

Expediente Núm. 4/2019  
Dictamen Núm. 62/2019

**V O C A L E S :**

*Sesma Sánchez, Begoña,*  
Presidenta  
*González Cachero, María Isabel*  
*Iglesias Fernández, Jesús Enrique*  
*Menéndez Sebastián, Eva María*  
*García García, Dorinda*

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 1 de marzo de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 19 de diciembre de 2018 -registrada de entrada el día 2 de enero siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios que atribuyen a la demora asistencial de un meningioma.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 27 de marzo de 2018, los reclamantes -padres del perjudicado- presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que atribuyen a la demora asistencial de un meningioma.

Afirman que “el día 7 de febrero de 2017 (su hijo) es diagnosticado” en el centro privado que señalan “de un meningioma benigno que oprime dos nervios ópticos originando pérdida de visión”, y que pese a la urgencia de la

operación que precisaba “no fue intervenido hasta el 21 de marzo; demora que causó en el paciente un considerable empeoramiento de su estado”.

Relatan a continuación todo el proceso asistencial, con las complicaciones que surgieron tras la primera intervención, y precisan que durante la misma “sufrió un infarto cerebral del que no se informó al paciente ni a su familia y cuyas consecuencias a día de hoy se desconocen”. También afirman que la asistencia fue deficiente en el tratamiento de las complicaciones.

Señalan que estuvo ingresado “hasta el 29 de junio (de 2017), fecha en que es dado de alta”, y ponen de manifiesto que “el 19 de marzo de 2018 (...) ha sido intervenido nuevamente para realizarle una craneoplastia” y que actualmente “sigue tratamiento rehabilitador”, subrayando que “por Resolución de 21-08-2017 del Instituto Nacional de la Seguridad Social (...) ha sido declarado afecto de una incapacidad permanente en grado de gran invalidez”, reconociéndosele por “Resolución de fecha 2 de febrero de 2018 (...) el grado de discapacidad del 90 % con efectos desde el 22 de agosto de 2017”.

Junto con la reclamación, aportan: a) Informe médico del Hospital “X” de fecha 29 de junio de 2017. b) Resolución de la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 21 de agosto de 2017, de revisión de grado, que pasa de invalidez absoluta para toda clase de trabajo a “gran invalidez”. c) Resolución de 2 de febrero de 2018 sobre grado de incapacidad del 90 %.

**2.** Mediante oficio de 16 de abril de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas requiere a los interesados para que procedan “a la cuantificación económica del daño” o indiquen las casusas que lo imposibilitan.

**3.** El día 7 de mayo de 2018, los reclamantes presentan un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que fijan “el importe de la reclamación (...) en un millón de euros”. A su vez, informan de que “el 16 de mayo de 2018 se celebrará la vista del juicio (...) donde se discutirá sobre la capacidad o no del hijo de los comparecientes”.

**4.** Con fecha 24 de mayo de 2018, emite informe sobre la reclamación la Responsable del Servicio de Neurocirugía, y el día 25 del mismo mes la Facultativa Especialista de Área del Servicio de Medicina Intensiva.

**5.** El día 24 de julio de 2018, y a instancia de la entidad aseguradora del Principado de Asturias, emiten informe colegiado una especialista en Medicina Legal y Forense y una máster en Valoración del Daño Corporal y diplomada en Medicina del Seguro. Tras analizar el proceso asistencial, concluyen que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y, por lo tanto (...), correspondería desestimar la reclamación”.

**6.** En el trámite de audiencia la madre del perjudicado obtiene una copia del expediente en formato CD, y en comparecencia personal ante la funcionaria responsable otorga poder de representación en favor de un letrado.

El día 31 de octubre de 2018 los interesados solicitan, “al amparo del artículo 32.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, la ampliación del plazo de un mes para formular alegaciones fundamentado (...) en la complejidad de la prueba pericial incorporada por el ente público”.

**7.** Con fecha 19 de noviembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas niega la posibilidad de la ampliación solicitada, dado que el artículo 32.1 invocado dispone que “Tanto la petición de los interesados como la decisión sobre la ampliación deberán producirse, en todo caso, antes del vencimiento del plazo de que se trate”, dándose la circunstancia de que “la solicitud efectuada (...) se ha realizado de tal manera que han imposibilitado a la Administración la posible concesión (...), al hacerlo el último día”.

**8.** El día 22 de noviembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella argumenta, sobre la base de los informes incorporados al expediente, que “las complicaciones sufridas durante la

intervención y en el posoperatorio (hemiparesia, trastorno del lenguaje e infección) constituyeron la materialización de riesgos típicos de este tipo de procedimiento quirúrgico que el paciente conocía y asumió al suscribir el documento de consentimiento informado (...). El neumocéfalo no tuvo repercusión en la evolución clínica del paciente (...). El supuesto `retraso´ alegado en la intervención quirúrgica no influyó en el pronóstico ni en la evolución, ya que estos tumores son de crecimiento lento, la exploración oftalmológica realizada en el Servicio de Urgencias” del Hospital “X” “es similar a la realizada dos meses antes en el (Hospital “Y”) y el tamaño del meningioma apreciado en la RM realizada el 15-03-2017 es el mismo que en la realizada el 20-02-2017. La amaurosis en ambos ojos se debe al tumor (que produjo una lesión de los nervios ópticos). Cuando aparecieron las complicaciones se pusieron a disposición del paciente todos los medios diagnósticos y terapéuticos para solucionarse. El manejo de las complicaciones que presentó (...) fue correcto y ajustado a la situación. Consta en la historia clínica la continua información proporcionada al paciente y a los familiares”.

**9.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 19 de diciembre de 2018, 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.

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el perjudicado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron. Sin embargo, presentan la reclamación los padres en nombre de aquel sin que conste formalmente poder de representación alguno ni el resultado del procedimiento de incapacitación judicial que -según afirman- se sigue en el juzgado correspondiente. La expresada circunstancia sería suficiente para desestimar la reclamación, si bien, teniendo en cuenta que la Administración no ha cuestionado en ningún momento la condición de quienes se personan como representantes, procede -como venimos manifestando en ocasiones precedentes (entre otros, Dictamen Núm. 130/2018)-, que en aplicación del principio de eficacia reconocido en el artículo 103.1 de la Constitución y recogido en el artículo 3 de la LRJSP, se analice el fondo de la cuestión controvertida. No obstante, si en el pronunciamiento se apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, no cabría una estimación de la reclamación sin que esta, por el procedimiento legal oportuno, verifique dicha representación.

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 67.1 de la LPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 27 de marzo de 2018, habiendo tenido lugar el alta de la intervención quirúrgica a la que se alude el día 29 de junio de 2017, por lo que cabría cuestionarse la temporalidad del ejercicio de la acción. No obstante, tanto en la reclamación como en los informes administrativos consta que el día 19 de marzo de 2018 el paciente fue intervenido con el fin de realizar craneoplastia “tras haber retirado el hueso autólogo por infección en la cirugía previa” (informe de la Responsable del Servicio de Neurocirugía), por lo que es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la Ley 39/2015.

**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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley". 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 34 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.-** Los reclamantes interesan en nombre de su hijo una indemnización como consecuencia de los daños y perjuicios que atribuyen a la mala praxis en

la atención de un meningioma. En concreto, sostienen que la “demora en la intervención causó (...) un considerable empeoramiento” del estado de salud del paciente, que durante la intervención sufrió “un infarto cerebral del que no se informó” a los familiares y que se demoró el tratamiento de las complicaciones tras la intervención quirúrgica.

Analizado el expediente, se advierte que tras la cirugía a la que fue sometido el enfermo presenta determinadas secuelas, fundamentalmente una amaurosis bilateral y una disfasia expresiva que dieron lugar a la revisión del grado de incapacidad, pasando de absoluta a gran invalidez (Resolución de 21 de agosto de 2017), y al reconocimiento de un grado de discapacidad del 90 % (Resolución de 2 de febrero de 2018).

Ahora bien, la existencia de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que el interesado no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, 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 sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, 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*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el interesado 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 hemos de advertir 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. En el caso concreto que analizamos, los reclamantes no presentan prueba alguna que sustente sus imputaciones, lo que -como hemos advertido en otros supuestos- supone construir la vía de reclamación en vía administrativa sobre vagas alegaciones carentes de prueba que solo concretarán y tratarán de probar más adelante en un probable pleito; práctica que resulta reprobable en cuanto implica hurtar a la Administración reclamada y también a este Consejo del análisis completo de las cuestiones que suscita la acción de responsabilidad. Por ello, en ausencia de prueba aportada por los reclamantes, este Consejo ha de formar su juicio sobre la base de los informes médicos incorporados al expediente por la propia Administración o por su compañía aseguradora.

Como hemos expuesto, son tres las imputaciones que realizan al funcionamiento del servicio público: el retraso en el abordaje quirúrgico, que durante la intervención se habría producido un infarto cerebral “del que no se informó” a los familiares y que no se atendieron con la diligencia debida las complicaciones tras la cirugía.

Por lo que se refiere al retraso en la intervención quirúrgica, consta en los informes técnicos que el perjudicado acudió a los servicios públicos con un diagnóstico previamente establecido en la medicina privada. En efecto, el día 7 de febrero de 2017 obtiene, en una consulta privada de Neurología, el resultado de una resonancia efectuada el día 2 de ese mismo mes que objetiva un

diagnóstico de meningioma. Acude a los servicios públicos de urgencia donde se realizan nuevas pruebas diagnósticas, se le incluye en lista de espera quirúrgica y, mientras permanecía en esta situación, vuelve nuevamente al Servicio de Urgencias, quedando ingresado en Neurología el 7 de marzo de 2017, siendo intervenido, tras finalizar los estudios preoperatorios correspondientes, el día 21 de marzo de 2017. Sobre la base de este relato, afirman los reclamantes que esa “demora” le habría causado un considerable empeoramiento. Sin embargo, como ya indicamos, no aportan prueba alguna de esa aseveración; al contrario, el informe médico emitido por la entidad aseguradora del Principado de Asturias sostiene que por tratarse de un tumor de crecimiento lento los hechos relatados no repercutieron en la evolución clínica del paciente. En este sentido, señalan las autoras del citado informe que este ya presentaba antes del establecimiento del diagnóstico un deterioro muy importante de su capacidad visual, con una amaurosis del ojo izquierdo y una agudeza visual en el derecho del 0,2, por lo que venía siendo tratado de una neuritis óptica y sometido a diversos estudios diagnósticos. Manifiestan que cuando acude por segunda vez al Servicio de Urgencias, en marzo de 2017, la exploración oftalmológica era similar a la realizada dos meses antes (dato que también confirma la Responsable del Servicio de Neurocirugía en el informe de 24 de mayo de 2018), y que “en la RM craneal (15-03-2017) el tamaño del meningioma era el mismo que en la realizada el 2-02-2017”. Por tanto, “no se puede afirmar que haya existido una demora que haya supuesto una pérdida de oportunidad”; conclusión que, a falta de prueba en sentido contrario que debieron aportar los reclamantes, comparte este Consejo Consultivo.

La segunda de las imputaciones -falta de información sobre el desencadenamiento de un infarto cerebral en el curso de la intervención-, resulta ajena al planteamiento de la responsabilidad patrimonial, puesto que no podemos apreciar que esa hipotética falta de comunicación esté causalmente vinculada a un daño cierto. No obstante, el Servicio de Neurología niega que se haya producido un infarto durante la cirugía por las razones técnicas que expone (“un infarto establecido se produce posterior a una isquemia y tampoco esta es evidente, ya que hay una permeabilidad con el *doppler* y se mantienen

los parámetros de monitorización neurofisiológica y anestésica”), sin que de contrario se haya objetado tal informe, y también niega que no se haya proporcionado información a los familiares, a quienes -afirma la Responsable del citado Servicio- se habría informado de todos los pormenores de la cirugía.

Finalmente cuestionan los reclamantes, de modo genérico, que no se atendieron con la diligencia debida las complicaciones posquirúrgicas. Sin embargo, el informe de alta de hospitalización que los propios reclamantes presentan con su escrito inicial describe todas las complicaciones posquirúrgicas y los tratamientos quirúrgicos y farmacológicos pautados. Por otra parte, podemos constatar que todas esas complicaciones aparecen descritas en el documento de consentimiento informado que suscribe el perjudicado antes de someterse a la cirugía; en efecto, el 20 de marzo de 2017 el paciente firma, junto con la doctora que le atiende, un documento para “cirugía del tumor cerebral hemisférico” -como los meningiomas- entre cuyos riesgos típicos figuran “epilepsia posquirúrgica, déficit neurológico (“hemiparesia, alteración del lenguaje, alteración del campo visual, pérdida de sensibilidad”), hemorragia posoperatoria subdural, epidural, intracraneal, infecciones (“superficial, osteomielitis, meningitis, absceso cerebral”), y como riesgo personalizado la posibilidad de un “empeoramiento del déficit visual previo”.

En consecuencia, no podemos considerar acreditada una infracción de la *lex artis* en el proceso asistencial de las complicaciones, puesto que todas las que sufrió el paciente (afasia, hemorragia, hemiparesia, empiema -infección- y amaurosis bilateral) son la materialización de los riesgos típicos y personalizados de la intervención a la que fue sometido, previamente asumidos con el consentimiento prestado. Y, por lo que se refiere a la asistencia prestada a las mismas, que cuestionan los reclamantes sin ninguna prueba, los informes técnicos ponen de manifiesto que todas fueron correctamente tratadas en función de la situación concreta.

En definitiva, no habiéndose probado pérdida de oportunidad como consecuencia del invocado retraso en el abordaje quirúrgico del meningioma, ni infracción alguna de la *lex artis* en el proceso asistencial, la materialización de los riesgos típicos y personalizados, contemplados como tales en el

consentimiento informado que suscribió el paciente con carácter previo a la intervención quirúrgica, conduce a considerar que el daño invocado no resulta antijurídico, por lo que no existe responsabilidad patrimonial.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.