

Expediente Núm. 85/2011
Dictamen Núm. 331/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 10 de noviembre de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 29 de marzo de 2011, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del funcionamiento del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 7 de julio de 2010, el hijo de una paciente fallecida en un hospital de la red pública del Principado de Asturias presenta en el servicio de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la muerte de su madre, que atribuye a una negligencia médica. La reclamación, dirigida al Servicio de Salud del Principado de Asturias, tiene entrada en este el día 13 del mismo mes.

Según relata, la paciente fue intervenida “por presentar un carcinoma

escamoso" y, tras la intervención quirúrgica, "fue remitida al Servicio de Oncología Radioterápica (...), donde fue valorada y decidieron hacerle un tratamiento complementario con radioterapia externa y braquiterapia", lo que le ocasionó "una obstrucción intestinal (...), que desencadenó un shock séptico, causando su fallecimiento".

Solicita una indemnización de cincuenta y dos mil cuatrocientos dieciocho euros con setenta y seis céntimos (52.418,76 €).

Acompaña a su reclamación copia del informe del Servicio de Oncología en el que se pauta el tratamiento, del informe del Servicio de Cirugía que atendió la oclusión intestinal (con alta por *exitus* el 24 de agosto de 2009), y del certificado médico de defunción.

2. El día 30 de julio de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios (en adelante Servicio instructor) comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación "en la Administración del Principado de Asturias" y las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará.

Asimismo, le requiere para "acreditar su parentesco con la perjudicada", lo que cumplimenta mediante la presentación de fotocopia del libro de familia.

3. Con fecha 29 de julio de 2010, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto solicita a la Gerencia del hospital copia de la historia clínica de la paciente y un informe del Servicio de Oncología Radioterápica, que se incorporan a las actuaciones.

La historia clínica nos muestra una paciente de 50 años, sin antecedentes de interés, a la que, tras un tratamiento con cirugía, se detecta un "carcinoma de cérvix moderadamente diferenciado con infiltración de borde de resección vaginal e infiltración del cuerpo uterino y metástasis en uno de los ganglios por carcinoma epidermoide", por lo que es valorada de nuevo por el Servicio de Radioterapia, decidiéndose iniciar "tratamiento complementario" con radioterapia y braquiterapia y, previa firma del consentimiento informado, se somete a radioterapia externa desde el 18 de diciembre de 2008 hasta el 6 de

febrero de 2009, y a tres sesiones de braquiterapia, la última el 25 de febrero de 2009. Consta en la historia anotación manuscrita, expresiva de que el 17 de abril de 2009 se llama a la paciente "para que venga a repetir MT" (marcadores tumorales) y se solicita un TAC, pero "hoy tiene previsto irse una temporada a París". El día 23 de julio de 2009 acude al Servicio de Urgencias por un cuadro abdominal, que es etiquetado de obstrucción intestinal.

Consta el "consentimiento informado para tratamiento con radioterapia", firmado por la paciente, en el que se recogen los diversos efectos secundarios (que "podrían requerir tratamientos adicionales tanto médicos como quirúrgicos, así como un mínimo porcentaje de mortalidad) y, específicamente, las "complicaciones potenciales" relacionadas con la posibilidad de enteritis precoces y tardías.

En el informe del Servicio de Oncología Radioterápica que aparece en la historia clínica, fechado el 4 de marzo de 2009 a la conclusión del tratamiento, se recoge que "se decide un tto. complementario dada la positividad del borde vaginal y los ganglios linfáticos", administrándose dosis de radioterapia de "45 Gy en 25 fracciones" con sobreimpresión pélvica de "10 Gy en 5 sesiones", y que la paciente "presentó muy buena tolerancia", dándosele "cita para revisión" e indicándole también que "pida consulta en su Sº de Ginecología de referencia".

4. Con fecha 11 de agosto de 2010, se libra informe rubricado por el Jefe de Servicio de Oncología Radioterápica y la médica adjunta, que firma el anterior. En el que ahora se expide, se relata que la enferma fue intervenida por el Servicio de Ginecología que "visualiza un ganglio (...) que se extirpa y se envía para anatomía patológica intraoperatoria con resultado de metástasis de carcinoma escamoso (...) con infiltración", por lo que el Servicio informante decide el tratamiento complementario con radioterapia externa y braquiterapia, "debido al borde quirúrgico positivo a nivel de cúpula vaginal", administrándosele dosis "según protocolo" del Servicio, "dada la afectación del borde vaginal". El día de la última aplicación, el 25 de febrero de 2009, "se

solicitó una analítica completa como control de finalización (...) obteniéndose un nivel de SCC (marcador para tumores epidermoides) de 3,3 (valor elevado). Por este motivo, el día 17-04-2009 se llamó a la paciente para que acudiese a repetir marcadores”, pero esta no acudió. Desde “la fecha del contacto telefónico (...), la paciente no volvió a tener ningún contacto con nuestro Sº, a donde no acudió a las revisiones habituales”. Se añade que antes del inicio del tratamiento se le explicaron a la paciente los posibles efectos de la radioterapia, tanto agudos como tardíos, cuyos riesgos fueron aceptados (...). Uno de los posibles efectos de este tratamiento es la enteritis rádica con posible cuadro de (...) oclusión intestinal, que ocurre en un pequeño porcentaje de casos y que habitualmente evoluciona favorablemente”. Concluyen los informantes que “se ha actuado siempre conforme a los protocolos vigentes (...) y con todos los requisitos de la dosimetría clínica, no existiendo sobreirradiación en ninguno de los órganos afectados”.

Junto al referido informe constan los emitidos, a requerimiento del Área de Reclamaciones, por los Servicios de Cirugía General y Urgencias.

5. Con fecha 25 de octubre de 2010, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él describe los hechos y procede a su valoración, indicando que “los estudios anatomopatológicos realizados confirmaron la existencia de una enteritis rádica”, pero la asistencia prestada se ajustó a la *lex artis* y la paciente “firmó el consentimiento informado”, donde “consta de forma explícita la posibilidad de una enteritis rádica”.

6. Mediante escritos de 28 de octubre de 2010, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias, y del expediente completo a la correduría de seguros, respectivamente.

7. Con fecha 30 de noviembre de 2010, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por un especialista en Oncología Médica. En el mismo, se razona que, ante el carcinoma de cérvix uterino que la enferma presentaba, “la cirugía como método exclusivo de tratamiento (...), supone un alto riesgo de fallo local, con porcentajes superiores al 30% de recaída y, en estas circunstancias, es aconsejable la realización de tratamientos complementarios con radioterapia”, siendo los factores fundamentales que así lo aconsejan “la afectación ganglionar y la infiltración del manguito vaginal”, incluyendo la aplicación de radioterapia externa, con dosis de unos 45 Gy con sobreimpresión pélvica de 10-15 Gy y braquiterapia asociada”. Se añade que la aparición de complicaciones intestinales “no depende tanto de la dosis administrada, aunque también, como de la relación con la cirugía practicada y de la tolerancia de los tejidos a la irradiación, que es variable de una persona a otra”. Se concluye que “la decisión de tratamiento, en esta paciente, se ajusta a las circunstancias clínicas y se recomienda en las guías de tratamiento para el cáncer cervical”.

8. Evacuado el trámite de audiencia, mediante oficio comunicado el 20 de diciembre de 2010, el interesado comparece en las dependencias administrativas y obtiene copia del expediente, sin que conste la presentación de alegaciones.

9. Con fecha 4 de marzo de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, por considerar que “la asistencia prestada a la perjudicada se realizó conforme a la lex artis y que nos encontramos ante un caso de materialización de un riesgo típico, asumido y aceptado (...) con la firma del correspondiente consentimiento informado”.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de marzo de 2011, registrado de entrada el día 1 del mes siguiente, V. E. solicita al Consejo

Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

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

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

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 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 formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJPAC 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 el caso ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 7 de julio de 2010, habiendo tenido lugar el fallecimiento de la paciente el día 24 de agosto de 2009, por lo que es claro que lo fue dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

No obstante, hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo, puesto que, si bien se le notifica la fecha de recepción de su solicitud, dicha comunicación no se ajusta a los términos y contenidos previstos en el artículo citado, al haberse precisado estos extremos mediante una mera referencia a la normativa rectora del mismo.

Por último, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo

13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, 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 dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

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

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

SEXTA.- Imputa el reclamante a la Administración sanitaria el daño derivado de la muerte de su madre, por considerar que el tratamiento de radioterapia y braquiterapia dispensado le ocasionó “una obstrucción intestinal (...), que desencadenó un shock séptico, causando su fallecimiento”.

En este contexto, no habiendo duda del daño por el que se reclama ni de la relación de la radioterapia con el fatal desenlace -derivado de una “enteritis rádica”-, hemos de reparar que la pretensión resarcitoria se funda únicamente en la supuesta incorrección de la decisión médica de someter a la paciente a aquel tratamiento, debiendo pues orillarse el resto de las incidencias de su curso clínico.

Así centrado el debate, y acreditado el fallecimiento de la madre del interesado, debemos presumir que este ha sufrido un daño moral, cuya evaluación procederá si se aprecia la concurrencia de los requisitos que determinen la declaración de responsabilidad de la Administración.

Ahora bien, la mera existencia de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que aquellos se encuentran causalmente unidos al funcionamiento del servicio y que son antijurídicos.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que eventualmente pueda sufrir 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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por los reclamantes es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico, ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia 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.

En el supuesto sometido a nuestro dictamen, la Administración ha incorporado al expediente un informe técnico de evaluación, realizado por una Inspectora de Prestaciones Sanitarias, y un dictamen suscrito por un especialista en la materia, a instancias de la compañía aseguradora del

Principado de Asturias, y ambos informes resultan coincidentes a la hora de valorar la adecuación de la actividad sanitaria a lo que hemos definido como *lex artis*. Frente a ello, y a falta de otras pruebas o pericias en sentido contrario, lo apuntado por el interesado no alcanza a destruir el valor probatorio de los informes técnicos aportados por la Administración, según analizaremos a continuación.

En efecto, el reclamante se limita a invocar, con marcada vaguedad, la comisión de una negligencia médica al pautársele a su madre un tratamiento radioterápico, sin aportar soporte argumental ni probatorio alguno, pues ni siquiera descende a razonar la pretendida improcedencia de la decisión facultativa. Frente a ello, el informe elaborado por el servicio de oncología al que se imputa el daño detalla las patologías que condujeron a la aplicación del “tratamiento complementario con radioterapia externa y braquiterapia”, así como la aceptación por la fallecida de los riesgos inherentes a esta técnica quirúrgica, y tanto en el informe técnico de evaluación como en el dictamen librado a instancias de la aseguradora del Principado se aprecia la corrección de la actuación médica, documentándose en este último que, ante el carcinoma de cérvix uterino que la enferma presentaba, “es aconsejable la realización de tratamientos complementarios con radioterapia”, siendo los factores fundamentales que así lo aconsejan “la afectación ganglionar y la infiltración del manguito vaginal” -y la paciente presentaba ambos-, procediendo la aplicación de radioterapia externa “con dosis de unos 45 Gy con sobreimpresión pélvica de 10-15 Gy” -dosimetría de la que no se excedió en este supuesto, a tenor del informe del servicio de oncología incorporado a la historia clínica-. También debemos reparar en que el posterior informe de este último servicio concreta que “se ha actuado siempre conforme a los protocolos vigentes (...), no existiendo sobreirradiación en ninguno de los órganos afectados” y, en idéntico sentido, el librado a instancias de la aseguradora concluye que “la decisión de tratamiento, en esta paciente, se ajusta a las circunstancias clínicas y se recomienda en las guías de tratamiento para el cáncer cervical”.

En este marco, la mera existencia de complicaciones posteriores al

tratamiento de radioterapia, aunque estas no suelen derivar en la muerte del enfermo, no pone de manifiesto ninguna negligencia, pues las materializadas constituyen riesgos típicos de la técnica terapéutica que se practicó, y así constan en el documento de consentimiento prestado, que advierte de las “complicaciones potenciales” relacionadas con la posibilidad de enteritis y de “un mínimo porcentaje de mortalidad”.

En definitiva, el fatal desenlace se anuda a la patología de base de la paciente, sin que se acredite ninguna actuación de los profesionales que le atendieron contraria al buen quehacer médico o disconforme con la *lex artis*.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.