

Expediente Núm. 39/2017
Dictamen Núm. 134/2017

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 11 de mayo de 2017, 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 18 de enero de 2017 -registrada de entrada el día 30 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que atribuye al error en la interpretación de una electromiografía.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 7 de enero de 2016, un letrado, en nombre y representación del interesado, presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que atribuye al “error (...) diagnóstico” de una electromiografía que fue informada el 7 de enero de 2015.

Tras exponer que el informe de esa prueba se contradice con anteriores electromiografías que detalla, afirma que “es patente (...) que ha habido (...) una negligencia, al existir un error claro en el diagnóstico. No se ha observado la *lex artis* médica, creando meramente por ello un perjuicio que debe ser indemnizado./ Se ha sometido a un paciente con serios problemas médicos (...) a una prueba que, si bien ya es molesta e incluso dolorosa en la normalidad de los pacientes, lo es mucho más en pacientes como el ahora reclamante, con daños medulares”. Además, “las electromiografías representan para el (...) reclamante no solamente un dolor físico palpable, sino una angustia mental (...). No se discute la necesidad de la prueba, sino el error claro en la valoración y en el diagnóstico”. Por ello, sostiene que “queda (...) acreditado el daño o perjuicio” y que también “parece patente el nexo causal”.

Señala que “la electromiografía no se realizó de la forma adecuada. No fue realizada por la facultativa que posteriormente sí que firma el informe, sino por el personal de enfermería (que además realizó la prueba con el paciente en una postura no adecuada), por tanto, sin la cualificación requerida”. También manifiesta que la facultativa “no estaba colegiada en el Colegio de Médicos como especialista en Neurofisiología Clínica (...), sino solamente como especialista en Medicina Familiar y Común”; hecho que -indica- fue “denunciado al Colegio de Médicos de Asturias”. A ello añade “la inactividad negligente” del Servicio de Salud del Principado de Asturias “a la hora de cubrir las plazas de facultativos, pues en ningún caso se comprobó el extremo de su colegiación (...). Por último, mencionamos las extrañas cosas que sucedieron. Por un lado, grandes reticencias a emitir copia del informe en cuestión (...), llegando incluso a ser necesaria la presencia e intervención de agentes de la Policía Nacional tras los malos modos y la negativa a dar copia del informe. Por otro (...), el hecho de que la máquina de electromiografía sufriera problemas que el hospital ha definido como técnicos y sin relevancia en el diagnóstico pero que provocaron que los planos de la prueba salieran alterados en el día y la hora (...). Todo ello sin permitir comprobar tal “fallo técnico” en los informes

mensuales que deben realizar los operarios de mantenimiento (...). Todos los acontecimientos narrados demuestran el resultado lesivo y su nexos causal". Tampoco "hay razones jurídicas derivadas de la ley que obliguen al reclamante a sufrir los daños producidos", precisando que "hay ausencia de fuerza mayor".

Sobre los daños causados, afirma que "son de índole personal, y hay daño físico y moral. Como bien se ha dicho, esta prueba ha ocasionado un dolor físico intenso, no solo por la postura errónea que se le exigió, sino por la prueba en sí misma, que, no solo fue hecha sin el control médico requerido", sino que "terminó con un diagnóstico erróneo, de tal forma que el sometimiento ha sido del todo en vano. Por otro lado, están los daños morales (...). Por un lado, el diagnóstico erróneo priva al paciente de la información necesaria para poder tomar sus decisiones de forma adecuada. Esto es un daño moral (...). Por otro, la angustia mental por el sometimiento a la misma prueba como al conocer el informe, que a pesar de su aumento de dolores y de empeoramiento (...) daba un resultado erróneo que no se ajusta a su situación y que incluso podía modificar su situación personal de invalidez, pues ya se incorporó a su expediente médico (...) y es objeto de valoración en otros informes, creando con ello más angustia mental y padecimientos psicológicos intensos, y con ello daños morales./ Sufre además de depresión por adaptación a su situación desde el accidente de 2003, y es claro que con estos fallos y errores no se le ayuda en su adaptación (...), agravando su estado. También agorafobia, por lo que salir de su casa es un esfuerzo para él, y salir para tener como resultado el obtenido no es más que hacer sufrir innecesariamente a una persona enferma (...). También por tener que acudir sus representantes con agentes de la Policía Nacional para poder acceder al informe de la prueba./ Existe además la probabilidad de que la actuación médica podría haber evitado el daño, por lo que se da la llamada doctrina de la 'pérdida de oportunidad' (...). Los daños producidos han resultado en una desconfianza hacia el servicio de salud, especialmente hacia el equipo de Neurofisiología Clínica del hospital" donde se llevó a cabo la prueba.

Por lo que se refiere a la cuantificación, señala, como daños físicos, la "electromiografía", que "tiene un valor estimado medio en la sanidad privada de 175,00 € (...) y otros 100,00 € de consulta", valorando los restantes "daños físicos" en 3.500,00 € y los "daños morales" en 12.000,00 €, por lo que el importe total de la indemnización que solicita asciende a quince mil setecientos setenta y cinco euros (15.775,00 €).

Solicita, asimismo, que "se incoe expediente disciplinario" a la facultativa que firma el informe de la electromiografía "por no cumplir con sus funciones como personal sanitario al servicio de un centro público, ni sus labores como personal funcionario o estatutario, de acuerdo con la legislación vigente".

Propone prueba documental, consistente en la documentación que adjunta y que se aporten al expediente el "escrito interno donde la médica (...) reconoce el fallo técnico a la dirección del hospital, pero que no afecta al diagnóstico", y los "informes mensuales que han de emitirse por el mantenimiento de la máquina de electromiografías".

Finalmente, señala como "medio de notificación" el "correo postal certificado" en la dirección de un despacho profesional.

Acompaña, entre otros documentos, los siguientes: a) "Escrito de representación". b) Informe de la electromiografía suscrito el 7 de enero de 2015. c) Informe del Servicio de Traumatología del Hospital "X", de 19 de abril de 2007. d) Informe del Servicio de Neurocirugía Funcional de 2 de mayo de 2007. e) Informe de una clínica neurofisiológica privada, sin fecha. f) Solicitudes de resonancia de columna completa y de caderas con sedación "por dolor para extensión de caderas". g) Informe de la Unidad de Dolor Crónico de 14 de febrero de 2014. h) Informe del Servicio de Traumatología de 9 de diciembre de 2015. i) Denuncia de la facultativa que firma el informe de la electromiografía ante el Colegio Oficial de Médicos de Asturias. j) Escrito dirigido por el perjudicado al Servicio de Salud del Principado de Asturias solicitando una copia de los informes mensuales del Servicio desde el año en

que fue adquirido el equipo de electromiografía hasta la fecha de hoy, tras haberse detectado un problema técnico en el mismo.

2. Mediante oficio de 15 de enero de 2016, el Gerente del Área Sanitaria VIII remite a la Consejería de Sanidad el parte de reclamación enviado a la correduría de seguros de la Administración sanitaria.

3. El día 26 de febrero de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios notifica al interesado la fecha de recepción de su reclamación y le requiere para que en el plazo de diez días acredite "su capacidad de representación en el procedimiento por cualquier medio válido en derecho -ante notario o mediante declaración en comparecencia personal ante el funcionario (*apud acta*)- que deje constancia fidedigna de ello (...), con la advertencia de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistido en su reclamación".

4. Con fecha 4 de marzo de 2016, el representante del interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito al que acompaña un poder general para pleitos otorgado por el reclamante a su favor el 2 de marzo de 2016.

5. Mediante oficio de 17 de marzo de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios notifica al perjudicado la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio -15 de enero de 2016-, las normas del procedimiento aplicable y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

6. El día 22 de marzo de 2016, el Gerente del Área Sanitaria VIII traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el "informe en relación al contenido de la reclamación presentada". En dicho informe, suscrito por la Facultativa Especialista de Área del Servicio de Neurofisiología Clínica del

Hospital “Y” con fecha 21 de marzo de 2016, se indica que “el día en que se realizó la exploración neurofisiológica (del interesado) no estaba actualizada la fecha y hora del equipo (...), y por defecto mostraba una fecha errónea (...). Salvo este detalle, tanto el sistema de estimulación como de recogida e integración de datos funcionaba perfectamente, así como el uso que la técnico, con más de 30 años de experiencia, hizo de él./ El estudio realizado consistió en neurografía de respuesta motora en los nervios de miembros inferiores y potenciales evocados somestésicos para valorar la integridad de la conducción medular. Así mismo, se rastrearon diversos músculos con el fin de detectar la existencia de potenciales espontáneos de denervación./ En base a los datos obtenidos, e independientemente del error en fecha y hora, creo absolutamente correcto el diagnóstico realizado, añadiendo que en ningún caso contradice a los emitidos por mis colegas en estudios precedentes. Donde ellos hablan de ‘daño crónico con reinervación’, yo apunto ‘(...) no se objetiva daño denervativo en el momento actual’, y por ser conceptos diferentes no pueden ser considerados excluyentes”.

7. Mediante escrito de 1 de abril de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios remite una copia del expediente a la correduría de seguros a fin de que se recabe el informe pericial de la compañía aseguradora.

8. Con fecha 19 de agosto de 2016, el representante del interesado presenta un escrito de alegaciones en el que señala que, según uno de los documentos que adjunta, la Gerencia del Área Sanitaria reconoce que quien realiza la prueba es una enfermera, lo que se corrobora en el propio informe de 21 de marzo de 2016 de la facultativa que firma los resultados de la electromiografía cuando alude a que fue realizado por una técnica “de más de 30 años de experiencia”.

Sobre las conclusiones de dicho informe, indica que si “su diagnóstico (...) no objetiva el daño denervativo no es objeción para que no se observe el daño con reinervación”, y que, “ahondando en lo dicho, la misma facultativa apunta que los resultados se encuentran `en el rango de la normalidad´, excluyendo el daño con reinervación. Parece entonces sí haber contradicción con el diagnóstico de sus colegas”. También afirma que “en el informe de 7 de enero de 2015 se hace alusión a la exploración de extremidades superiores e inferiores, siendo esto incorrecto, según el testimonio del reclamante y de su propia madre, presente en la realización de la prueba. El diagnóstico se encuentra viciado./ Incluso parece paradójico que no se observe daño con reinervación ni denervativo, pero que se haga una llamada a la atención de quien finalmente firma el informe de 7 de enero de 2015 (...) valorando la paraplejia”.

Solicita, como pruebas, la “hoja del plan horario de trabajo” de la facultativa que firma el informe y que “se tome testimonio” a la madre del reclamante.

Adjunta un escrito del Gerente del Área Sanitaria VIII, de 2 de junio de 2016, que identifica a la enfermera que realizó la prueba, y un informe de la facultativa sobre la reclamación presentada.

9. El día 17 de abril de 2016, emiten informe colegiado tres especialistas -uno Cirugía General, Traumatología y Ortopedia, otro en Cirugía Ortopédica y Traumatología y el tercero en Traumatología y Ortopedia- a instancia de la entidad aseguradora. En él, tras relatar pormenorizadamente el proceso asistencial prestado al paciente, se indica que el interesado, “de 33 años (...), de profesión carpintero, en incapacidad laboral absoluta, con antecedente de discectomía L4-L5 por hernia discal tras accidente de tráfico en 2003, es asistido en la consulta de Traumatología” del Hospital “X” en “octubre de 2006 por presentar dolor lumbar. Se realizan completos estudios clínicos, neurofisiológicos y de imagen. A pesar de no encontrar datos objetivos de

compromiso radicular o medular, se oferta por parte del Servicio de Neurocirugía la realización de una artrodesis limitada al segmento L4-L5 con fines analgésicos, que no liberadores. Parece ser que el paciente rechaza la intervención (...). 7 años después, en 2014 (...), es nuevamente valorado por los Servicios de Traumatología y Unidad de Dolor del Hospital "Y". Debemos destacar que el paciente refiere que finalmente fue intervenido en 2007, realizándose la artrodesis propuesta y se le ha concedido una incapacidad laboral absoluta" (cuyas circunstancias no constan en el expediente).

Afirman que ninguno de estos Servicios, "a pesar de actualizar todos los estudios clínicos, de imagen y neurofisiológicos, puede llegar a un diagnóstico definitivo del paciente, ya que (...) refiere síntomas (referencia subjetiva del paciente no objetivable por el explorador) muy discordantes con la presumible patología de radiculalgia y proceso degenerativo en las caderas, siendo todos los signos (alteraciones orgánicas o funcionales objetivables por el explorador) completamente normales".

Señalan que "durante este último estudio se realiza en el Hospital 'X' un estudio neurofisiológico consistente en electromiografía, una electroneurografía y unos potenciales evocados somato sensoriales. El resultado (...) muestra la integridad axonal de todos los segmentos estudiados y, por lo tanto, la ausencia de patología neurológica (...) a nivel cervical y lumbar. El estudio es completo, recogiendo la tabla de los parámetros electroneurográficos estudiados la descripción de los hallazgos, la impresión del explorador y sus conclusiones".

Significan que "ante la demostración neurofisiológica de la integridad neurológica medular y periférica del paciente este decide denunciar a (la facultativa autora del informe) ante el Colegio de Médicos de Asturias e interpone reclamación (...) en inhabitual reacción ante lo que para cualquier paciente no dejaría de ser una 'buena noticia' y motivo de satisfacción y alivio. Para ello hace referencia a un error diagnóstico, negligencia, inobservancia de la *lex artis*, falta de acreditación del facultativo que realizó el informe,

negligencia en la contratación del personal” por parte del Servicio de Salud del Principado de Asturias y “problemas en la máquina de electromiografía con alteración de la fecha y la hora de registro”.

Respecto al error diagnóstico, consideran que “el estudio electrofisiológico se realizó correctamente valorando tanto la función neuromuscular, como la nerviosa y medular, mediante potenciales evocados; pruebas más que suficientes para determinar el estado neurológico periférico y medular del paciente. Además se realizó bilateralmente, lo que excluye el error (...). Añadiremos (...) que la tabla de parámetros neurofisiológicos obtenidos son coherentes y se encuentran dentro de los límites de la normalidad para cualquier paciente”.

Manifiestan que “una muestra más de la corrección (...) nos la acredita la comparación con la electromiografía realizada en el año 2006. Si analizamos los datos de aquel estudio (menos completo que el actual, ya que solo se realizó una electromiografía) es fácil deducir que los hallazgos de ambos (...) son prácticamente iguales (...), a excepción de mínimas alteraciones en los potenciales de unidad motora de uno solo de los músculos explorados, que la (facultativa interviniente), muy minuciosa sin duda, interpretó como signos leves y crónicos de lesión axonal en raíz L5 derecha, pero que por sí solos ningún manual de Neurofisiología considera suficientes para establecer una lesión radicular, puesto que las mediciones electrofisiológicas pueden variar mínimamente en ausencia de patología neurológica por diversas causas, entre ellas la temperatura. Una razón importante que potencia nuestro argumento es que en la primitiva (electromiografía) se diagnosticaba una afectación de la raíz L5 derecha cuando en los informes clínicos se hace constante referencia al predominio de síntomas en el miembro inferior izquierdo”.

En cuanto a “la falta de capacitación del técnico (...), debemos rebatirlo porque en la medicina actual, muy tecnificada, es habitual y necesario que los complejos aparatos diagnósticos y terapéuticos sean manejados por técnicos no facultativos”. A continuación ponen como ejemplo lo que sucede en los análisis

hematológicos, en radiodiagnóstico, en los electrocardiogramas y ergometrías que se realizan en Cardiología, en las espirometrías que se llevan a cabo en Neumología y en la bomba de circulación extracorpórea en Cirugía Cardíaca, señalando en todos esos casos la intervención de técnicos no facultativos.

Por lo que se refiere a “la falta de acreditación de la (facultativa que realiza el informe) y la hipotética negligencia” del Servicio de Salud del Principado de Asturias, afirman que no pueden pronunciarse, “por tratarse de asuntos puramente jurídicos”.

Sobre “los problemas sufridos por la máquina de exploración que en la propia reclamación se limitan a un error en la fecha y hora (...), quedan perfectamente explicados en el informe de (la doctora que lo realiza). Prácticamente todos los aparatos electrónicos incluyen una función de fecha y hora que es mantenida por un sistema de baterías (...). No es infrecuente el agotamiento de las baterías, lo que origina que el sistema adopte una fecha por defecto (...). Evidentemente esta circunstancia no modifica en absoluto el funcionamiento del sistema. A modo de ejemplo, cualquiera puede constatar que si en un teléfono móvil modificamos la fecha u hora de forma que no coincida con la real el dispositivo continuará realizando sus funciones de teléfono sin ningún problema”.

Concluyen que la “asistencia prestada al paciente se ajustó en todo momento a las consideraciones de la *lex artis ad hoc*, ya que se emplearon todos los medios diagnósticos y terapéuticos con los que cuenta la ciencia actual, se mantuvo al paciente informado de los avatares de la evolución de su patología y se continuó el seguimiento de su enfermedad”.

10. Con fecha 3 de octubre de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios acuerda denegar la práctica de las pruebas consistentes en los “informes mensuales del mantenimiento” de la máquina de electromiografía y del “plan de trabajo” de la doctora, al igual que la prueba

testifical de la madre del reclamante, por “innecesarias, ya que nada pueden aportar al fondo del asunto que se sustancia”.

11. Mediante escrito notificado al representante del interesado el día 20 de octubre de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

12. Tras examinar el expediente y obtener una copia del mismo, el representante del reclamante solicita, mediante escrito de 28 de octubre de 2016, le “sea concedida la ampliación de los plazos del trámite de audiencia”.

El día 9 de noviembre de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la concesión de una ampliación del plazo “de ocho días”.

13. El día 8 de noviembre de 2016, el representante del perjudicado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones. En él cuestiona los motivos de la intervención de los peritos de la entidad aseguradora, la documentación que analizan y el cumplimiento de la normativa de protección de datos, y afirma que sus conclusiones no deberían ser tenidas en cuenta, dado que fue emitido “fuera de plazo (...), incluso agotado el plazo de resolución de la reclamación (...). Es por ello que, de acuerdo con la jurisprudencia de nuestros más altos tribunales, cuando se solicita un informe y este se emite fuera del plazo establecido por el ordenamiento, solo se tendrá en cuenta para los efectos favorables”, reseñando que “el procedimiento pudo haber continuado, incluso concluido, como así debió haber sido”.

Sobre el referido informe, y tras indicar que los peritos no son especialistas en Neurofisiología Clínica, por lo que es “posible” que “carezca del rigor, exactitud y objetividad requeridos”, afirma que “emite valoraciones

personales, muy subjetivas y alejadas del propósito médico pericial exigido”, que incluso “infringe el derecho constitucional al honor y dignidad (...) no solo del paciente, sino también de sus representantes”, lo que constituye “un acto de mala fe”. También pone de manifiesto que su representado nunca fue diagnosticado de “obesidad mórbida”.

Señala que el paciente “tiene reconocido un grado de discapacidad del 75% desde el 8 de enero de 2016” por los padecimientos que detalla, y una incapacidad permanente absoluta por Sentencia firme de 25 de mayo de 2007 por las lesiones, “todas ellas de origen traumático”, que también describe.

Frente a lo que se defiende en el informe de los peritos, entiende que “queda patente (...) el daño y afección radicular, existiendo compromiso radicular bilateral”, y tales patologías -“afección radicular con compromiso y la afectación fémoro-acetabular- (...) han sido probadas”.

Insiste en que en la realización de la prueba puede participar personal de enfermería, pero que “ha de ser supervisada por el facultativo especialista en Neurofisiología, pues la reacción del paciente en vivo es importante”, y cita al respecto la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, concluyendo que “las (electromiografías) debe hacerlas un médico, al menos en su supervisión directa”.

Niega la competencia de los peritos para aclarar cuál es el problema de desconfiguración de la fecha y hora de la máquina que efectúa la prueba, dado que no son “expertos en electromiógrafos o en sistemas eléctricos o informáticos”. No obstante, el propio alegante afirma tener conocimiento de un informe sobre el mantenimiento de la máquina, realizado -según reseña- el 3 de junio de 2015, en el que se recoge que “no mantiene la fecha ni la hora, se sustituye la pila interna de la placa del ordenador, se configura fecha y hora en la bios y se comprueba funcionamiento reiniciando el equipo y comprobando que mantiene la fecha y la hora actual”.

Reseña que los peritos introducen cuestiones jurídicas que posteriormente no resuelven (en referencia a la colegiación de la facultativa y a

la actividad exigible al Servicio de Salud del Principado de Asturias), lo que -a su juicio- se incluye para descalificar la actitud del interesado.

Sobre lo indicado por la facultativa que suscribe el informe de la prueba, insiste en que se realizó fuera de plazo y que por ello no debería tenerse en cuenta, y reitera el contenido del escrito de alegaciones presentado el 19 de agosto de 2016.

A continuación se opone a la denegación de la prueba, que considera prejudiciosa, dado que da por acreditado que la prueba diagnóstica se realizó correctamente y para ello "creemos necesario la testifical de quien estuvo presente".

Finalmente, alega un "vicio de forma" que consistiría en la no inclusión del "informe técnico de propuesta de resolución, por lo que no sabemos aún qué piensa la Administración al respecto del procedimiento (...), sin poder hacer alegaciones (...). Por otra parte, no se ha solicitado ni evacuado un informe preceptivo del Consejo Consultivo del Principado de Asturias".

Junto con el escrito, aporta los siguientes documentos. a) Informe médico de Neurofisiología de una clínica privada, de 23 de abril de 2007. b) Informe médico de valoración de daño corporal, de 30 de abril de 2007. c) Sentencia del Juzgado de lo Social N.º 3 de Oviedo de 25 de mayo de 2007. d) Informe de 16 de junio de 2014 sobre imposibilidad de realizar una RM de cadera, "ya que el paciente no puede extender extremidad inferior" y hoja de notas de progreso de dicho episodio. e) Hoja de notas de progreso sobre "coxalgia izquierda", de 4 de diciembre de 2014. f) Solicitud de RMN de 5 de diciembre de 2014, en la que figura "paciente con obesidad mórbida". g) Informe médico privado, de 15 de octubre de 2015, sobre RM de pelvis. h) Informe clínico del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital "Y", de 5 de enero de 2016. i) Informe sobre el mantenimiento de la máquina de electromiografía, solicitado por el interesado y remitido por el Gerente del Área Sanitaria VIII el día 3 de marzo de 2016. j) Dictamen médico, de 20 de julio de 2016, del Centro de Valoración de Grado de Discapacidad.

14. Con fecha 19 de diciembre 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella señala que “no existe error diagnóstico alguno y el estudio electrofisiológico se realizó correctamente (...). Además se realizó bilateralmente, lo que excluye el error en la estimulación, recogida, integración e interpretación de los datos”, precisando que los “parámetros neurofisiológicos obtenidos son coherentes y se encuentran dentro de los límites de la normalidad para cualquier paciente”.

Afirma que de la comparación con la electromiografía realizada en el año 2006 “es fácil deducir que los hallazgos de ambos estudios son prácticamente iguales (...), a excepción de mínimas alteraciones en los potenciales de unidad motora de uno solo de los músculos explorados, que se interpretó como signos leves y crónicos de lesión axonal en raíz L5 derecha, pero que por sí solos” no pueden considerarse “suficientes para establecer una lesión radicular (...). Una razón importante que potencia este argumento es que en la primitiva (electromiografía) se diagnosticaba una afectación de la raíz L5 derecha cuando en los informes clínicos se hace constante referencia al predominio de síntomas en el miembro izquierdo (folios 18, 19, 23 y 26)”.

Respecto a que “el estudio neurofisiológico no pueda ser realizado por una enfermera, hay que señalar que (en) la medicina actual, muy tecnificada, es habitual y necesario que los complejos aparatos diagnósticos y terapéuticos sean manejados por técnicos (...). Posteriormente el estudio es analizado e informado por el médico especialista. La pretensión del reclamante supondría que los (electrocardiogramas) no podrían ser realizados por técnicos y tendrían que hacerlos personalmente los cardiólogos. Es evidente que esta pretensión carece del más mínimo sentido técnico y científico. Por otra parte, ninguna norma exige que la colegiación haya que realizarla como especialista, siendo exigible tan solo la colegiación en sí misma”.

15. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 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 del interesado registrada en la Administración del Principado de Asturias con fecha 7 de enero de 2016, 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, 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 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 el día 7 de enero 2016, y el informe del Servicio de Neurofisiología que da origen a la misma está fechado el 7 de enero de 2015, por lo que, sin necesidad de atender a la fecha en la que el interesado tuvo conocimiento de aquel, 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 Responsabilidad Patrimonial. 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.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que el interesado atribuye al informe correspondiente a una exploración neurofisiológica que considera erróneo, suscrito por la responsable el día 7 de enero de 2015 y en el que se concluye que “no se encuentran signos de daño axonal denervativo en los

niveles L3 a S1 explorados. No se objetiva daño estenótico a nivel medular cervical ni lumbar en el momento actual”.

A la vista de este resultado, el reclamante defiende la existencia de un conjunto de daños causalmente unidos a la actuación del servicio público sanitario y antijurídicos, pues la “prueba ha ocasionado un dolor físico intenso, no solo por la postura errónea que se le exigió, sino por la prueba en sí misma, que, no solo fue hecha sin el control médico requerido”, sino que “terminó con un diagnóstico erróneo, de tal forma que el sometimiento ha sido del todo en vano. Por otro lado, están los daños morales (...). Por un lado, el diagnóstico erróneo priva al paciente de la información necesaria para poder tomar sus decisiones de forma adecuada. Esto es un daño moral (...). Por otro, la angustia mental por el sometimiento a la misma prueba como al conocer el informe, que a pesar de su aumento de dolores y de empeoramiento (...) daba un resultado erróneo que no se ajusta a su situación y que incluso podía modificar su situación personal de invalidez, pues ya se incorporó a su expediente médico (...) y es objeto de valoración en otros informes, creando con ello más angustia mental y padecimientos psicológicos intensos, y con ello daños morales./ Sufre además de depresión por adaptación a su situación desde el accidente de 2003, y es claro que con estos fallos y errores no se le ayuda en su adaptación (...), agravando su estado. También agorafobia, por lo que salir de su casa es un esfuerzo para él, y salir para tener como resultado el obtenido no es más que hacer sufrir innecesariamente a una persona enferma./ También por tener que acudir sus representantes con agentes de la Policía Nacional para poder acceder al informe de la prueba./ Existe además la probabilidad de que la actuación médica podría haber evitado el daño, por lo que se da la llamada doctrina de la ‘pérdida de oportunidad’ (...). Los daños producidos han resultado en una desconfianza hacia el servicio de salud, especialmente hacia el equipo de Neurofisiología Clínica del hospital” donde se realizó la prueba.

Considera, en función de la cuantificación que realiza a continuación, el dolor producido en la realización de la prueba diagnóstica como un daño físico

que valora en 3.500 €, e incluye en este mismo concepto de daño físico, que le ha de ser compensado, el valor del mercado de una electromiografía y de la correspondiente consulta, que en su opinión asciende a 275 €. El resto de los padecimientos, que valora en 12.000 €, serían daños morales.

Es doctrina constante y reiterada de este Consejo que la realidad y efectividad del daño constituye el presupuesto previo ineludible de toda valoración sobre la responsabilidad administrativa, lo que implica su necesaria y plena acreditación, y cuya falta de concurrencia supondría la ausencia de un requisito esencial para la eventual declaración de responsabilidad de la Administración pública, conduciendo, sin más, a la desestimación de la reclamación (entre otros, Dictámenes Núm. 89/2013 y 78/2015).

Tras analizar la documentación obrante en el expediente, este Consejo considera que el interesado no ha acreditado la existencia real y efectiva de un daño indemnizable. Por lo que se refiere al dolor "físico intenso" que dice haber sufrido, no existe más constancia en aquel que su propia manifestación, lo que no es suficiente para tenerlo por probado. No hay dato o indicio alguno que permita suponer la existencia de un dolor distinto o de mayor intensidad al que de ordinario sufren los pacientes durante la realización de tales pruebas diagnósticas. Es cierto que el representante del interesado sostiene que ese "mayor" dolor se produce por haberse realizado la prueba en una postura inadecuada, y que pretende acreditar tal afirmación con la testifical de su madre; prueba que la Administración rechaza. Entendemos que resulta correcta la denegación de la prueba porque si lo que se persigue es demostrar que se sometió al paciente a una postura inadecuada, no consta -ni siquiera se alega- que esa persona que se propone como testigo tenga conocimientos técnicos adecuados para valorar la correcta realización de la prueba que se cuestiona. En consecuencia, solo mediante un informe pericial, y no a través de la testifical de una persona leiga en la materia, podríamos estimar probado que se sometió al paciente a una postura inadecuada, de lo que cabría deducir la certeza, al menos a efectos de procedibilidad de la acción de responsabilidad, de la

causación de un daño físico superior al que de ordinario se causa a la generalidad de los pacientes, o al menos que no guarde relación con las condiciones personales preexistentes en él. Al faltar la prueba, o al menos el indicio, no podemos considerar acreditado el daño consistente en haberle infringido un “dolor físico intenso”.

En cuanto al otro daño que califica como “físico” -el reembolso del valor de la prueba diagnóstica y de la consulta con el especialista que, a su juicio, se corresponden con el de mercado, y que cifra en 275 €-, no consta, ni se afirma, que efectivamente el paciente haya abonado tal importe, lo que nos impide considerarlo como un daño resarcible.

Sobre los restantes daños que invoca, y que califica como morales, ya hemos señalado en ocasiones anteriores que “la exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante, aun siendo liviana, existe, y aunque se atempere la carga de su demostración no basta con su mera afirmación para tenerlo como cierto” (por todos, Dictamen Núm. 134/2015). En este caso no hay prueba alguna de la existencia real de la “angustia mental y padecimientos psicológicos intensos” que refiere, ni del empeoramiento de su estado previo de “depresión por adaptación”, ni tampoco de su “agorafobia”. Igualmente, no existe prueba alguna en relación con el episodio que refiere sobre la intervención de la Policía Nacional, ni mucho menos de la relación causal que el mismo pueda guardar con un daño moral jurídicamente relevante y por ello indemnizable. Finalmente, no aporta ningún dato sobre el tipo de daño en que pudiera traducirse la “pérdida de oportunidad” a la que alude en su escrito, y la “desconfianza hacia el servicio de salud” no configura un daño indemnizable como tal.

No obstante lo anterior, y aunque a efectos de mera procedibilidad de la acción emprendida considerásemos acreditado algún daño, no se vería alterado el sentido de nuestro dictamen. Al respecto, observamos que la reclamación se sustenta sobre la única premisa de que el informe del Servicio de Neurofisiología de 7 de enero de 2015 es erróneo; sin embargo, todos los

informes obrantes en el expediente -tanto el emitido por la facultativa que realizó la prueba, como el suscrito por tres especialistas en Traumatología a instancias de la entidad aseguradora y también la propuesta de resolución- niegan la existencia de error alguno, ni en su realización ni en el informe de valoración. Además, los peritos de la entidad aseguradora razonan la coherencia de sus resultados con los de pruebas anteriores y explican el mínimo cambio apreciado, que atañe a uno solo de los músculos explorados, poniendo de relieve que afecta a la raíz derecha cuando la clínica que el interesado manifiesta de modo reiterado se refiere a "síntomas en el miembro inferior izquierdo (folios 18, 19, 23 y 26)". Por ello, este Consejo Consultivo no puede dar por acreditado error alguno en la realización de la prueba, ni en la interpretación de sus resultados, toda vez que los reiterados esfuerzos dialécticos del representante del interesado -que no nos consta sea especialista en la materia- no pueden ser útiles para combatir el resultado de los informes médicos suscritos por especialistas, que solo podrían ser cuestionados por otros informes que aquel pudo aportar y no hizo. Por tanto, los reproches que vierte sobre la incompetencia profesional de la técnica que manejó el dispositivo o la presunta falta de colegiación adecuada de la facultativa, y en último extremo sobre los problemas técnicos del electromiógrafo (que, según el propio documento técnico aportado por el reclamante -en idéntico sentido a lo que informa la facultativa autora del informe y los peritos del seguro-, solo afectaron a los datos de fecha y hora del sistema), no pueden considerarse prueba del supuesto error padecido.

En coherencia con ello, este Consejo estima que los hipotéticos daños que el interesado señala padecer no guardan relación causal con el funcionamiento del servicio público sanitario, lo que aboca al fracaso de su pretensión resarcitoria.

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.