

Expediente Núm. 24/2017
Dictamen Núm. 51/2017

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José 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 1 de marzo de 2017, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 12 de enero de 2017 -registrada de entrada el día 17 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 del fallecimiento de un familiar que atribuyen a la asistencia prestada durante una retención intestinal a una paciente de cáncer.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 28 de noviembre de 2015, un abogado, en nombre y representación del viudo y los dos hijos de una paciente, presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños

sufridos como consecuencia del fallecimiento de esta, que atribuyen a la mala asistencia médica dispensada por parte del servicio público sanitario.

Señalan que su familiar “ingresó en el Hospital el día 8 de mayo de 2015 por sufrir una congestión intestinal. Doce horas antes había sufrido vómitos. No presentaba síntomas de fiebre, aunque sí dolor abdominal localizado en ambos vacíos y epigastrio. Se practicaron diversas pruebas, incluida una colonografía y biopsias”.

Manifiestan que “fue enviada a su casa y hubo de ingresar de nuevo el 26 de mayo para ser operada el día 28 del mismo mes (...). Posteriormente se le dio el alta con la recomendación de evitar esfuerzos. A las 24 horas de ser dada de alta del Servicio de Cirugía (el 11 de junio de 2015) la paciente acudió a Urgencias por vómitos, dolor abdominal y fiebre”.

Indican que “con fecha 9 de julio (...) tuvo que ser ingresada de urgencia en el Hospital/ En ningún momento se advirtió que la enferma se encontraba deshidratada y afectada por infección, ya que no hacía de cuerpo./ Los informes médicos hablan de dos periodos de evolución: el primero que llegaría hasta el 9 de agosto, en que `no se apreciaron disfunciones orgánicas significativas´. La segunda fase comenzaría a partir de ese día y llegaría hasta su fallecimiento el 21 de agosto”.

Reseñan que “se puede afirmar que no resulta un final razonable para una paciente que ingresa con retención intestinal que se la dé el alta y fallezca pocos meses después. Es evidente que se ha producido un fallo grave en la atención a la misma”.

Solicitan una indemnización global de ciento veintiocho mil euros (128.000 €), de los cuales 110.000 € corresponderían al cónyuge viudo y los 18.000 € restantes, a razón de 9.000 €, a cada uno de los dos hijos.

Se adjunta un poder notarial de representación otorgado por los reclamantes a favor del letrado que actúa en su nombre, así como una copia del Libro de Familia.

2. El día 14 de enero de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Con fechas 23 de diciembre de 2015 y 8 de febrero y 23 de marzo de 2016, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a la Gerencia del Área Sanitaria V una copia de la historia clínica del proceso de referencia, así como un informe del servicio interviniente, en este caso el de Cirugía General del Hospital

El día 1 de abril de 2016, el Gerente del Área Sanitaria V envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica del proceso de referencia y un informe del Jefe del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo. En él se indica que la "paciente debutó con una neoplasia de recto obstructiva que precisó colocación de endoprótesis y posteriormente se intervino de resección anterior de recto por vía laparoscópica. Estadio tumoral T4N0M0./ En el posoperatorio presentó complicaciones en forma de dolor y absceso pélvico que inicialmente se intentó drenar a través de ano y posteriormente precisó intervención quirúrgica de urgencia./ En el posoperatorio de la segunda intervención la paciente presentó estado crítico que precisó ingreso en UCI (se adjunta informe de UCI), presentando entonces múltiples complicaciones sépticas y respiratorias./ La paciente fue exitus el 21-08-2015 a las 21:00" horas.

4. Mediante oficio de 13 de abril de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios traslada una copia de todo lo actuado a una correduría de seguros solicitando un informe pericial de la compañía aseguradora.

5. Con fecha 21 de junio de 2106, la Jefa del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio de Inspección Servicios y Centros Sanitarios una copia del expediente, al haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

El 29 de junio de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios atiende este requerimiento.

6. El día 14 de agosto de 2016, emiten informe, a instancia de la compañía aseguradora, cuatro especialistas, uno de ellos en Cirugía General y tres en Cirugía General y Digestivo. En él concluyen que "la paciente ingresó en el (Hospital) el 08-05-15 por un cuadro de obstrucción intestinal. Tras las oportunas exploraciones clínicas, analíticas y de imagen queda ingresada en planta de Cirugía. De la biopsia por colonoscopia se comprueba que se trataba de un adenocarcinoma estenosante de sigma, motivo por el cual se procedió a la colocación de una endoprótesis con el fin de desobstruir el intestino y poder realizar cirugía en un solo tiempo. Esta actitud es absolutamente correcta y acorde con las recomendaciones de la Asociación Española de Cirujanos) (...). Los preoperatorios eran correctos y no descartaban la cirugía. Fue clasificada ASA IV en la escala de riesgo quirúrgico debido a su EPOC severa (...). Antes de la cirugía firmó los documentos de (consentimiento informado) para anestesia y 2 para cirugía segmentaria del colon, uno para cirugía abierta y otro para resección laparoscópica. En los mismos se describen algunas de las posibles complicaciones del procedimiento, entre ellas se incluyen los abscesos, las dehiscencias de anastomosis y la posibilidad de exitus (...). La cirugía se lleva a cabo en tiempo y forma correctos con abordaje laparoscópico, tal como se realiza en la actualidad en todos los centros que realizan cirugía colorrectal. Se hizo RAB con anastomosis mecánica. No se describen complicaciones durante la realización del procedimiento (...). La anatomía patológica confirma que se trata de un tumor avanzado de sigma en su grado máximo de la clasificación TNM:

T4N0M0 (...). La evolución se califica como favorable, siendo dada de alta afebril, con tolerancia oral y con tránsito de heces y gases (...). Ingresa horas después del alta con fiebre de 37,8º, dolor y distensión del abdomen. Queda ingresada para tratamiento conservador de un absceso presacro adyacente a la anastomosis. Este tratamiento en base además de la patología de base que presentaba es correcto (...). Tras el fracaso del tratamiento conservador se decide tratamiento quirúrgico, realizándole una técnica de Hartmann (...). Tras la cirugía ingresa en la UCI con un cuadro de shock séptico que es tratado de acuerdo con el estado de la ciencia; sin embargo, la evolución es hacia un FMO refractario al tratamiento que determina el exitus un mes y medio más tarde aproximadamente (...). De acuerdo con las últimas publicaciones de la (Agencia Española de Cirujanos) la dehiscencia de anastomosis en hemicolectomía está entre el 0,8 y el 4%. Llegando hasta el 29% en anastomosis bajas (...). Se pusieron a disposición de la paciente todos los recursos hospitalarios disponibles para el tratamiento de su enfermedad y de las complicaciones posteriores (...). De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir (...) que todos los profesionales que trataron a la paciente lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la *lex artis*".

7. Mediante escrito notificado a los reclamantes el día 7 de octubre de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios les comunica la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de quince días, adjuntándoles una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Figura incorporado a este un escrito de 8 de noviembre de 2016, en el que el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas pone en conocimiento de la correduría de seguros que, "notificado (el) trámite de audiencia, ha transcurrido el plazo establecido para presentar alegaciones sin haberse recibido".

8. Con fecha 13 de diciembre de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al considerar que “se pusieron a disposición de la paciente todos los recursos hospitalarios disponibles para el tratamiento de su enfermedad y de las complicaciones posteriores, descritas en el consentimiento como riesgos típicos, y todos los profesionales que trataron a la paciente lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la *lex artis*”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de enero de 2017, 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, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

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.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones

Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante reclamación presentada en una oficina de correos el día 26 de noviembre de 2015, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y al 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.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJPAC, están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica, en tanto que marido e hijos de la fallecida, 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 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 pretensión indemnizatoria se basa en los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de la esposa y madre, respectivamente, de los interesados; hecho acaecido el 21 de agosto de 2015. Presentada la reclamación el día 26 de noviembre de ese mismo año, resulta evidente 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 Responsabilidad Patrimonial.

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.

Ahora bien, 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.

Sin embargo, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

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.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se solicita una indemnización como consecuencia del fallecimiento de la esposa y madre, respectivamente, de los reclamantes. Acreditado en el expediente el fallecimiento de esta, resulta evidente que dicha pérdida ha originado en los interesados un daño real y efectivo de naturaleza moral.

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.

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 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 los reclamantes a lo largo de la instrucción del procedimiento no han concretado, ni mucho menos argumentado, la existencia de ninguna mala praxis en la asistencia recibida por su familiar en el periodo comprendido entre el 8 de mayo de 2015 -fecha en la que sitúan el inicio del episodio cuestionado- y el 21 de agosto de 2015 -en que tiene lugar su fallecimiento-. A este respecto, su única aportación se limita a la afirmación de “que no resulta un final razonable para una paciente que ingresa con retención intestinal que se la dé el alta y fallezca pocos meses después”; aseveración que les lleva al convencimiento de que “se ha producido un fallo grave en la atención” prestada a su familiar por parte del servicio público sanitario en ese periodo.

Este inicial planteamiento de la reclamación, que dada su falta de concreción no deja de ser una conjetura interesada de los reclamantes, se ha mantenido inalterable a lo largo de la instrucción del procedimiento, en el curso del cual aquellos ni tan siquiera han comparecido en el trámite de audiencia y vista del expediente previo a la elaboración de la propuesta de resolución. Ello

imposibilita cualquier intento de anudar causalmente el fallecimiento de su familiar con el funcionamiento del servicio público sanitario, lo que constituye motivo suficiente para desestimar la reclamación presentada.

A mayor abundamiento, el informe emitido por los especialistas en Cirugía General y Digestivo a instancias de la compañía aseguradora, único documento pericial puesto a disposición de este Consejo Consultivo sobre el que formar su juicio en cuanto al respeto de la *lex artis*, resulta contundente al considerar como acorde con la misma la asistencia prestada a la paciente a lo largo de todo el episodio.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, 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.