valoración elemental de la omisión. Sin embargo, hemos de concluir que tal omisión de una actuación médica mente indicada, no ya desde el sexto mes, sino incluso tras los tres primeros sin *mejoría sostenida*, que no se dio, constituye una clara mala praxis médica, sin que este órgano consultivo alcance a comprender que la Inspección sanitaria no extraiga de los hechos la conclusión pertinente cuando ha sentado las premisas para esa conclusión.

5. Pero aún resulta más sorprendente e incomprensible que, en lugar de hacer referencia a la importancia del factor tiempo en el tratamiento y sanación o mejoría de las lesiones nerviosas (recordemos que desde el 26 de octubre de 2006, en que constaba la paresia del ciático, al 5 de marzo de 2008, en que es intervenida en el Hospital C transcurren 16 meses), en el Informe de la Inspección se lea: “*no puede afirmarse sin embargo que, de haberse realizado* (la exploración quirúrgica del nervio), *se hubieran evitado las secuelas*”. No cabe desmentir esta negación de modo absoluto, pues apunta a la *seguridad* completa ante una situación hipotética, eludiendo una estimación de probabilidad, con mucha frecuencia necesaria en casos similares al presente. Y, conforme a conocimientos científicos asequibles, resulta por completo indudable la muy alta probabilidad de que una exploración quirúrgica del nervio antes de los referidos tres o seis meses habría conducido a liberar prontamente el ciático, lo que hubiese supuesto una lesión mucho menos grave y mucho mejores perspectivas de rehabilitación.

Por lo demás, el enfoque del Informe de la Inspección en este punto choca con lo que cabe leer en la pág. 9 de ese mismo informe (fol. 439 del expediente): “*cuestión a plantear es la oportunidad de la intervención tras 16 meses de evolución. La causa de la lesión es inicialmente mecánica pero más tarde se produce una fibrosis, con formación de un neuroma, que, además, suele afectar a la vascularización, lo cual favorece su*

*progresión. En estas condiciones las expectativas de recuperación son muy lejanas por no decir inexistentes.”*

En la frase que acabamos de reproducir, se aprecia la plena conciencia de la Inspector sobre la relevancia del factor tiempo, se admite el atrapamiento por el cerclaje metálico como causa de la lesión (“*inicialmente mecánica*”) y se lleva a cabo un juicio de *probabilidad* (innecesario, pues nada exigía enjuiciar lo que no era ni podía ser objeto de reclamación), mientras que, por el contrario, se omite tal juicio, esta vez necesario, en la referida conclusión tercera del informe respecto de lo que sí era objeto de la reclamación. Resulta por demás paradójico que la Inspección enjuicie, en términos de probabilidad, la revisión quirúrgica realizada en la Sanidad privada a instancias de la reclamante y, en cambio, se abstenga de enjuiciar, en los mismos términos de probabilidad, pero conforme a experiencia médica documentada y conocida por la Inspector, la falta de esa misma revisión quirúrgica que ha afirmado indicada. No comprende este Consejo Consultivo que la Inspector, que se pronuncia sobre “*expectativas de recuperación*” transcurridos dieciséis meses desde la parálisis del nervio ciático, no se pronuncie sobre “*expectativas de recuperación*” a los tres y a los seis meses de la lesión que causó esa parálisis del nervio ciático y que fue advertida el 26 de octubre de 2006 y confirmada por diversas pruebas posteriores (E.M.G., E.N.G., R.N.M.) al menos hasta comienzos del mes de noviembre de 2007.

En conclusión: este Consejo aprecia, como ya se ha expuesto, la existencia de dos actuaciones constitutivas de mala praxis médica, y, asimismo, la realidad de daños debidos a cada una de esas dos infracciones de la *lex artis*: daños producidos directamente por el atrapamiento del nervio ciático en la operación practicada el 25 de octubre de 2006 y daños derivados de omitir la indicada exploración quirúrgica del nervio a los tres meses de conocerse la lesión y no apreciarse mejoría sostenida ni a los seis

meses de establecerse que, pese a la rehabilitación, la recuperación de la reclamante apenas podía calificarse de “*parcial*”. La dificultad de identificar y separar de modo perfecto y preciso ambos daños no impide apreciar con claridad sus dos diversas causas. Cabe, además, señalar algunos daños atribuibles con seguridad a cada una de las actuaciones en infracción de la *lex artis ad hoc*. Así, por ejemplo, dolores muy intensos, importantes limitaciones y graves molestias durante semanas y meses son, sin duda, directa y claramente subsiguientes al atrapamiento del nervio ciático por el cerclaje metálico. Las secuelas que presenta la reclamante, en cambio, son también indudablemente debidas, aunque parcialmente, a la omisión de la exploración quirúrgica del nervio.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo ha de discrepar de la propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación.

**QUINTA.-** Sentada la concurrencia de unos daños y la causalidad del defectuoso funcionamiento del servicio público sanitario, procede fijar la indemnización debida a la reclamante.

1. En el escrito de reclamación inicial, se solicitan 385.000 euros.

Aun cuando no se relaciona de un modo expreso esta cantidad con conceptos concretos, debe tomarse como referencia para la interpretación de la solicitud de la reclamante el informe de valoración del daño corporal aportado junto al escrito inicial de reclamación, en que se le diagnostican las siguientes secuelas conforme a la actualización del baremo correspondiente al año 2003: 18 puntos por paresia grave del nervio ciático, 5 por la agravación de la artrosis de la rodilla izquierda, 5 por síndrome del túnel carpiano izquierdo, otros 5 por síndrome del túnel carpiano derecho y 5 más por síndrome depresivo postraumático. Asimismo, refiere 1.214 días de baja, 334 de ellos de hospitalización o en

régimen asimilado y el resto impeditivos no hospitalarios. También alude a estar en un régimen equiparable a la incapacidad permanente.

Los informes del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario Ramón y Cajal y, sobre todo, el de la Inspección Sanitaria ponen notable énfasis en la patología de la reclamante previa a la operación de 25 de octubre de 2006. Pero el mismo informe de valoración del daño corporal aportado por la reclamante refiere haberse concedido a la reclamante en el año 1985, una incapacidad permanente absoluta por epifisiolisis de la cadera izquierda, prótesis total en dicha cadera, escoliosis dorso-lumbar, sacroileitis izquierda, luxación patelar derecha y osteodistrofia femoropatelar tibial.

En particular, y por lo que se refiere a su cadera izquierda, el mismo informe, en el apartado relativo a los “*antecedentes personales*”, significa que la reclamante había sido intervenida en diversas ocasiones de dicha cadera: a los 10 años (1962) tras caída por posible epifisirosis, en 1971 por condrolosis y necrosis cefálica, en 1974 por prótesis de Wagner y en 1984 mediante prótesis total de la cadera más aporte de injerto autólogo sintetizado con tornillos a modo de techo. Esto es, se trataba de la quinta cirugía sobre esa cadera. Así, pues, no se advierte en la reclamante, ni por el tenor de su reclamación ni por el informe a que nos referimos ni por sus extensas y razonadas alegaciones finales, ningún propósito de ocultamiento de su situación previa a la actuación médica en la que fundamenta su reclamación. Ha de reconocerse, asimismo, que la reclamante no exagera su estado al tiempo de la reclamación mezclando elementos de su patología previa con los del fundamento de su pretensión indemnizatoria. Admite sin ambages que ésta sólo puede fundarse en cuanto se pueda reconocer como originado o agravado por la desafortunada intervención quirúrgica y suponga un deterioro en el estado de salud de la reclamante con respecto a aquella situación previa.

2. El escrutinio del informe de valoración de daño corporal conduce a una valoración sumamente discutible, pues no resulta hacedero discriminar con exactitud lo que deriva del atrapamiento del nervio ciático con el cerclaje metálico y lo que deriva de una ausencia de reacción ante el estado de la reclamante transcurridos los tres o los seis meses posteriores a la afectación del ciático, apreciable y apreciada en la mañana del 26 de octubre de 2006. Por otra parte, aunque la condición de la reclamante antes del 25 de octubre de 2006 se refiera a su cadera, sin afectación del nervio ciático, esa previa condición patológica dificulta también la valoración conforme a baremo.

Con todo, es poco discutible, a nuestro entender, que la doble mala praxis apreciada ha de relacionarse con paresia grave del nervio ciático, síndrome de túnel carpiano izquierdo y derecho, gran cantidad de días de hospitalización e impeditivos, agravamiento de artrosis de rodilla (aunque el grado de agravamiento resulte imposible de determinar con exactitud), perjuicio estético, limitación muy severa de la movilidad, pues a nadie se le oculta la gran diferencia existente entre servirse de un bastón y tener necesidad de usar dos muletas, amén de la necesidad de utilizar férula antiequino por imposibilidad de dorsoflexión del pie, amén de fortísimos dolores durante un periodo de tiempo muy prolongado.

También debe indemnizarse la férula de cadera implantada en la Clínica D, cuya factura e importe (531,78€) figura al folio 477 del expediente administrativo.

3. No consideramos necesario extendernos sobre el carácter meramente orientativo del baremo utilizado en el informe de daños que acabamos de analizar. Se trata de algo sobradamente conocido y afirmado en innumerables sentencias del Tribunal Supremo. En el caso que nos ocupa, la aplicación del baremo impide una cuantificación precisa y hace aconsejable que este Consejo, al fijar prudencialmente la cuantía de la

indemnización, acuda al método de una estimación global de los daños, teniendo en cuenta la equidad con que las normas han de aplicarse (art. 3.2 del Código Civil).

Entendemos, por lo expuesto, que procedería una indemnización de 120.000 euros.

En atención a lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen, al haberse acreditado la existencia de una actuación médica contraria a las exigencias de la *lex artis ad hoc*, tanto en la práctica de la intervención quirúrgica realizada el 6 de marzo de 2008, como en la tardanza en reintervenir a la reclamante.

Corresponde indemnizar a la reclamante en la cantidad de ciento veinte mil euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3. 7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA AL PRESENTE DICTAMEN EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO, D. MARIANO ZABÍA LASALA Y AL QUE SE ADHIEREN EN SU TOTALIDAD EL CONSEJERO, D. ISMAEL BARDISA JORDÁ Y CON CARÁCTER PARCIAL, EN LO QUE CORRESPONDE AL PUNTO PRIMERO: PRESCRIPCIÓN DEL DERECHO A RECLAMAR, EL CONSEJERO, D. JESÚS GALERA.**

«El motivo de mi discrepancia con el parecer mayoritario sostenido en el presente dictamen reside, en primer lugar, en que debería haberse declarado la prescripción del derecho a reclamar de la perjudicada; en segundo lugar, y en el supuesto de que dicha prescripción no se aprecie, como hace el dictamen del que discrepo, los daños sufridos por la reclamante deberían haber sido valorados de forma distinta y con arreglo al Baremo de accidentes de tráfico que este Consejo Consultivo viene aplicando en sus últimos dictámenes. Las razones en que me baso para ello, según el orden expuesto, son las siguientes.

#### **1º.- Prescripción del derecho a reclamar.**

Con arreglo a las fechas que constan en los diversos documentos que forman el expediente, y recoge el propio dictamen, debe concluirse que el derecho a reclamar por los daños no patrimoniales sufridos por la reclamante ha prescrito. Para la fijación del *dies a quo* del cómputo del plazo anual de prescripción que establece el art. 145.2 LRJAP son relevantes las fechas en que acaecen ciertos hechos y que paso a referir a continuación.

La reclamante fue intervenida de un cambio de prótesis de cadera en el Hospital Ramón y Cajal el día 25 octubre de 2006. El 20 de noviembre de

2006, tras la realización de un electromiograma (EMG) se observó una parálisis completa de los territorios que dependen del nervio ciático. El 8 de marzo de 2008 fue intervenida en un centro sanitario privado de Valencia, permaneciendo hospitalizada en dicho centro hasta el día 10 de marzo de ese año, fecha en la que fue dada de alta. Al darle de alta en el centro privado se emitió como juicio diagnóstico la «lesión focal del nervio ciático izquierdo». El día 17 de octubre de 2008 la paciente acude a consulta de rehabilitación del Hospital Ramón y Cajal donde se indica que presenta acortamiento (*sic*) de 2 cm., utiliza dos bastones y órtesis antiequino. En el informe se señala que «persiste pie con anestesia en antepié y sensibilidad posicional disminuida». Durante 2009 sigue recibiendo rehabilitación y acude a consulta de cirugía del reumatismo en diversas ocasiones. En junio de ese año la valoración que se le realiza por el servicio de rehabilitación del Ramón y Cajal indica que «persiste imposibilidad para la dorsiflexión y anestesis táctil y álgida del pie izquierdo». El 6 de abril de 2010 una nueva EMG muestra que «persiste denervación completa en el territorio del nervio ciático, con paresia motora». El 22 de abril de 2010 se informa que se procede al alta por estabilización en la fase de secuelas, con paresia motora, marcha con dos bastones y órtesis antiequino. Finalmente, el 10 de mayo de 2011 fue dada de alta en la consulta de rehabilitación. La reclamación de responsabilidad la presentó en el registro de la Consejería de Sanidad el día 20 de abril de 2011.

El dictamen del que discrepo, señala que, tomada la fecha del día 22 de abril de 2010 como la determinación del alcance de las secuelas, en la medida en que la reclamación de responsabilidad se presentó el día 20 de abril de 2011, la reclamación se habría presentado en plazo. A ello le añade que, en la medida en que el alta definitiva en rehabilitación no la obtiene la paciente hasta el día 10 de mayo de 2011, «esta última fecha bien podría constituir el “*dies a quo*” del plazo anual conforme al criterio pro actione»

Pero es claro, que esta última fecha no puede tomarse como referencia para determinar el *dies a quo* del plazo anual de prescripción, pues, según dispone expresamente el art. 142.5 de la LRJAP, en el caso de daños de carácter físico el plazo de prescripción del ejercicio del derecho «**empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas**», no desde la fecha del alta definitiva en rehabilitación como sostiene el dictamen al que me opongo. La determinación de las secuelas no implica que el lesionado haya curado de forma total y absoluta de sus lesiones físicas o psíquicas, sino que se ha llegado a un estadio tal de su evolución que permite concluir que ha alcanzado un estadio prácticamente definitivo. A partir de esa fecha, aunque siga recibiendo tratamiento de rehabilitación para procurar una mejora de sus dolencias, ni se puede seguir considerando al lesionado en situación de incapacidad temporal ni se puede entender, como hace el dictamen, que el plazo anual de prescripción todavía no ha comenzado a correr.

Por esta razón, ni siquiera la fecha del 22 de abril de 2010, fecha en que la paciente recibe el alta provisional en rehabilitación, debería tomarse en consideración para comenzar a computar el plazo anual de prescripción. El “*dies a quo*” de la prescripción es el de la fecha de estabilización de las secuelas, momento a partir del cual los daños de la paciente son de carácter permanente, y ello tiene lugar antes del día 22 de abril de 2010.

Como se ha destacado más arriba, en efecto, el día 6 de abril de 2010 una nueva EMG muestra que «**persiste denervación completa en el territorio del nervio ciático, con paresia motora**» y por eso unos días más tarde –el 22 de abril– se le da el alta en rehabilitación por estabilización de las secuelas; una estabilización de las secuelas que no tienen lugar ese día en que recibe el alta provisional en rehabilitación, sino antes de esa fecha y, por tanto, pasado el plazo anual de prescripción. Incluso es razonable sostener que hay otras fechas anteriores al día 6 de abril de 2010 que

pueden tomarse como “*dies a quo*” para el cómputo del plazo de prescripción. En efecto, el día 17 de octubre de 2008, cuando la paciente acude a la consulta de rehabilitación del hospital Ramón y Cajal, ya parece que las secuelas están estabilizadas, pues según el informe del servicio la paciente «presenta acortamiento (sic) de 2 cm, utiliza 2 bastones y órtesis antiequino» y se precisa, además, que «persiste pie con anestesia en antepie y sensibilidad posicional disminuida». Todo lo cual revela que en esa fecha la paciente ya tenía estabilizada sus secuelas y su exacto alcance ya estaba determinado. Presentada la reclamación, como se hizo, el día 20 de abril de 2011, pudiéndolo haberlo hecho mucho antes, se ha de concluir, contra el parecer del dictamen, que el derecho a reclamar ya había prescrito cuando se presentó la reclamación.

## **2º. Valoración del daño causado.**

En el supuesto de que se entendiera, contra el parecer que se acaba de señalar, que la reclamación de responsabilidad está presentada en plazo, no puedo compartir la valoración que realiza el dictamen acudiendo al «*método de una estimación global de los daños, teniendo en cuenta la equidad con que las normas han de aplicarse (art. 3.2 del Código Civil)*» para otorgar así una indemnización de 120.000 euros. La normativa aplicable, la jurisprudencia más reciente y la doctrina de este propio Consejo Consultivo abogan por la aplicación del Baremo para la valoración de daños corporales causados en accidentes de circulación incluido hoy en el texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo de 29 de octubre de 2004.

En efecto, el art. 141.2 de la LRJAP dispone que «*la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la ley de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables*». Esta última referencia a las «*demás normas aplicables*» permite encontrar criterios de racionalidad con que valorar los daños corporales en el baremo del referido sistema, pues aporta un nutrido elenco de criterios objetivos

que pueden aplicarse perfectamente fuera del ámbito de la circulación rodada. De ahí que, con apoyo en el referido art. 141.2 de la LRJAP, la Sala 3<sup>a</sup> del TS lo utiliza en ocasiones para cuantificar los daños de carácter personal que ha de afrontar la Administración Pública que incurre en responsabilidad patrimonial (STS de 23 de abril de 2004, entre otras muchas que podrían citarse). Y lo mismo hacen el Consejo de Estado y otros Consejos Consultivos de las Comunidades Autónomas, entre ellos este mismo Consejo en numerosos dictámenes en los que se han valorado los daños personales causados por la Administración.

*“Este criterio hermenéutico se funda en la necesidad de respetar los cánones de equidad e igualdad en la fijación de las respectivas cuantías para hacer efectivo el principio de íntegra reparación del daño sin discriminación y arbitrariedad”* (STS de 10 de febrero de 2006, recurso nº 2280/1999), arbitrariedad que, a mi juicio, se produce en el dictamen del que discrepo, pues en el mismo, como diré a continuación, no se justifica adecuadamente, la presunta dificultad para la aplicación del baremo, ni la enorme diferencia existente entre la cifra fijada como indemnización y la que resultaría de la aplicación del baremo, que, al menos como criterio orientativo de valoración, debe de ser tomado en todo caso en consideración para evitar la falta de equidad y la arbitrariedad en las que incurre el dictamen del que discrepo, que omite todo razonamiento en torno a la fijación de la cuantía indemnizatoria.

Como ya he señalado anteriormente, no puedo compartir las supuestas dificultades específicas que presenta el caso analizado para aplicar el Baremo. Se esgrime que «el escrutinio del informe de valoración del daño corporal conduce a una valoración sumamente discutible, pues no resulta hacedero discriminar con exactitud lo que deriva del atrapamiento del nervio ciático con el cerclaje metálico y lo que deriva de la ausencia de una reacción ante el estado de la reclamante transcurridos los tres o seis meses

posteriores a la afectación del nervio ciático, apreciable y apreciada en la mañana del 26 de octubre de 2006. Por otra parte, aunque la condición de la reclamante antes del 25 de octubre de 2006 se refiera a su cadera, sin afectación del nervio ciático, esa previa condición patológica dificulta también la valoración conforme a baremo». Ni es necesaria dicha discriminación ni la previa patología de la reclamante dificulta la aplicación del baremo. Por lo que sigue.

Para valorar los daños corporales sufridos por la reclamante no es preciso, como se pretende, distinguir los daños que derivan del atrapamiento del nervio ciático como consecuencia de la intervención quirúrgica y la falta de reacción de la Administración sanitaria ante su estado durante meses. Esos son hechos ilícitos (por contravenir la *lex artis*) imputables a la Administración sanitaria que han conducido a la producción de un daño, que es el único que hay que valorar ya proceda de una o de varias causas imputables a la Administración. Lo relevante en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración es el daño causado, no los hechos causales –uno o varios– que han provocado el daño, pues la institución de la responsabilidad sanitaria no sanciona las diversas malas prácticas en que pueda haber incurrido la Administración, sino que resarce el daño (todo el daño, pero sólo el daño) a que una o varias vulneraciones de la *lex artis* da lugar. Por ello, no resulta necesario realizar la discriminación a la que se alude en el dictamen entre los daños derivados del atrapamiento del nervio ciático y la ausencia de reacción durante meses ante su estado; unos y otros daños no se valoran de modo diferente en función del factor que los ha causado. Del mismo modo que no se distingue o discrimina cuando se produce el fallecimiento de una persona, y la muerte es imputable a la Administración, entre el eventual retraso de la ambulancia, el mal funcionamiento del servicio de urgencias y la mala praxis del médico que le presta atención, tampoco aquí es precisa dicha discriminación. Lo relevante, insisto, es que la reclamante ha sufrido un

daño que no tiene el deber jurídico de soportar y por todo él se le debe indemnizar, sin necesidad alguna de discernir qué parte de ese daño es imputable a una u otra actuación negligente (o contraria a la *lex artis*) de la Administración.

Por otra parte, la patología previa de la reclamante en nada impide la aplicación del baremo para valorar los daños imputables a la mala praxis de la Administración. Lo contrario sería tanto como sostener que, en el ámbito de los accidentes de circulación, el daño que sufren quienes ya padecen una previa patología no se debe valorar con arreglo a ese baremo, sino de forma estimativa y global por el juzgador. La valoración que de forma tan precisa establece el baremo no sólo está pensada para los sanos. Su autor –el legislador– es plenamente consciente de esas previas patologías que pueden padecer quienes sufren daños como consecuencia de los accidentes de circulación. Por eso su Anexo, con buen criterio, establece entre los criterios para la determinación de la responsabilidad y la indemnización una regla (1º.7. párrafo 3º) del siguiente tenor: «*Son elementos correctores de disminución en todas las indemnizaciones, incluso en los gastos de asistencia médica y hospitalaria y de entierro y funeral, la concurrencia de la propia víctima en la producción del accidente o en la agravación de sus consecuencias y, además, en las indemnizaciones por lesiones permanentes, la subsistencia de incapacidades preexistentes o ajenas al accidente...*». Por lo tanto el Baremo se puede aplicar teniendo en cuenta como factor de disminución de las lesiones permanentes o secuelas la patología previa de la reclamante.

Tampoco comarto la afirmación que se hace en el punto 3 de la consideración en derecho quinta del dictamen del que discrepo, según la cual “*en el caso que nos ocupa, la aplicación del baremo impide una cuantificación precisa (de los daños)*” pues, como se verá a continuación,

es precisamente la aplicación del baremo la que permite una valoración precisa de los mismos.

Pues bien, con arreglo a dicho baremo y tomando como referencia el informe de valoración del daño corporal que aporta la propia reclamante, la valoración de los daños por los distintos conceptos sería la siguiente:

Por daños fisiológicos y perjuicio estético: 18 puntos por paresia del nervio ciático, lo que se encuentra el baremo medio establecido por la Tabla VI (12-18); 4 puntos por el síndrome del túnel carpiano, dos por cada muñeca; la artrosis en la rodilla izquierda no se aprecia claramente que sea consecuencia de la mala praxis en la intervención de 2008, por lo que no se deberían considerar indemnizables; el perjuicio estético alegado parece razonable valorarlo en 7 puntos, dada la existencia de cicatrices anteriores como consecuencia de las numerosas intervenciones previas. De acuerdo con ello, la valoración de los daños fisiológicos y estéticos ascendería a 29.150,72 euros (22 puntos de daños fisiológicos x 1.057,06 = 23.255,32 euros y 7 puntos de perjuicio estético x 842,20 = 5.895,4 euros). Considerando el estado previo de la reclamante, que ya había sido intervenida en numerosas ocasiones de la cadera y que en 1985 se había declarado incluso su incapacidad permanente absoluta por epifisiolisis de la cadera izquierda, prótesis total en dicha cadera, escoliosis dorso-lumbar, sacroileitis izquierda, luxación patelar derecha y osteodistrofia femoropatelar tibial, se considera pertinente aplicar un factor de disminución del 30% en las lesiones permanentes de modo que la cantidad a indemnizar por tal concepto sería de **20.405,51** euros.

En cuanto a los días de baja, hay que reconocer primero 166 días de estancia hospitalaria, en concreto desde el 24 de octubre de 2006 al 4 de abril de 2007 (fecha en que recibe el alta hospitalaria en el hospital Ramón y Cajal) y desde el 6 al 9 de marzo de 2008 (días que permanece ingresada en la clínica privada de Valencia). La cuantía por día varía en función del

año. Así tenemos 69 días de 2006 a 60,34 (4.163,46 euros); 93 días de 2007 a 61,97 (5.763,21 euros); 4 días de 2008 a 64,57 (258,28 euros). Lo que arroja una cantidad total de **10.184,95** euros.

Los días sin estancia hospitalaria (desde el 4 de abril de 2007 hasta el 22 de abril de 2010, excepto los días 6,7,8 y 9 de marzo de 2008, que está ingresada) se deben considerar como días no impeditivos, por cuanto que la reclamante cuenta con una grave incapacidad previa que le incapacita ya para desarrollar su ocupación o actividad habitual: 272 días de 2007 a 27,12 (7.376,64 euros); 365 días de 2008 a 28,26 (10.314,90 euros); 365 días de 2009 a 28,65 (10.457,25 euros); 111 días de 2010 a 28,88 (3.205,68 euros). Lo que supone un total de **31.354,48** euros.

Por último, también debe indemnizarse la férula de cadera implantada en la Clínica D, cuyo importe asciende, según acredita la reclamante, a **531,78** euros.

Sumando todos los conceptos, resultaría procedente indemnizar una cantidad de **62.476,43** euros y no los 120.000 como, de forma estimativa y global, reconoce el dictamen del que discrepo».

Madrid, 17 de julio de 2012