

Expediente Núm. 120/2011
Dictamen Núm. 337/2011

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 17 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 25 de abril 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 13 de abril de 2010, un letrado que actúa en nombre y representación del perjudicado presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de una operación de lipoma.

Según relata, el paciente, “de 62 años de edad, prejubilado”, fue intervenido quirúrgicamente en un hospital de la red pública “para la extirpación de un lipoma intramuscular de su antebrazo derecho (...), siendo

dado de alta hospitalaria el mismo día de la intervención”, comenzando “tratamiento de fisioterapia”. En el curso del posoperatorio -añade- presenta una afectación neurógena de nervio interóseo y, cuando “el día 28 de diciembre de 2007 concluye dicho tratamiento rehabilitador (...), si bien era capaz de realizar una extensión de muñeca derecha, se encontraba imposibilitado para ejecutar la de los dedos de la mano”. El día 13 de mayo de 2008 es intervenido por el Servicio de Cirugía Plástica de otro centro de la red pública autonómica, reanudando después el proceso rehabilitador en el hospital en el que se le practicó la primera intervención. Visto que no experimentaba mejoría clínica en la extensión de los dedos, “se le practica una nueva EMG detectándosele ‘presencia de una neuropatía proximal (...) que se refleja en la ausencia de respuesta motora a nivel del músculo extensor común de los dedos’ (...) quedando como alternativa única (...) las trasposiciones tendinosas paliativas”. Finalmente, “el día 17 de diciembre de 2009 es dado de alta por el Dr. (...), emitiendo un informe en el que manifiesta que “dado el tiempo transcurrido, dos años y medio de la primera lesión y año y medio de la segunda, se considera la lesión como secuela”.

Reclama una indemnización de setenta y cinco mil euros (75.000 €) “como resultado del funcionamiento anormal del Servicio de Salud del Principado”.

Se adjunta copia de una parte de la historia clínica del paciente.

2. Mediante oficio de 27 de abril de 2010, notificado el día 7 del mes siguiente, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios (en adelante Servicio instructor) comunica al representante del perjudicado que “con fecha 13-04-10, ha tenido entrada en la Administración del Principado de Asturias la reclamación”, refiriendo las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará, el plazo para resolver (que computa “desde la fecha de entrada de la reclamación”), y los efectos del silencio administrativo.

Asimismo, le requiere para acreditar la representación que invoca, lo que cumplimenta mediante presentación de copia de escritura de poder general

para pleitos.

3. Con fecha 10 de mayo de 2010, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto solicita a la gerencia hospitalaria copia de la historia clínica de la paciente e informes de los Servicios de Traumatología, Rehabilitación y Cirugía Plástica.

La historia clínica pone de manifiesto que el lipoma intramuscular se diagnostica en marzo de 2005, con expresa indicación de la posibilidad de cirugía, si bien el paciente, por propia voluntad, no se somete a intervención hasta abril de 2007.

Consta una hoja de “consentimiento general para actuación quirúrgica”, firmada por el paciente y el Jefe del Servicio de Traumatología, en la que se lee que “el tratamiento indicado, por no ajustarse a los consentimientos quirúrgicos estandarizados (...), precisa de esta explicación más individualizada que incluye”, entre otros extremos “riesgos y complicaciones” tanto personales como “generales: sean muy o poco frecuentes, como (...) estéticas, funcionales”, consignándose antes de la rúbrica la manifestación del paciente de haber “comprendido las explicaciones que se me han facilitado en un lenguaje claro y sencillo, y (...) el alcance y los riesgos del tratamiento”.

El consentimiento informado para la cirugía plástica recoge “la posibilidad de un resultado pobre (...) que incluiría riesgos como pérdida de función (...), constricción del nervio mediano”.

El informe del Jefe del Servicio de Traumatología del hospital en el que se practicó la exéresis, librado el 25 de mayo de 2010, aclara que “se trata de un paciente con tumor benigno de gran tamaño y de localización profunda, que en el acto quirúrgico, para su extracción, sufre compresión o elongación del nervio interno posterior que le ha dejado secuelas”. Indica que, “con fecha 11 de marzo de 2005, el paciente comenta que (...) no quiere operarse, con fecha 19 de diciembre de 2006 acude de nuevo a consulta, diciendo que quiere operarse del lipoma (...). En el postoperatorio inmediato hace una crisis hipertensiva”.

Los informes de los otros servicios que atendieron al enfermo son meramente descriptivos de la atención prestada.

4. Con fecha 9 de julio 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, sentando que “el lipoma es el tumor benigno de partes blandas más frecuente” y los “lipomas intramusculares (...) tienden a infiltrar en músculo difusamente y pueden crecer alrededor de nervios periféricos pero no en ellos. Cuando estos lipomas se extirpan, hay que tener mucho cuidado para evitar la lesión del nervio”.

Tras relatar el proceso asistencial, manifiesta que los hechos en que se ha de fundar la valoración del caso “están corroborados” por el informe del Servicio de Traumatología, cuyo contenido reproduce.

Subraya que “en el presente caso nos encontramos con un paciente que tras realizar RNM es diagnosticado de lipoma intramuscular a nivel del músculo pronador del antebrazo derecho, y al que se le indica la posibilidad de cirugía en marzo de 2005, no realizándose la misma, por voluntad del paciente, hasta abril de 2007. Previamente a la intervención, el paciente firma el consentimiento”, y después es derivado a otros especialistas que le atienden correctamente, por todo lo cual entiende que se le prestó asistencia sanitaria adecuada.

5. Mediante escritos de 16 de julio 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.

6. Con fecha 30 de noviembre de 2010, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por un especialista en cirugía de la mano y nervios periféricos. En el mismo se afirma que “el paciente presentaba una tumoración en una localización adyacente al nervio interno-posterior. Este

nervio presenta unas características anatómicas que le hacen especialmente susceptible a compresión en esta localización”. Respecto al tratamiento posterior para su descompresión, se indica que “no ha dado consistentemente buenos resultados”, citándose los obtenidos por dos especialistas que logran mejoría en 20/23 ó 28/32 pacientes. Se añade que “está descrita en la literatura médica esta complicación, en esta localización en la extracción de tumores, sin que por ello exista una mala praxis (...). El tratamiento a realizar, cuando se produce, tras un tiempo de observación y rehabilitación (...), es la descompresión del nervio interóseo posterior. Estos dos procedimientos se realizaron como se puede comprobar en la historia clínica./ En la realización de la descompresión del nervio (...) se puede observar en el parte del quirófano (del que se reproduce un inciso) que el nervio estaba íntegro y en continuidad (...). Es decir, no hubo lesión directa (corte) del nervio (...). La única causa posible de esta lesión nerviosa es por atrapamiento cicatricial, hematoma o por compresión por edema o susceptibilidad nerviosa en algunos de los puntos típicos de compresión del nervio radial. Esta parálisis es por tanto inevitable y no es consecuencia de una mala praxis”.

7. Evacuado el trámite de audiencia, mediante oficio comunicado el 22 de octubre de 2010, no consta presentación de alegaciones.

8. Con fecha 9 de febrero de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, afirmando escuetamente que “al perjudicado le fue prestada asistencia sanitaria adecuada a su patología, se realizó un seguimiento minucioso”; sin descender a ulteriores apreciaciones.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 25 de abril de 2011, registrado de entrada el día 29 del mismo mes, 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, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley citada.

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 13 de abril de 2010, habiendo quedado fijada la secuela (consistente en la falta de movilidad de los dedos) el día 17 de diciembre 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.

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 cirugía de extirpación de un tumor en su antebrazo derecho, a cuyas resultas “si bien era capaz de realizar una extensión de muñeca derecha, se encontraba imposibilitado para ejecutar la de los dedos de la mano”, sin que las intervenciones posteriores corrigieran esta deficiencia.

Acreditada la realidad del daño, tal como se constata en el parte médico de alta con la referida secuela, la controversia se reduce a su origen más inmediato y a la corrección de la praxis médica.

En torno al primer extremo, el informe del Servicio de Traumatología que intervino al paciente describe “un tumor benigno de gran tamaño y de localización profunda”, reconociendo que “en el acto quirúrgico, para su extracción, sufre compresión o elongación del nervio interno posterior que le ha dejado secuelas”. El informe técnico de evaluación parece asumir también ese engarce fáctico entre la extirpación del lipoma y el déficit motor, al concluir que los hechos en que se fundamenta “están corroborados” por el anterior informe del Servicio. Con mayor precisión, el dictamen suscrito por un especialista en la materia, a instancias de la compañía aseguradora del Principado de Asturias, se detiene en el parte del quirófano -que reproduce al efecto- concretando que “no hubo lesión directa (corte) del nervio” y que “la única causa posible de esta lesión nerviosa es por atrapamiento cicatricial, hematoma o por compresión por edema o susceptibilidad nerviosa en algunos de los puntos típicos de compresión del nervio radial”. En suma, este último informe, más riguroso y pormenorizado que los anteriores, desciende al desglose de las posibles fuentes del daño, sin que todas ellas guarden necesaria relación con la exéresis quirúrgica (“hematoma”, “compresión por edema” o “susceptibilidad nerviosa”), o no la guarden en el mismo grado. Ello no obstante, en el seno de una intervención de estas características y a la vista de sus implicaciones manifiestas (“cuando estos lipomas se extirpan, hay que tener mucho cuidado

para evitar la lesión del nervio”, según se recoge en el informe técnico de evaluación, tratándose de una complicación que “está descrita en la literatura médica” a tenor del dictamen del especialista), hemos de estimar -ausente toda prueba de contrario, siquiera indiciaria- la existencia de un engarce fáctico entre la operación extractiva y la lesión cuyo resarcimiento se impetra.

Esto admitido, se observa que el daño -en toda su extensión- deviene de aquella intervención quirúrgica, sin que proceda ahora detenernos en el proceso asistencial posterior, que fracasó en su propósito rehabilitador. Expresado en otros términos, una vez causada la lesión debemos ceñirnos a este dato objetivo y a si resulta jurídicamente imputable a la praxis médica, en tanto no se desestime, pues ínterin, siendo la misma Administración sanitaria la que procura su reparación, resultaría ocioso detenernos en la corrección de las sucesivas actuaciones o en la eventual pérdida de una oportunidad terapéutica, cuando el daño resarcible se nos muestra ya generado por el mismo agente que fracasa en su remedio.

Centrándonos, en definitiva, en la actuación de los profesionales que asistieron al paciente, hemos de advertir que, 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. En efecto, el reclamante se limita relatar todo su proceso asistencial y a concluir, con marcada vaguedad, que la lesión es “resultado del funcionamiento anormal del Servicio de Salud del Principado”, sin aportar soporte argumental ni probatorio alguno, pues ni siquiera señala la actuación o actuaciones que reputa contrarias al buen quehacer médico. Por contra, todos los informes técnicos obrantes en el expediente descartan que el daño sea consecuencia de una mala praxis, atribuyéndolo a la patología de base del paciente que “presentaba una tumoración en una localización adyacente al nervio interno-posterior”, el cual resulta “especialmente susceptible a compresión en esta localización” (según

reza el informe librado a instancias de la aseguradora), precisando este informe, tras analizar el parte del quirófano de la segunda intervención, que en esta quedó demostrado que no se produjo el corte del nervio en la primera cirugía, y que las únicas causas posibles serían “atropamiento cicatricial, hematoma, comprensión por edema o susceptibilidad nerviosa”.

Desechada la relación de causalidad entre la lesión y la cirugía de extirpación, debemos pronunciarnos sobre la corrección de los tratamientos subsiguientes, observándose que el servicio sanitario puso a disposición del paciente todos los medios disponibles, tanto rehabilitadores como quirúrgicos, aunque la medicina no es una ciencia exacta ni sus profesionales infalibles -tal como parece pretender el reclamante-.

En efecto, los informes de los servicios afectados, descriptivos del proceso asistencial, no advierten actuación a la que pueda imputarse una mala praxis, y los informes técnicos incorporados al expediente sostienen la conformidad de la asistencia prestada con la *lex artis*, amén de que las intervenciones se practicaron previa firma de un consentimiento informado. El dictamen emitido a instancias de la aseguradora objetiva unos porcentajes de fracaso en la complicada cirugía de descompresión del nervio, y a esta incidencia hemos de atribuir, a falta de otra pericia en contrario, la no recuperación de la movilidad perdida.

No desconocemos que a raíz de la segunda intervención quirúrgica, con la que se perseguía la descompresión del nervio interóseo, las pruebas practicadas revelan la “no mejoría” en la extensión de los dedos y ciertas dolencias que pudieran representar un deterioro, recogiendo en el consentimiento informado “la posibilidad de un resultado pobre (...) que incluiría riesgos como pérdida de función”, y aludiéndose en el parte de alta a una “primera lesión” asociada a la extracción del lipoma, y otra “segunda” que se vincula a la cirugía plástica. Sin embargo, los informes médicos librados a la vista de todo el proceso asistencial anudan el daño a la exéresis del tumor, en toda su evolución, y la “no mejoría” en lesión ya sufrida a la cirugía posterior, y así lo hemos considerado en el presente dictamen, sin perjuicio de puntualizar

que, en el caso de apreciarse la producción de un daño adicional en la operación de cirugía plástica, nuestra conclusión sería la misma, toda vez que no se acredita ninguna actuación de los profesionales 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.