

Expediente Núm. 2/2005
Dictamen Núm. 10/2006

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
Fernández García, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 26 de enero de 2006, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 3 de noviembre de 2005, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por don , como consecuencia de daños y secuelas derivados de asistencia sanitaria prestada en el Hospital

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 23 de noviembre de 2004 don presenta en el Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación por responsabilidad patrimonial, en relación con la asistencia sanitaria recibida en el Hospital (en adelante), en el que solicita una indemnización de trescientos sesenta mil seiscientos siete euros con veintiséis céntimos (360.607,26 €).

Expone en su escrito que el "2 de diciembre de 2.002 debido a la ingesta de un trozo de carne (...) hubo de ser ingresado de urgencia en el hospital y dada la gravedad de su estado en esa misma fecha trasladado al Hospital (...) siendo intervenido ese mismo día (...). De su Historia Clínica, igualmente resulta respecto a la evolución y comentarios que 'El paciente hace una mediastinitis con derrame pleural izquierdo y neumonía asociada, además de un shock séptico que precisa una mayor estancia en Reanimación Quirúrgica (38 días) y ventilación mecánica prolongada (...)`. En dicho Servicio de Cirugía General fue alta por mejoría en fecha 30/01/03, siéndole prescrito acudir al Servicio de Atención al Paciente del Hospital para solicitud de rehabilitación (...) Ninguna mención se hace en dicho informe (se refiere al de alta que acompaña como documento núm. 1) a la existencia de una polineuropatía siendo el diagnóstico principal 'Sd. de Boerhave´".

Continúa su escrito relatando que "Por referir una extrema debilidad en brazos y piernas y sensación de parestesias que afectaban fundamentalmente a los dos pies (la que no presentaba al ingreso hospitalario) fue visto por el Servicio de Neurología del Hospital, donde se le diagnosticó una polineuropatía sensitivo-motora con afectación preferente de miembros inferiores 'probablemente secundaria a la situación crítica por la que pasó el paciente hace unos meses. En este tipo de polineuropatías intervienen factores tóxicos, carenciales y metabólicos, todos ellos se daban en este paciente´", afirmando en su escrito, sobre el momento de aparición de la neuropatía, que "la debilidad en las extremidades inferiores ha de decirse que no las refería a su ingreso hospitalario sino que aparecieron durante la estancia hospitalaria, posterior pues a la intervención quirúrgica sufrida".

Posteriormente, detalla los tratamientos rehabilitadores a los que se sometió y las secuelas padecidas. Como consecuencia de esas secuelas, continúa "por la propia Seguridad Social se iniciaron actuaciones en materia de Incapacidad Permanente (...) por lo que una vez examinado por la Comisión de evaluación de incapacidades en fecha 05/02/2004 y a la vista del diagnóstico emitido por la misma en la determinación del cuadro clínico residual 'Sd

Boerhave (rotura espontánea 1/3 inferior esófago) IQ AS.03 polineuropatía sensitivo motora con afectación preferente de MMII mioclonia primer dedo pie derecho' se propuso a la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social la calificación (...) como incapacitado permanente en grado de gran invalidez..." declarándose tal situación, concluye, mediante Resoluciones de fecha 16 de febrero de 2004.

En el antecedente quinto de este escrito inicial, indica el reclamante que "la responsabilidad patrimonial de la Administración radica en la secuelas de la intervención quirúrgica sufrida que no guarda relación alguna con la polineuropatía que afecta al reclamante y que le ha producido y producirá en el futuro de por vida una serie de daños y perjuicios tanto materiales como físico y morales. De carácter material en el detrimento salarial producido por consecuencia de la pérdida de ingresos derivado de sus actividades profesionales que habría de prolongarse teóricamente hasta la edad de jubilación (...). Más importancia tienen los daños de carácter físico y moral producidos de carácter irreversible y que se han traducido en la existencia de una gran invalidez que le imposibilita la realización de las actividades más elementales de la vida diaria (tales como desplazarse y vestirse)".

Finaliza su escrito exponiendo los fundamentos jurídicos sobre legitimación, plazo de interposición y fondo del asunto que considera justifican la reclamación patrimonial que insta, solicitando que se le indemnice con la cuantía ya señalada de trescientos sesenta mil seiscientos siete euros con veintiséis céntimos (360.607,26 €), "en concepto de daños y perjuicios por los conceptos que se han dejado expresados".

Junto con el escrito de reclamación presenta copia de siete documentos: el informe del alta del Servicio de Cirugía General del, de fecha 30 de enero de 2003; dos informes de Consultas de Neurología del mismo hospital, de fechas 14 de mayo y 26 de noviembre de 2003, respectivamente; dos informes de Rehabilitación del Hospital, del día 28 de julio de 2003 y del día 24 de mayo de 2004, informe éste último en el que se da el alta final al reclamante, tras declarar que su "situación clínica se encuentra estabilizada con paraparesia

distal en ambos pies”, y dos Resoluciones de la Dirección Provincial de Asturias del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de fechas 16 y 18 de febrero de 2004, sobre incapacidad permanente en grado de gran invalidez.

2. Mediante escrito del día 29 de noviembre de 2004, el Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias comunica al interesado la incoación del oportuno expediente, señalándole expresamente que “el correspondiente expediente será tramitado en este Servicio de Inspección Sanitaria” A su vez, y mediante escrito de esa misma fecha, el mismo Servicio comunica a don, que “ha sido designado para elaborar el preceptivo informe técnico de evaluación”.

A dicho expediente se han incorporado, además de la historia clínica del paciente, los informes de los servicios implicados en la atención sanitaria objeto de la reclamación (fundamentalmente los del Servicio de Cirugía General II del, del día 15 de diciembre de 2004 -folio 83-, y dos del Servicio de Consultas de Neurología, incorporados a la Historia Clínica, de los días 14 de mayo y 26 de noviembre de 2003 -folios 72 y 73-), el Informe Técnico de Evaluación del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias, de fecha 23 de diciembre de 2004 (folios 75 y ss.), y un Dictamen Médico suscrito por don, el día 10 de febrero de 2005 (folios 107 y ss.), elaborado a instancia de la compañía de seguros del Principado de Asturias.

En el informe del Servicio de Cirugía que prestó la asistencia, se señala que el relato de hechos “...que aporta D., es en general correcto. Sin embargo conviene hacer algunas apreciaciones: Quizá la más importante, en nuestra opinión, es achacar la neuropatía a una secuela de la intervención quirúrgica (...) La intervención quirúrgica que le salvó la vida, no produjo como secuela la polineuropatía, sino en todo caso, en nuestra opinión la causa pudo ser la extrema gravedad de su enfermedad de base, y los múltiples tratamientos, complicaciones, y dificultades que surgieron a lo largo de su evolución”.

En la Historia Clínica aparece una anotación el 20 de enero de 2003, (folio 37) que señala "Rehabilitación (...) paraparesia, probablemente secundaria a polineuropatía. Recomiendo consulta a Neurólogo. Solicito tratamiento físico en planta".

El Servicio de Consultas de Neurología señala como antecedentes, en su informe del día 14 de mayo de 2003 ya citado, que fue "intervenido quirúrgicamente de perforación esofágica con mediastinitis y situación médica grave que supuso una larga estancia en Reanimación quirúrgica y en Cuidados Intensivos (...). Ya durante su ingreso hospitalario tenía clínica de debilidad en las extremidades inferiores siendo el diagnóstico de sospecha polineuropatía (...). La sospecha diagnóstica neurológica fue polineuropatía probablemente secundaria a la situación crítica por la que pasó el paciente hace unos meses. En este tipo de polineuropatías intervienen factores tóxicos, carenciales y metabólicos, todos ellos se daban en este paciente".

En el Informe Técnico de Evolución se indica que el paciente "fumador de 30 cigarrillos diarios y bebedor de más de 80 gramos diarios de etanol, con antecedentes personales de atragantamientos frecuentes con la ingesta", acudió el día 2 de diciembre de 2002 al Hospital, "y desde éste fue derivado al Hospital por presentar neumomediastino, derrame izquierdo y condensación izquierda (...). Fue intervenido por el Servicio de Cirugía General a las 2,15 horas del día 3 de diciembre, es decir cinco horas después de su ingreso por padecer una perforación del tercio inferior del esófago (...). El paciente presentó una mediastinitis con derrame pleural izquierdo con neumonía asociada además de un Shock séptico que conllevó una estancia en Reanimación Quirúrgica de treinta y ocho días precisando ventilación mecánica asistida".

Continúa el mismo informe señalando que "el 26 de diciembre de 2002, durante el ingreso, el paciente fue valorado por el Servicio de Rehabilitación del Hospital por presentar una tetraparesia de 2/5 en miembros superiores y de 1/5 en ambos miembros inferiores. El 24 de febrero de 2003 comenzó a ser tratado por el Servicio de Rehabilitación del hospital por presentar

paraparesia". Añade que posteriormente, en el mes de marzo de 2003, el ahora reclamante acudió a consulta del Servicio de Neurología del, donde se le diagnosticó "polineuropatía probablemente secundaria a la situación crítica por la que pasó el paciente", indicando a continuación que "en el informe de alta, de fecha 14 de mayo de 2003, ya se informó al reclamante que este tipo de procesos patológicos se deben a factores tóxicos, carenciales y metabólicos, dándose todos ellos en su caso, y especialmente a situaciones críticas como la que le afectó".

En el dictamen médico elaborado por don, de fecha 10 de febrero de 2005, después de relatar los antecedentes del caso (similares en lo sustancial a los anteriormente transcritos), se señala, sobre la perforación esofágica, que "hay autores como Ramón Cantero Cid que clasifica las roturas esofágicas en de menos y de más de 24 horas. La mortalidad en aquellas de menos de 24 horas oscila en la literatura mundial entre el 20 y el 40% y en las de más de 24 horas entre el 64 y el 70%", indicando a continuación, sobre la intervención practicada, que "en el caso del Sr..... se hizo indicación de conservar el esófago y drenar las colecciones circundantes. Debemos alegrarnos de la técnica usada y de la indicación, ya que hay pocos pacientes en el mundo que puedan decir que han sobrevivido a una perforación esofágica de 24 horas o más, con empiema, sepsis y mediastinitis, conservando su esófago y volviendo a comer por vía natural"

A continuación, resume el informe los conocimientos actuales sobre la Polineuropatía del enfermo crítico (en adelante PEC) señalando que se trata de una patología de historia muy corta, descrita por primera vez en 1984, que se relaciona con el "soporte vital", es decir, con las técnicas que se administran al paciente para "retrasar el momento de su muerte", citando como paradigma de dichas técnicas la ventilación mecánica. Asociado a dicho "soporte vital" aparecen nuevas patologías, entre ellas la PEC, que se define como "una afección axonal de carácter tanto sensitivo como motor que lleva a una tetraparesia flácida con conservación de los nervios craneales, y se asocia de forma directa a la gravedad de los enfermos y al tiempo que están sometidos a

ventilación mecánica (...) En este paciente (...) la gravedad era muy alta, con cifras de mortalidad superiores al 50% y estuvo unas 3 semanas en ventilación mecánica lo que se considera ventilación mecánica prolongada. / *La incidencia de PEC en los pacientes críticos, con disfunción multiorgánica, llega al 70%*" (énfasis en el original).

A la vista de esas consideraciones concluye su informe señalando:

"1. El tratamiento del paciente (...) ha sido todo un éxito dada la patología que presentaba. Sobrevivir a una perforación espontánea esofágica con mediastinitis, consolidación pulmonar, empiema, sepsis y conservando el esófago propio es algo por lo que los médicos firmaríamos (...)

2. Todas las actuaciones médicas como la asistencia sanitaria han estado dentro la *lex artis*.

3. La PEC es una complicación de los pacientes críticos, ni predecible ni evitable".

3. Con fecha 3 de mayo de 2005, doña se persona en las dependencias de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios y, en nombre y representación del interesado (lo que justifica mediante la entrega de un poder notarial para pleitos, de fecha 26 de abril de 2005 que aparece incorporado al expediente), obtiene una fotocopia de los ciento diecinueve (119) folios que componen en esa fecha el expediente.

4. Evacuado el trámite de audiencia, con vista del expediente, el reclamante presentó escrito fechado el día 12 de mayo de 2005 (que aparece con fecha de entrada del día 11 del mismo mes y año), alegando dos tipos de cuestiones. De un lado considera que se han producido dos infracciones en el procedimiento administrativo: la primera porque entiende que es el instructor del expediente quien elabora el Informe Técnico de Evaluación, lo que supondría una infracción a lo dispuesto en el artículo 7 del Real Decreto 429/2003, y la segunda porque no se le notificó el nombramiento de ese instructor del

procedimiento, lo que a su juicio resulta obligado según lo que establece el artículo 58 de la Ley 30/1992.

Sobre las cuestiones de fondo vuelve el reclamante a insistir en los mismos argumentos ya expuestos en su escrito inicial, argumentos que se pueden sintetizar de la forma siguiente:

Manifiesta que la Administración trata de eludir su responsabilidad argumentando “que el paciente presentaba causas endógenas que provocaron la polineuropatía (...) basta con observar el Informe expedido por el Servicio de Neurología (...) en el que cabe resaltar del mismo lo siguiente: ‘Ya durante su ingreso hospitalario tenía clínica de debilidad en las extremidades inferiores siendo el diagnóstico de sospecha polineuropatía (...). La sospecha diagnóstica neurológica fue polineuropatía probablemente secundaria a la situación crítica por la que pasó el paciente hace unos meses. En este tipo de polineuropatías intervienen factores tóxicos, carenciales y metabólicos, todos ellos se daban en este paciente’ (...). Ha de precisarse en primer lugar que la situación padecida por el reclamante a lo que se refiere el informe, al ingreso hospitalario, no lo es tal, sino en todo caso durante la estancia hospitalaria”.

Continúa señalando que en el Informe de alta, en el apartado de Antecedentes se recogen “alergias, fumador y bebedor, posible hernia de hiato, etc. (y) no se encuentran o no se hacen constar la clínica de debilidad en extremidades inferiores así como los factores tóxicos, carenciales y metabólicos (...) Por tanto la clínica de debilidad en extremidades inferiores así como los factores tóxicos, carenciales y metabólicos (...) no constan en los antecedentes personales del paciente”.

Argumenta en segundo lugar que, contrariamente a lo que indica la Administración sobre el momento de aparición del cuadro de dificultades en el movimiento, éste no fue diagnosticado hasta una fecha posterior al alta. “Que tal diagnóstico fue tardío lo evidencia además el Informe emitido por el Hospital -se refiere a la historia, folio 43- en el que se manifiesta que en fecha 11 de Enero de 2003 (posterior por tanto a la fecha del alta) el paciente

presentaba dolores en piernas, lo cual demuestra que la dificultad de movilidad fue en todo caso posterior a la intervención y en ningún caso antes”.

En tercer lugar realiza una serie de citas jurisprudenciales sobre lo que ha de considerarse *lex artis*, para concluir que la responsabilidad administrativa puede surgir también en una fase posterior a la operación, extendiéndose por tanto a los actos posteriores “ al postoperatorio, durante la estancia hospitalaria o inclusive, posterior a esta”, citas jurisprudenciales que se extienden al análisis del “consentimiento informado”, imputando a la Administración el haber incumplido igualmente dicho deber.

Finaliza su escrito volviendo a poner de manifiesto lo que a su juicio supone una confusión entre las funciones del instructor del expediente y el técnico que elabora el Informe Técnico de Evaluación, que considera la misma persona. Por ello indica que “es inconcebible tal actuación pues tal persona, como órgano supuestamente instructor debe elaborar la propuesta de resolución en base a los documentos obrantes al expediente y mal puede servir de fundamento a su propuesta un dictamen previo a la misma, elaborado por el propio órgano instructor que prejuzga ya el contenido de la propuesta”.

En el suplico solicita que “estimando el defecto de forma que se dejó expuesto, se declare la nulidad de las actuaciones con retroactividad de las mismas al momento de cometerse el vicio procedimental y subsidiariamente, de no considerar tal defecto, se dicte resolución por la que se acuerde la estimación íntegra de la reclamación con abono de intereses desde el momento de interposición de la misma”.

5. Mediante escrito presentado el 4 de julio de 2005, doña, como Abogada, en nombre y representación del interesado, solicita que se le expida un certificado acreditativo de acto presunto y que se dicte resolución expresa del expediente, certificado que se le entrega el día 26 de julio de 2005, según consta en el Acuse de Recibo incorporado al expediente.

6. Con fecha 11 de octubre de 2005, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de Prestaciones Sanitarias elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, por entender que “según los informes médicos especialistas en la materia, no existe nexo causal alguno entre los daños alegados por el reclamante y la asistencia sanitaria recibida por los facultativos del Hospital, sino que la Polineuropatía de enfermo crítico es una complicación de los enfermos críticos, ni predecible, ni evitable”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de fecha 3 de noviembre de 2005, registrado de entrada el día 7 de noviembre de 2005, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias, objeto del expediente de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, adjuntando a tal fin el expediente original.

8. El Consejo Consultivo, por escrito de su Presidente de fecha 15 de noviembre de 2005 (registrado de salida el día 16), previo acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo el mismo día 15 de noviembre, solicitó que se completase el expediente remitido, mediante la incorporación al mismo de un “... informe del servicio competente sobre el proceso postoperatorio del reclamante mientras estuvo sometido a ventilación mecánica...”, suspendiéndose el plazo para la emisión del dictamen, al amparo de lo dispuesto en el artículo 42.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de este Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 75/1005, de 14 de julio.

9. Mediante escrito de fecha 24 de noviembre de 2005, registrado de entrada el día 29 de noviembre de 2005, V.E. remite a este Consejo Consultivo, a efectos de incorporación al expediente, “los dos últimos folios numerados (nº 159 y 160)” y que se corresponde con los respectivos oficios del Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias y del Ilmo. Sr. Consejero de

Salud y Servicios Sanitarios, de solicitud de dictamen preceptivo en este expediente de responsabilidad patrimonial.

10. Por oficio de fecha 16 de enero de 2006, registrado de entrada el día 18 del mismo mes, V.E. remite a este Consejo Consultivo una copia del informe suscrito el día 21 de diciembre de 2005 por la Coordinadora del Servicio de Anestesia y Reanimación del en el que se recoge, entre otras cuestiones, que don, que ingresó en dicho Servicio el día 3 de diciembre de 2002, "Precisó ventilación mecánica por su situación de Shock, insuficiencia respiratoria hasta el día 22/12/02 y de nuevo requirió ventilación mecánica, desde el 31/12/02 hasta (el) 02/01/03./ Durante su estancia en la Unidad de Reanimación, se realizaron los estudios y exploración física diaria según Protocolo (...) Las movilizaciones del paciente se realizaron de forma pasiva según protocolo en mañana y tardes mientras se mantuvo con ventilación mecánica, así mismo se protegieron zonas de apoyo, talones etc./ Posterior a la desconexión de v. mecánica:/ Se levantó a sillón mañana y tarde./ Se comenzó con Fisioterapia respiratoria./ Se solicitó consulta al Servicio de Rehabilitación que después de realizar la exploración del paciente, tiene la impresión diagnóstica de Polineuropatía del paciente crítico, fundamentalmente en miembros inferiores". Añade que "nunca se emplearon relajantes musculares" y que "Fue dado de alta en la Unidad de Reanimación el día 08/01/03", finalizando el informe con el apartado "Recomendaciones" donde se señala: "Se recomienda continuar en Unidad de Hospitalización con las medidas de Fisioterapia respiratoria, Rehabilitación, cura de escara de sacra y resto de medidas a cargo del Servicio de Cirugía General II".

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según 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 Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, de conformidad con 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 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está el interesado activamente legitimado para solicitar la reparación del daño causado, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que originaron la reclamación.

TERCERA.- La reclamación se presenta dentro del plazo de prescripción de un año establecido en el artículo 142.5 de la LRJPAC, que dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse 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 este caso, debe considerarse que la determinación de dichas secuelas no se produce, al menos, hasta la fecha del informe del Servicio de Rehabilitación del Hospital, fechado el día 24 de mayo de 2004, donde se señala que “Actualmente la situación clínica se encuentra estabilizada con paraparesia distal en ambos pies”, por lo que habiendo presentado la reclamación el día 2 de noviembre de 2004, es claro que se formula dentro del plazo.

CUARTA.- El procedimiento aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y, en su desarrollo, en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), procedimiento de tramitación al que, en virtud de la Disposición adicional duodécima de la LRJPAC, están sujetas las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites legal y reglamentariamente establecidos de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución, por lo que deben rechazarse las objeciones de índole formal que se sostienen por el reclamante. En efecto, no existe la confusión, en una sola persona, de la figura del instructor y del técnico que elabora el Informe Técnico de Evaluación. El artículo 7 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial invocado por el reclamante, determina que “Los actos de instrucción necesarios para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos en virtud de los cuales deba pronunciarse la resolución, se realizarán por el órgano que tramite el procedimiento...” y consta en el expediente que el procedimiento se tramita por el Servicio de Inspección Sanitaria de las prestaciones Sanitarias, cuyo Jefe, don, es quien elabora la Propuesta de Resolución, siendo don el técnico designado por la Consejería para elaborar el Informe Técnico de Evaluación. Por tanto, no existe la denunciada confusión entre ambas personas. De igual modo, debe rechazarse la segunda objeción formal que se alega por el reclamante, puesto que consta en el expediente que con fecha 29 de noviembre de 2004 se le comunicó qué Servicio de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios tramitaría su reclamación y las normas que regulan el correspondiente procedimiento, sin que el artículo 58 de la LRJPAC invocado, ni específicamente el Reglamento de Responsabilidad Patrimonial establezcan que

haya de notificarse fehacientemente al particular el nombramiento del instructor del procedimiento.

No obstante lo anterior, se observa que, aunque obra en el expediente el informe del Servicio de Cirugía General II (en realidad, el único al que se refiere el interesado que sostiene a lo largo del expediente que las secuelas se deben a una mala práctica quirúrgica), debió incorporarse en su momento también el del Servicio de Anestesia y Reanimación como, posteriormente, se hizo a requerimiento de este Consejo Consultivo, puesto que todos los informes técnicos y la propia Propuesta de Resolución, se inclinan por sostener que la PEC que sufrió el reclamante y de la que se derivarían las secuelas que ahora presenta, es una consecuencia del proceso de ventilación mecánica asistida al que el paciente fue sometido.

Debemos señalar, así mismo, en cuanto al plazo de resolución del expediente, que se ha excedido ampliamente el de seis meses previsto en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, puesto que habiéndose registrado la solicitud en el Servicio de Salud del Principado de Asturias el 23 de noviembre de 2004, el plazo de resolución y notificación ha sido ya rebasado en el momento de la inicial solicitud de dictamen, que fue registrada en este Consejo Consultivo el día 7 de noviembre de 2005. Nada impide, no obstante, la resolución del expediente de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b) de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución establece 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 139 de la LRJPAC, ya citada, dispone que “1.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de 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 normal o anormal de los servicios públicos. 2.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Estos preceptos sientan el derecho de los particulares a ser indemnizados por la Administración de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, excepto en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos. 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 tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo como la doctrina del Consejo de Estado, 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 un daño o lesión antijurídica, 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.

SEXTA.- Al no resultar controvertidas las secuelas que se alegan por el reclamante, procede que analicemos el nexo causal que dicha patología tiene con el funcionamiento normal o anormal del servicio público sanitario.

La doctrina y la jurisprudencia han considerado con reiteración (y así se señala en las recientes Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo -Sección 6ª-, de 16 de marzo y 10 de mayo de 2005) que la responsabilidad configurada en el artículo 106.2 de la Constitución es de naturaleza objetiva y que, por tanto, basta con acreditar la realidad del daño y

su relación causal con el funcionamiento de los servicios públicos, para que surja la obligación de indemnizar. Pero a su vez, y puesto que la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, no indica cuales son los medios adecuados para atender cada enfermedad ni los procedimientos para tratar los innumerables casos que pueden presentarse, se hace preciso establecer, para valorar si la lesión es resarcible, un parámetro de funcionamiento adecuado, al efecto de diferenciar los casos en que el resultado dañoso se debe simplemente a la evolución normal de la enfermedad, de aquellos otros en que deba imputarse al anómalo funcionamiento del servicio sanitario.

En efecto, como señala el Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 22 de diciembre de 2001, "Ciertamente que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente". En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, de 17 de mayo de 2004 "...el hecho de que en el ordenamiento jurídico español la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como objetiva apunta al dato de que no es necesario la concurrencia de dolo o culpa en el agente, y no permite extraer la consecuencia de que deba declararse su existencia, sin más, por el mero hecho de que el resultado lesivo se haya producido con ocasión de la actuación de un centro sanitario público. No sería razonable -antes al contrario, sería manifiestamente absurdo- entender que esa objetivación determina que, por ejemplo, la

Administración deba responder siempre que en una clínica gestionada por ella y de ella dependiente fallece un enfermo”.

En definitiva, a juicio de este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario, dirigido siempre a procurar la curación del paciente, constituye básicamente una obligación de medio y no una obligación de resultado, de modo que no pueden imputarse sin más a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida 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*.

Por lo tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario, hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*, entendiéndose por tal “como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida ” (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 1991).

SÉPTIMA.- En el caso concreto que se somete a nuestro dictamen, partiendo de la realidad de las secuelas, es decir, la polineuropatía que efectivamente ha quedado acreditada en el expediente, surge la discrepancia simplemente a la hora de determinar el momento y la causa por la que se produce dicha neuropatía. El reclamante considera que la misma tiene su origen en la intervención quirúrgica a la que fue sometido y, aunque sea de forma implícita, entiende que existió una mala práctica quirúrgica y que, como consecuencia de esa mala práctica, se han producido las secuelas. Indica también, como

argumento secundario en apoyo del anterior, que el diagnóstico fue tardío y que se produjo con posterioridad al alta. Finalmente añade, en el trámite de audiencia, un nuevo reproche a la actividad administrativa, la falta del consentimiento informado previo a la realización de la intervención quirúrgica.

Con relación a la primera de las cuestiones planteadas, ninguna duda puede existir sobre cuál es el momento en el que se manifiestan esos síntomas, dato en el que, en realidad, están de acuerdo la Administración y el interesado. En todos los informes que hemos analizado, se indica que la polineuropatía que padece el reclamante está directamente relacionada con el proceso de ventilación asistida prolongada -38 días en la unidad de reanimación- como consecuencia de la intervención quirúrgica a la que fue sometido de urgencia, y ello no es incompatible, sino complementario, con lo que también se indica en los informes a los que nos hemos referido -singularmente el del Servicio de Neurología, de fecha 14 de mayo de 2003- cuando se refiere a la intervención de “factores tóxicos, carenciales y metabólicos” (por cierto, perfectamente acreditados en el expediente, frente a lo que se manifiesta de contrario por el perjudicado, puesto que se recogen entre otros, los datos de fumador de 30 cigarrillos/día y bebedor de más de 80 gramos/día de etanol).

Tampoco existe ninguna duda sobre cuál es el momento en el que se establecen las primeras sospechas diagnósticas que, de nuevo contrariamente a lo que indica el reclamante, aparecen durante el proceso postoperatorio en el, y no con posterioridad a la fecha de alta, como defiende el Sr. en el escrito de alegaciones. El propio perjudicado relata que “...el 11 de enero de 2003 el paciente presentaba dolores en las piernas...” Tal dato aparece recogido en la Historia y, como decimos, contrariamente a lo que manifiesta en su escrito de alegaciones, es anterior al alta hospitalaria, que recordemos, se produce el día 30 de enero de 2003. También aparece en la misma Historia, tal y como hemos señalado en los antecedentes, otra anotación el 20 de enero de 2003, sobre la existencia de paraparesia, “posiblemente secundaria a polineuropatía”, por lo que se solicita ya en ese momento consulta neurológica y tratamientos rehabilitadores en la propia planta. Además, en el informe del

Servicio de Anestesia y Reanimación, de fecha 21 de diciembre de 2005 (recordemos que en tal Servicio fue dado de alta el día 8 de enero de 2003), ya se señala que con posterioridad “a la desconexión de la v. mecánica (...) Se solicitó consulta al Servicio de Rehabilitación que después de realizar la exploración del paciente, tiene la impresión diagnóstica de Polineuropatía del paciente crítico, fundamentalmente en miembros inferiores”.

En consecuencia, sin negar la existencia de la polineuropatía que sufre el reclamante, este Consejo advierte que todos los informes aportados al expediente resultan unánimes al considerar que la denominada PEC es una complicación asociada a la ventilación mecánica prolongada a la que hubo de ser sometido, y no una consecuencia de una incorrecta o mala práctica asistencial. En el informe del doctor se llega a indicar que “... *la incidencia de PEC en los pacientes críticos, con disfunción multiorgánica, llega al 70%...*” (énfasis en el original).

Además, en el informe del Servicio de Anestesia y Reanimación de fecha 21 de diciembre de 2005, se recoge expresamente que el paciente fue tratado “Durante su estancia en la Unidad de Reanimación (...) según Protocolo”, señalando, entre otras cuestiones, que fue sometido a “movilizaciones (...) de forma pasiva según protocolo en mañana y tardes” y que, con posterioridad a su desconexión de la ventilación mecánica, “Se levantó a sillón mañana y tarde” Debemos destacar, finalmente, que el interesado no aporta ningún medio de prueba, ni tan siquiera indicio, que cuestione ni los datos, ni las conclusiones que figuran en los informes administrativos.

Por tanto, debemos concluir que la aparición de la polineuropatía es una complicación de los enfermos críticos, inevitable en un porcentaje amplio de casos sometidos a ventilación mecánica, y que su aparición no se debe a una mala práctica asistencial, pues resulta acreditado en el expediente que la Administración actuó, en la prevención de su aparición, con arreglo al protocolo establecido de movilización pasiva del paciente quedando, igualmente, probado que diagnosticó y trató la enfermedad de acuerdo con los criterios de la *lex artis ad hoc*. Todo ello, nos conduce a manifestar que el daño alegado por el

interesado, es decir, las secuelas e incapacidad que sufre, no fueron producidas por la intervención quirúrgica que se le practicó ni por la atención sanitaria que recibió durante el postoperatorio, por lo que no resulta indemnizable.

Finalmente, y en relación con la alegada falta de consentimiento informado, debemos manifestar que la medida terapéutica aplicada (la intervención quirúrgica de urgencia) fue necesaria para salvar la vida del Sr. según se señala, igualmente, en los informes incorporados al expediente (cuestión ésta tampoco controvertida en ninguno de los escritos del reclamante), y en esos supuestos resultaba de aplicación lo que disponía en aquel momento el artículo 10.6, letra c) de la Ley General de Sanidad citada, que excluía la necesidad de obtener el consentimiento informado previo en los supuestos en que la urgencia "...no permita demoras por poderse ocasionar lesiones irreversibles o existir peligro de fallecimiento". Como muy gráficamente indica el Doctor en el informe incorporado al expediente, "antes de la ventilación mecánica, la mortalidad de la perforación esofágica de D. era del 100%" No cabe, por tanto, exigir el previo consentimiento informado en el supuesto que se examina, en el que se somete al paciente a una intervención de urgencia con riesgo vital evidente.

En este caso, concluimos que el daño alegado por el reclamante no puede considerarse antijurídico, al tratarse de complicaciones que generalmente aparecen en el tipo de asistencia sanitaria concreta prestada, incluso cuando esta asistencia se ha realizado, como es el caso que se somete a nuestra consideración, de acuerdo con el parámetro de la *lex artis ad hoc* exigible.

Y es que, en definitiva, no existe en el sistema de derecho español algo que pueda definirse como un "derecho subjetivo a curar", imposible de configurar por la propia naturaleza del hombre y, por ello, el resultado positivo o negativo de las acciones médicas no puede valorarse nunca de forma aislada, sino que debe ponerse siempre en relación con la correcta adecuación a las

reglas del arte médico de los procedimientos y medios utilizados, que precisamente en este caso lo han sido de forma irreprochable.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.