

Expediente Núm. 57/2015
Dictamen Núm. 87/2015

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 7 de mayo de 2015, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 10 de marzo de 2015 -registrada de entrada el día 18 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 23 de mayo de 2014, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria recibida.

Expone que padece “un proceso infeccioso (...) del que viene siendo tratado tanto por el Servicio de Enfermedades Infecciosas como por el Servicio

de Hematología Clínica del Hospital". Precisa que "en el mes de abril de 2013 le aparece una adenomegalia latero-cervical derecha sin fiebre ni focalidad infecciosa", y que "para la determinación de su origen se le pauta (...) una biopsia (...) que es realizada por el Servicio de Otorrinolaringología del Hospital el 4 de junio de 2013".

Indica que, "realizada la citada prueba diagnóstica (...), y aunque en el informe de alta emitido por el mencionado Servicio se señala que el posoperatorio transcurre sin incidencias, lo cierto es que desde ese momento empezó a sentir incomodidad extrema de la parte superior derecha del tórax, cuello, hombro y espalda, dolor, así como pérdida severa de movilidad en hombro y brazo".

Aclara que "puestos de manifiesto (...) los padecimientos referidos, el Servicio de Traumatología solicitó que realizaran distintas pruebas diagnósticas, y entre ellas un estudio neurofisiológico el 9 de octubre de 2013 en el que se describen `hallazgos compatibles con cuadro clínico de severa axonotmesis del nervio espinal derecho´. Señala el citado informe que se trata de una `lesión nerviosa iatrogénica, secundaria a biopsia de la adenopatía cervical derecha realizada el pasado mes de junio´, concluyendo con el juicio diagnóstico de `lesión del nervio espinal derecho´. Es decir, de un lado, la inadecuada realización de la biopsia le produjo como resultado una grave lesión del nervio espinal derecho, que no resulta necesario ni deseable que se produzca en el curso de la citada biopsia (...), y, por ello mismo, nunca se tendría que haber producido (...). De otro, el diagnóstico definitivo de la lesión y, por tanto, su tratamiento se produjo cuatro meses después del hecho médico que le produjo el efecto indeseado".

Afirma que "es peluquero profesional, con lo que para el desarrollo de su función necesita completa movilidad de ambos brazos y hombros. Sin embargo, la lesión del nervio espinal le produjo una severa pérdida de movilidad en el brazo derecho que le impide el desarrollo de su actividad habitual, que requiere necesariamente bimanualidad, así como muchas otras actividades cotidianas de la vida diaria. A mayor abundamiento, señala que el Instituto Nacional de la

Seguridad Social, con fecha 13 de febrero de 2014, le ha notificado el inicio de un expediente administrativo de incapacidad permanente”.

Valora los daños y perjuicios sufridos, conforme a baremo, en una cantidad total de ciento seis mil quinientos cuarenta y seis euros con tres céntimos (106.546,03 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 15 puntos de secuelas, por “lesión del nervio espinal”, 15.041,85 €; un 10% de factor de corrección, 1.504,18 €, e “incapacidad permanente total”, 90.000,00 €.

2. Mediante oficio de 3 de junio de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario comunica al perjudicado la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. El día 20 de junio de 2014, la Gerente del Área Sanitaria V traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica del reclamante y los informes emitidos por el Servicio de Otorrinolaringología y por la Unidad de Enfermedades Infecciosas del Hospital el 17 de ese mismo mes. Consta en este último informe que el paciente había sido sometido el 4 de junio de 2013 a una “PAAF en el bloque laterocervical dcho. que fue informado como benigno”, y que tras ello, según obra en su historia clínica, acudió a “la consulta de Hematología para valoración y tratamiento de su proceso los días 18-06-2013, 20-06-2013 y 10-07-2013, donde refería estar clínicamente asintomático; únicamente se objetivaba en la exploración física adenopatía laterocervical dcha. dura adherida a planos profundos de 2 cm de diámetro. El 23-07-2013 (mes y medio después de la intervención) refiere por primera vez dolor en hombro dcho. con dificultad para elevar el brazo./ Fue valorado por el Servicio de Traumatología, se le realizó un electromiograma informado como: severa axonotmesis del nervio espinal dcho. y fue tratado por el Servicio de Rehabilitación con fisioterapia y dado de alta posteriormente”.

Concluye que “no se puede establecer una clara relación entre la cirugía cervical y la lesión del nervio espinal dcho., pues el paciente no refiere síntomas hasta pasado mes y medio posterior a la intervención./ Se trata de un paciente inmunodeprimido (VIH positivo), diagnosticado además de un linfoma con manifestación cervical” que “siguió su propia evolución hasta que se le aplicó el tratamiento específico con quimioterapia y posteriormente con radioterapia./ Como figura en el informe de Tac de cuello, las adenopatías de mayor tamaño y más agresividad se encontraban en la región VA cervical dcha., que es la región donde se localiza el nervio espinal./ Además de la cirugía, la lesión del nervio espinal puede deberse a un linfoma como el que presenta el paciente, que tiene capacidad de comprimir y/o infiltrar raíces y nervios./ El estudio electromiográfico indica axonotmesis severa, existiendo actividad voluntaria, aunque pequeña, de músculo trapecio y respuesta motora evocada de baja amplitud, pero presente, lo que indica continuidad en el nervio espinal y (que) este no está seccionado./ Finalmente si la lesión nerviosa hubiera ocurrido durante el acto quirúrgico la manifestación neurológica hubiera sido prácticamente inmediata”.

4. El día 14 de octubre de 2014, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él concluye que “no existe nexo causal claro y exclusivo entre la realización de la cervicotomía y la lesión del nervio espinal. La tardanza de mes y medio en la aparición de los síntomas orienta más a la posibilidad de haberse producido por el linfoma que padecía y no al acto quirúrgico, ya que en este caso la sintomatología habría aparecido inmediatamente tras la intervención”.

5. Mediante escrito de 17 de octubre de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario remite una copia del informe técnico de evaluación al Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

6. Con fecha 20 de noviembre de 2014, y a instancia de la entidad aseguradora, emite informe un especialista en Otorrinolaringología y Patología Cervicofacial. En él, tras diversas consideraciones médicas, concluye que “el paciente presentaba una masa cervical en el contexto de una infección por VIH. Ante la fuerte sospecha de linfoma en paciente inmunodeprimido la indicación de biopsia de la masa cervical es correcta (...). La biopsia se realiza en quirófano bajo anestesia general, remitiéndose muestras a Anatomía Patológica, que confirman el diagnóstico de linfoma no Hodgkin. El paciente inicia tratamiento con quimioterápicos (...) que incluyen Vincristina. La Vincristina es un fármaco antitumoral con efectos secundarios neurotóxicos conocidos (...). La primera manifestación de molestias en la cintura escapular aparece mes y medio después de la biopsia de la masa ganglionar. Las lesiones de nervios periféricos intraoperatorias se manifiestan casi de inmediato tras despertar el paciente de la anestesia (...). La electromiografía realizada muestra una axonotmesis del nervio espinal. La axonotmesis es una lesión del nervio sin interrupción de su continuidad estructural, es decir, la electromiografía descarta que el nervio se encuentre seccionado. Las lesiones neurales quirúrgicas son prácticamente siempre secciones accidentales (...). El paciente, debido a su infección por VIH, se encuentra en tratamiento con fármacos antirretrovirales, entre ellos emtricitabina-tenofovir, uno de cuyos efectos secundarios es la neuropatía periférica (...). Los linfomas del área supraclavicular pueden producir lesiones del nervio espinal, tanto por infiltración como por estiramiento del nervio. Esta afectación está descrita en la literatura científica (...). La neuropatía periférica es una manifestación también de la infección por el VIH. No es descartable que la afectación del nervio espinal fuese producida por la propia evolución de su enfermedad infecciosa (...). El paciente recibe el tratamiento rehabilitador adecuado para su lesión neural desde el primer momento (en) que se hace el diagnóstico”.

7. También a instancias de la entidad aseguradora, el 25 de noviembre de 2014 emite informe un gabinete jurídico privado en el que se concluye que no

procede otorgar indemnización al reclamante, "al no haber actuación contraria a la *lex artis*", y que tampoco "existe (...) relación de causalidad entre el daño y la actuación médica" del servicio público de salud.

8. Mediante escrito notificado al interesado el 23 de diciembre de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

El día 7 de enero de 2015 se persona este en las dependencias administrativas y se le entrega una copia del expediente, integrado en ese momento por doscientos ochenta y ocho (288) folios, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto.

El 24 de febrero de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario comunica a la compañía aseguradora que "ha transcurrido el plazo establecido para presentar alegaciones sin haberse recibido".

9. Con fecha 27 de febrero de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al considerar que "no puede achacarse a la biopsia ganglionar la posterior neuropatía del nervio espinal, ya que tanto la demora de mes y medio en su aparición, así como la integridad del nervio que mostró la electromiografía, están en contra de lo alegado por el reclamante. Por otra parte, en el interesado concurrían otras circunstancias que explicarían la neuropatía, tales como la infección por VIH y el linfoma".

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de marzo de 2015, 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 Sanidad, 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 prescripción, 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 supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 23 de mayo de 2014, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae causa -la realización de una biopsia- el día 4 de junio de 2013, por lo que es claro que fue formulada 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 su desarrollo, 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.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 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 43.3, 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.- En el presente supuesto el reclamante -al que un electromiograma realizado el día 9 de octubre de 2013 puso de manifiesto que se encontraba afectado por una severa axonotmesis del nervio espinal derecho- pretende ser

indemnizado por lo que considera un anormal funcionamiento de la Administración sanitaria cuando el día 4 de junio de ese mismo año se le practicó una biopsia cervical derecha pautada para el tratamiento de su enfermedad de base. Considera que esta lesión del nervio espinal es consecuencia de una “inadecuada realización de la biopsia”.

Constatada la lesión del nervio espinal alegada por el interesado, hemos de dar por acreditados unos daños cuya evaluación económica, a efectos de una eventual indemnización, analizaremos si concurren el resto de los requisitos legalmente exigibles para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias.

Ahora bien, la mera constatación de un daño 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 el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Al respecto, y 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 los daños alegados por el reclamante son 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 hemos de señalar 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 esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

A los expresados efectos, en el presente supuesto nos encontramos con que el perjudicado no ha concretado en ningún momento a lo largo de la instrucción del procedimiento en qué aspecto pudiera entenderse materializada la supuesta mala praxis médica denunciada, limitando toda su aportación al respecto a la afirmación axiomática de que “una inadecuada realización de la biopsia le produjo como resultado una grave lesión del nervio”. Desprovista esta aseveración de respaldo alguno en forma de informe pericial que le dé un mínimo soporte en orden al establecimiento del imprescindible nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario, la misma queda reducida a una mera opinión personal, por lo que debemos concluir que en el presente caso no se ha acreditado la relación de causalidad cuya existencia resulta inexcusable para un eventual reconocimiento de responsabilidad de la Administración; motivo suficiente para desestimar la reclamación presentada.

A mayor abundamiento, tanto el informe técnico de evaluación como el emitido por un especialista en Otorrinolaringología y Patología Cervicofacial, únicos documentos periciales de los que dispone este Consejo en orden a formar su criterio, y que conocidos por el reclamante en su comparecencia en el trámite de audiencia no han sido objeto de cuestionamiento alguno por su parte, resultan coincidentes tanto en calificar la actuación de los profesionales

intervinientes en todo momento como acorde a la *lex artis ad hoc*, como en atribuir con un alto índice de probabilidad el origen de la lesión neurológica a la que se contrae el daño reclamado al proceso infeccioso-linfático previo, así como a los fármacos dispensados para su tratamiento, que, como dolencia de base, aqueja al perjudicado. En estas mismas condiciones de alta probabilidad, los citados informes periciales resultan coincidentes en descartar un posible origen quirúrgico de la lesión de un nervio que incluso en la actualidad no aparece seccionado.

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.