

Expediente Núm. 167/2018
Dictamen Núm. 48/2019

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 21 de febrero 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 15 de junio de 2018 -registrada de entrada el día 21 de ese 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 su padre y esposo, respectivamente, a causa de una infección nosocomial, y por la lesión del derecho a la autonomía del paciente.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 15 de noviembre de 2016, las interesadas presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del fallecimiento de su padre y esposo,

respectivamente, que imputan a una deficiente atención por parte del servicio público sanitario.

Refieren que “la tarde del día 6 de noviembre de 2015” su familiar sufrió un “traumatismo torácico” en su domicilio, “por lo que acudió al Servicio de Urgencias” del Hospital Señalan que allí se le apreció a la exploración, según refleja el correspondiente informe, “parrilla costal izquierda: dolor a la palpación en región subescapular, con inflamación en la zona del traumatismo, crepitación y movimiento paradójico con la inspiración”, y que “se le realizaron radiografías que mostraron la fractura de los arcos costales 7.º y 8.º, permaneciendo ingresado y en observación esa noche. Sin embargo, al día siguiente, pese a los hallazgos exploratorios patológicos y a que en la gasometría presentaba niveles bajos de oxígeno y oxihemoglobina indicativos de hipoxemia (...), fue dado de alta con diagnóstico de ‘fracturas 7.º y 8.º arcos costales izquierdos, paquipleuritis derecha residual, ligera hipoxemia’ y se le pautó la toma de analgésicos (...) y antiinflamatorios”.

Manifiestan que “en los dos días siguientes, pese a los calmantes, el dolor apenas remite, y el día 10 de noviembre (...) se despierta con el cuello severamente hinchado, por lo que acude a su centro de salud, donde es remitido nuevamente al Servicio de Urgencias” del Indican que una vez en Urgencias a la exploración se le aprecia “edema con crepitación en pared costal izda. que le alcanza hasta el cuello, hipoventilación generalizada y crepitantes, hematoma importante en la zona dorso lumbar izda.”, y que se le hace un TAC urgente, siendo la impresión diagnóstica de “traumatismo torácico complicado, fracturas costales izquierdas múltiples, hemoneumotórax izquierdo”, por lo que “es ingresado en el Servicio de Cirugía Torácica y se pauta la colocación de un drenaje pleural izquierdo con ingreso hospitalario para vigilancia radiológica y control del dolor”.

Señalan que “tras la colocación el día 10 del drenaje pleural” el estado del paciente “se deteriora paulatinamente, presentando un íleo adinámico, tendencia al sueño y desorientación, hasta que el día 13 de noviembre se produce un empeoramiento de la insuficiencia respiratoria e incremento del

dolor en hemitórax izquierdo/centrotorácico, por lo que se decide su traslado e ingreso en la Unidad de Cuidados Intensivos”. Subrayan que en el informe de alta por fallecimiento se recoge “paciente que ingresa por insuficiencia respiratoria multifactorial, por un lado secundario al propio traumatismo torácico con la fractura de 7.º-8.º arcos costales izquierdos y por otro lado por el íleo adinámico secundario a analgesia opiode. La evolución inicial es favorable, con control del dolor adecuado y aceptable función respiratoria con Ventimask al 40 %. A las 24 h de ingreso se diagnosticó de una neumonía nosocomial (no visible en Rx tórax del día del ingreso) con bacteriemia asociada e infección del orificio de entrada del tubo de tórax, con cobertura empírica con Tazocel y Linezolid y posteriormente se desescaló a Cloxacilina, al aislarse un *Staphylococcus aureus* oxacilina sensible tanto en sangre como en el orificio de entrada del tubo (no se dispuso de muestras respiratorias). El paciente no presentó disfunciones orgánicas asociadas, únicamente se asoció un estado de postración, manteniéndose la clínica respiratoria sin variaciones. El día 17-11-15 (...) sufre un empeoramiento brusco de la insuficiencia respiratoria (...), posteriormente una PCR en asistolia y posteriormente fibrilación ventricular y asistolia. Se inician maniobras de RCP avanzada sin conseguir recuperación de pulso, siendo exitus”. Precisan que el diagnóstico principal que consta en dicho informe es el de “bacteriemia secundaria a neumonía nosocomial e infección de partes blandas por *Staphylococcus aureus*”.

Significan que “no les cabe la menor duda de que la causa del fallecimiento de su padre y esposo fue la inadecuada asistencia sanitaria recibida” en el Hospital, “en primer lugar, por la indebida alta del día 7 de noviembre sin sospecha del neumotórax que (...) padecía, y ello a pesar de la hipoxemia que presentaba y de que el neumotórax es una complicación frecuente en las fracturas costales, habiendo bastado la realización de un simple TAC para su detección y, en segundo lugar, por la infección nosocomial que (...) contrajo y que también se relaciona con una mala praxis, pues la infección se manifestó en el orificio de entrada del tubo de drenaje pleural que se colocó el día 10 de noviembre, y lo cierto es que (el paciente) volvió de la

sala donde se le colocó el drenaje pleural sin un simple apósito que cubriera el orificio de inserción, habiendo sido la propia familia la que, extrañada, indicó esta circunstancia al día siguiente a las enfermeras y motivó la cura de la herida que se realizó el día 11, sin que, tal y como consta en el curso clínico de enfermería, se le realizase ninguna cura más de esa zona hasta que, días más tarde, una vez trasladado a la Unidad de Cuidados Intensivos, se descubriese en dicha Unidad el mal aspecto que presentaba el orificio de inserción y el exudado que rezumaba alrededor del mismo, iniciándose entonces la cura dos veces al día (...) de la zona afectada, pero sin que pudiese atajarse ya la infección por *Staphylococcus aureus* que había contraído y que, detectada el día 14 de noviembre, provocaría tres días después la muerte”.

Por los daños sufridos reclaman ser indemnizadas en ciento noventa y cuatro mil seiscientos setenta y siete euros (194.677 €), calculada conforme al “baremo contenido en el título IV de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor introducido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, en lo relativo a las indemnizaciones por causa de muerte”. Dicha indemnización comprende las siguientes partidas: perjuicio personal básico, concepto por el que se solicitan 86.000 € para la viuda, considerando que la víctima tenía más de 80 años y que al momento del fallecimiento “llevaban casados prácticamente 51 años”, y 20.000 € para cada una de las hijas; perjuicio personal particular, lo que conlleva un incremento del 50 % en la indemnización que se solicita para la viuda y una de las hijas, en tanto que la primera tiene una “discapacidad permanente del 49 %” y la segunda “padece una esclerosis múltiple por la que tiene reconocida también una discapacidad del 65 %”; daño emergente, por importe de 3.620 €, que comprende “400 € por perjudicado en concepto de perjuicio patrimonial básico (...), más unos gastos de entierro y funeral de 2.420 €”, y lucro cesante, por el que solicitan 12.057 €, teniendo en cuenta “la edad de 69 años que (la viuda) tenía en el momento del fallecimiento de su esposo” y que este disponía de “ingresos anuales netos inferiores a los 9.000 €”.

Adjuntan los siguientes documentos que proponen como prueba: a) Diversos informes médicos y hojas de curso clínico de enfermería referentes al proceso asistencial por el que se reclama. b) Libro de Familia. c) Resoluciones de reconocimiento a la viuda y a una de las hijas del grado de minusvalía. d) Factura en concepto de servicio fúnebre por importe de 2.420 €. e) Comunicación dirigida al padre y esposo de las reclamantes, relativa a la revalorización de su pensión en el año 2015, de la que resulta que la cuantía íntegra de la misma ascendería ese año a 601,90 €.

2. Mediante oficio de 7 de diciembre de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica a las interesadas 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. El día 13 de diciembre de 2016, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto comunica a la Gerencia del Área Sanitaria IV la presentación de la reclamación y solicita un informe "de los servicios intervinientes (Urgencias y Cirugía Torácica) en relación con el contenido de la reclamación, así como una copia de la historia clínica" del paciente.

4. Mediante oficio de 20 de diciembre de 2016, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV envía al Inspector de Prestaciones Sanitarias una copia de la historia clínica.

El día 29 del mismo mes, le remite el informe elaborado por el Jefe del Servicio de Cirugía Torácica del Hospital con fecha 27 de diciembre de 2016. En él se indica que cuando el 6 de noviembre de 2015 el paciente acude al Servicio de Urgencias está "consciente, orientado, manteniendo tensiones y frecuencias cardíacas. Refiere dolor en hemitórax izquierdo que aumenta con la movilidad y la respiración profunda. En Rx de tórax se visualizan fracturas

unifocales a nivel de los arcos costales 7.º y 8.º, no hemo/neumotórax ni signos de contusión pulmonar. Diafragma y mediastino normal. Paquipleuritis derecha. La analítica presenta un hemograma y una bioquímica rigurosamente normal y una discretísima hipoxemia sin retención de carbónico en probable relación con la restricción respiratoria secundaria a la paquipleuritis derecha que presenta (...). El día posterior al ingreso se repiten controles radiológicos donde se demuestran únicamente fracturas costales izdas., sin otra patología aguda acompañante. En este momento el paciente se encuentra eupneico con SaO₂ de 95 %. Siguiendo todos los protocolos establecidos para los traumas torácicos, se decidió alta a domicilio por parte del Servicio de Urgencias, con tratamiento analgésico y antiinflamatorio adecuados". Cuando acude nuevamente al Servicio de Urgencias el día 10 de noviembre "por persistencia del dolor (...) presenta SaO₂ de 98 % y durante la exploración física se aprecia hematoma en pared torácica, así como enfisema subcutáneo, motivo por el cual avisan a Cirugía Torácica, quien ante la evolución que presenta el enfermo solicita TAC torácico urgente donde se comprueba la existencia de (las) fracturas costales mencionadas, moderado neumotórax, enfisema subcutáneo y mediastínico asociados, acompañado de pequeño derrame pleural izdo. compatible con hemotórax y atelectasia de lóbulo inferior izdo. Asimismo presenta fracturas costales antiguas derechas y enfisema pulmonar centrolobulillar./ El paciente permanece estable hemodinámicamente con analíticas dentro de la normalidad./ De acuerdo con los hallazgos (...) es ingresado en planta de hospitalización, colocándose drenaje torácico izdo. aspirativo, obteniéndose expansión pulmonar completa posterior. Control del dolor y vigilancia clínico/radiológica./ La evolución inicial es aceptable con un adecuado control del dolor y aceptable función respiratoria con Ventimask al 40 %./ El paciente no presentó en ese momento disfunciones orgánicas asociadas, manteniéndose la clínica respiratoria sin variaciones hasta el día 13 de noviembre de 2015, (en) que presenta cuadro de desaturación que motiva consulta al Servicio de UVI, que decide trasladar al paciente a su cargo./ A las 24 horas del ingreso en UVI (...) se le diagnostica de neumonía nosocomial (no visible en radiografía de

tórax del día del ingreso) con bacteriemia asociada, estableciéndose cobertura empírica con Tazocel y Linezolid./ El día 17 de noviembre se produce empeoramiento brusco de la insuficiencia respiratoria del enfermo que determinó parada cardiorrespiratoria que no fue posible recuperar pese a las maniobras de reanimación". Concluye que "de todo lo expuesto se desprende que la actuación del Servicio de Cirugía Torácica en todo el proceso fue completamente ajustada a la *lex artis*".

Con fecha 2 de febrero de 2017, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV traslada al Inspector de Prestaciones Sanitarias el informe emitido por el Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias con fecha 28 de noviembre de 2016. En él se señala que "revisadas las imágenes de los estudios radiológicos realizados (...) no se identifican indicios de complicaciones intratorácicas de las fracturas costales, ni al ingreso el día seis ni en el control previo al alta del día siete./ Por lo expuesto, se puede afirmar que (el paciente) se fue de alta a su domicilio al no presentar ninguna evidencia clínica ni radiológica que hiciera sospechar la aparición de complicaciones de sus fracturas costales".

5. Con fecha 11 de mayo de 2017, y a instancia de la entidad aseguradora, emiten informe cuatro especialistas en Cirugía General. En él refieren que "los traumatismos torácicos (...) son causa importante de morbilidad y mortalidad, siendo directamente responsables del 20-25 % de las muertes debidas a traumatismos y contribuyen en el fallecimiento de otro 25 %. La mayoría de los fallecimientos por (traumatismos torácicos) ocurren antes de la llegada a un centro sanitario, en los minutos siguientes a la lesión, y son debidos a la disrupción de grandes vasos, corazón o árbol traqueobronquial. Con un diagnóstico precoz y un adecuado manejo terapéutico en el Área de Urgencias muchas de estas muertes pueden ser evitadas. La mayoría de estos pacientes con lesiones torácicas podrán ser tratados de manera no quirúrgica, y solo el 10-15 % precisarán de una operación de Cirugía Torácica".

Señalan que “las fracturas costales (...) son las lesiones más frecuentes en los traumatismos costales cerrados, sobre todo en los adultos en los que existe una pérdida de elasticidad de las costillas y arcos cartilagosos (...). Desde el punto de vista clínico, las (fracturas costales) producen intenso dolor que se exagera con los movimientos respiratorios y obliga al paciente a disminuir la amplitud de las excursiones respiratorias. Esto origina una respiración superficial y rápida con la consiguiente hipoventilación alveolar./ Al mismo tiempo, el dolor impide al traumatizado (...) desarrollar una tos eficaz para eliminar las secreciones traqueobronquiales, las cuales se acumulan produciéndose atelectasias. Las (fracturas costales) pueden quedar enmascaradas por las lesiones de órganos intratorácicos y pasar inadvertidas. Cuando son aisladas lo más llamativo es el dolor. Este se desencadena con el más mínimo movimiento, con la tos y la respiración profunda y sobre todo con la palpación. El diagnóstico se confirmará mediante estudio radiológico./ El hemotórax es una secuela frecuente en los traumatismos torácicos. En gran n.º de ocasiones se asocia a neumotórax. Su mecanismo de evolución es muy variado, pudiendo deberse a las (fracturas costales) que han desgarrado la pleura y el pulmón subyacente, a lesiones de los vasos intercostales o lesiones de los grandes vasos y sus ramas./ Por lo general la hemorragia procedente de los pulmones suele ser pequeña, a menos que se produzca una grave laceración o esté lesionado un vaso importante. Cuando la pérdida hemática es pequeña, menor de 500 cc, puede pasar inadvertida; sin embargo, una hemorragia superior a 1.000 cc producirá un cuadro de shock hipovolémico con todo su cortejo clínico, al que se sumará el de compresión pulmonar con sensación de peso en el hemitórax afectado, disnea y en los casos graves hipoxemia./ El tratamiento de las (fracturas costales) aisladas y del esternón no precisa medidas especiales. Serán de utilidad los analgésicos, las infiltraciones de los nervios intercostales a nivel de las apófisis trasversas. El vendaje compresivo, tan usado antiguamente, está proscrito hoy día por no inmovilizar bien los focos de fractura y por el contrario dificultar la respiración”.

Seguidamente realizan unas “consideraciones sobre las infecciones nosocomiales”, respecto de las cuales precisan que “son aquellas adquiridas en el hospital o en centros que agrupan enfermos” y “se presentan a partir de las 48-72 horas del ingreso del paciente”. Significan que “siguen siendo un problema relevante en los hospitales españoles, a pesar de los buenos niveles de control conseguidos y de la elevada concienciación del personal sanitario. Este hecho se debe a múltiples factores, entre ellos, la mayor frecuencia de pacientes con alta susceptibilidad a las infecciones, el aumento de la complejidad de las intervenciones realizadas y en la realización de procedimientos invasivos y la aparición de microorganismos resistentes a los antibióticos. Dentro del esfuerzo por el control de la infección nosocomial se encuadra el desarrollo del estudio EPINE, en el que se encuentran implicados todos los hospitales de nuestro país y que supone básicamente un programa de vigilancia de la infección nosocomial, pues existe una base científica fundamentada de que la vigilancia es un método eficaz para la prevención de las infecciones nosocomiales. Pese a todo esto debemos recordar que la infección nosocomial supone un riesgo inherente a la hospitalización, y por tanto resulta imposible, pese a la adopción de todas las medidas para intentar evitarla, ofrecer ni asegurar a los pacientes un riesgo de infección cero”.

Finalmente, entienden que “la actuación de los profesionales en la urgencia del hospital es correcta y adecuada a protocolo” y que “el tratamiento en la UVI (...) hay que considerarlo absolutamente correcto y de acuerdo con el estado de la ciencia”, por lo que concluyen que “todos los profesionales que trataron al paciente (...) lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la *lex artis*”.

6. Mediante escrito notificado a las reclamantes el 4 de julio de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y les adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

7. Con fecha 12 de julio de 2017, un letrado que actúa en nombre y representación de las interesadas, según acredita mediante escritura de poder para pleitos, comparece en las dependencias administrativas y obtiene una copia de los documentos que integran el expediente.

El día 25 del mismo mes, las perjudicadas presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que señalan que, pese a que en su reclamación indicaban “dos motivos” por los que consideraban “deficiente” la asistencia prestada, “en primer lugar, por la indebida alta del día 7 de noviembre sin sospecha de las complicaciones que este padecía (a pesar de que un simple TAC habría bastado para su detección) y, en segundo lugar y fundamentalmente, por la infección nosocomial que (su familiar) contrajo y que se relaciona claramente con una mala praxis, pues (...) se manifestó en el orificio de entrada del tubo de drenaje pleural (...), siendo lo cierto que (el paciente) volvió de la sala donde se colocó dicho drenaje sin un simple apósito que cubriera el orificio de inserción (...), resulta que los informes y el dictamen incorporados al expediente administrativo nada dicen sobre esta cadena de acontecimientos”. Consideran “evidente” que los documentos administrativos señalados “no pueden estimarse adecuados para la resolución (...), al omitir y no analizar datos esenciales para valorar la asistencia sanitaria (...). Quizás sería más interesante conocer la opinión del responsable de la Unidad de Cuidados Intensivos (...), donde (el paciente) permaneció ingresado desde el día 13 hasta su fallecimiento (...), por lo que ese Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios debería (...) solicitar dicho informe a la UCI” del Hospital “antes de concluir la instrucción”.

Por otra parte, afirman que “si las fracturas costales son una patología de cierta gravedad” y “frecuentemente se asocia con hemotórax y neumotórax”, como se indica en el informe pericial emitido a instancias de la compañía aseguradora, “es evidente que ello debería (...) obligar a realizar los estudios necesarios para observar dichas frecuentes complicaciones, por lo que la realización de simples radiografías inadecuadas para observar las mismas (...) en vez de un TAC debe ser estimada insuficiente (...). No obstante, esta parte

sigue poniendo el foco fundamental de lo ocurrido en la infección nosocomial contraída, y en relación a esta en la falta de colocación de un apósito que cubriera el punto de inserción del tubo de tórax (...) y cuya ausencia obligó (al paciente) a permanecer una noche entera con una herida quirúrgica abierta al aire en un ambiente hospitalario, y en la ausencia de las preceptivas curas diarias de dicha herida y cambio del apósito, cuya importancia es evidente, tal y como se recoge en el Protocolo de drenaje torácico del Hospital de Donostia (...) y en el Protocolo de atención de enfermería al paciente con drenaje torácico del Hospital Universitario de Albacete” que adjuntan, “e incluso también en la falta de una adecuada profilaxis antibiótica al tratarse de un neumotórax traumático, tal y como se recoge en el citado protocolo del Hospital de Donostia”.

8. El día 18 de septiembre de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios propone desestimar la reclamación al considerar que “la asistencia prestada al paciente fue acorde a la *lex artis*. El alta del día 7-11-2015 no fue ‘prematura’, como afirman las reclamantes, sino que se dio tras estar el paciente 24 horas en observación sin que se observasen complicaciones. El paciente no fallece como consecuencia de la ‘infección del orificio de drenaje’, como alegan, sino por una neumonía que desencadenó una parada cardiorrespiratoria de la que no pudo recuperarse, muy probablemente debido (a) la acumulación de secreciones bronquiales e infección de las mismas al disminuir los movimientos respiratorios por el dolor”.

9. El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el 21 de diciembre de 2017, dictamina que en el estado de tramitación del procedimiento no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta planteada, y que aquel debe retrotraerse al objeto de realizar “cuantos actos de instrucción resulten precisos para aclarar si se aplicaron las medidas debidas para la prevención de infecciones, con particular análisis de las señaladas por las interesadas -esto es, la administración de profilaxis

antibiótica, la cura de la herida quirúrgica abierta para la colocación del drenaje y su protección con un apósito-; medidas todas ellas que recogen los protocolos de otros hospitales incorporados al expediente por haberlos aportado las reclamantes en el trámite de audiencia. Practicados los anteriores actos de instrucción, una vez evacuado un nuevo trámite de audiencia y formulada otra propuesta de resolución, habrá de instarse nuevamente el dictamen de este órgano”.

10. Se incorpora al expediente a continuación un escrito que desde el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos se dirige al Servicio instructor con fecha 14 de febrero de 2018 en el que se precisa, en relación con la “documentación solicitada como ampliación del expediente”, que “los consentimientos informados solicitados no se encuentran en documentación adicional, que es el apartado donde están digitalizados normalmente; por ese motivo se consultó con el Servicio de Admisión y Documentación Clínica, quien realizó un rastreo por la historia clínica (...) e incluso solicitó la misma en papel, no figurando en ella ninguno de dichos consentimientos”.

Asimismo, obra entre la documentación remitida el informe aclaratorio librado por el Servicio de Medicina Preventiva y Salud Pública a petición del Servicio instructor en fecha que no consta en el que se indica, en lo relativo a la administración de profilaxis antibiótica, que esta “debe administrarse en aquellos procedimientos e indicaciones recogidas en los protocolos del hospital basados en los conocimientos científico-técnicos, la epidemiología local, el balance riesgo-beneficio para evitar contribuir a incrementar la proporción de microorganismos multirresistentes detectados en el centro y especialmente del grado de contaminación de la herida”, y que “la profilaxis no está indicada en cirugía limpia, ni tampoco en cirugía sucia (solo en cirugía limpia-contaminada y/o contaminada)”. Explica que “se habla de herida limpia cuando el procedimiento, ceñido a la técnica aséptica, no entra dentro de un órgano o cavidad del cuerpo normalmente colonizado. El riesgo de infección de herida quirúrgica es mínimo y se origina en contaminantes de la colonización de la

piel". Afirma que, según "el protocolo del Hospital vigente en el año 2015, la colocación de un tubo de tórax se trata de una cirugía limpia y no está indicado administrar profilaxis antibiótica. Es por ello que este paciente no recibió profilaxis antibiótica", y que, en todo caso, "el uso de antibiótico profiláctico en la colocación de un tubo de drenaje (...) en el contexto de un traumatismo torácico contuso (no abierto) es controvertido, ya que no se ha demostrado mediante estudios controlados randomizados que reduzca las complicaciones infecciosas (neumonías y empiemas). Por este motivo no existe suficiente evidencia que justifique el uso sistemático de antibióticos en estos casos, y además se estaría contribuyendo al incremento de las resistencias a los antimicrobianos".

En cuanto a la cura de la herida de inserción del tubo de drenaje torácico, indica que "la colocación de un tubo de tórax es un procedimiento en el que se precisa asegurar las condiciones de asepsia y antisepsia, y que no precisa de colocación en quirófano (...). Tras la valoración del paciente por Cirugía Torácica se aplica el protocolo habitual de inserción (...). Después de la higiene de manos, vestimenta adecuada del cirujano y adecuada desinfección de la piel del paciente se coloca el drenaje torácico y se comprueba su permeabilidad y correcto funcionamiento. Finalmente se cubre la inserción del drenaje con un apósito estéril compuesto por dos compresas, una superior y otra inferior, favoreciendo mantener la posición neutral del drenaje (en perpendicular a la pared torácica) evitando que se doble al nivel de la piel./ En el caso que nos ocupa la cirujana torácica nos informa que el tubo fue insertado en la sala de críticos en Urgencias siguiendo el protocolo de asepsia en la inserción de tubos de drenaje torácico. Además, nos aclara que siempre se coloca un almohadillado con gasas recubriendo el orificio de entrada del tubo de drenaje a fin de que (...) se mantenga perpendicular a la pared torácica (...). Habitualmente en la historia clínica no son registradas todas las acciones de asepsia u otras realizadas para la inserción de un tubo de drenaje (...), ni su adherencia mediante un punto y cura realizada en la pared torácica. Sin embargo, sí que se documentaron los registros de los incidentes relevantes,

como quedó demostrado en el registro de un derrame del pleur-evac. No se evidencia que haya habido ningún incidente durante la inserción del tubo, ni en las curas diarias cada 24 horas que se deben realizar en la herida según protocolo vigente”, de las que existe constancia documental en el registro de enfermería incorporado a la historia clínica con la única salvedad del día “12-11-2015, en que no encontramos registros sobre la evolución de la herida”.

Tras reconocer que “todos los hospitales tenemos infección relacionada con la asistencia sanitaria” y afirmar que “el quirófano y la UVI fueron objeto de controles de bioseguridad y que de acuerdo con el EPINE la infección nosocomial se encontraba en parámetros similares a otros centros de la misma categoría y complejidad”, pone de relieve que “en los pacientes ancianos hospitalizados existen más posibilidades de padecer una infección porque comparten los elementos propios de un hospital (factores extrínsecos) y los propios de una población vulnerable por su envejecimiento y comorbilidades (factores intrínsecos)”, destacando que “al aumentar la edad se produce un daño genético en nuestro DNA y también un deterioro intrínseco de células inmunes” de modo que “el sistema inmunitario ya no funciona tan bien”, para terminar indicando que “ante una situación compleja en la que intervienen múltiples factores intrínsecos y extrínsecos al paciente que pudieran favorecer la infección no podríamos concluir inequívocamente que existieran circunstancias en las que no se hayan seguido los protocolos de seguridad del centro”.

Adjunta como anexo un documento en el que recoge la “técnica proporcionada por el Servicio de Cirugía Torácica para la colocación del drenaje torácico”.

Mediante escrito notificado a las reclamantes el 16 de mayo de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas les comunica la apertura de un nuevo trámite de audiencia por un plazo de quince días y les adjunta una copia de la documentación incorporada al expediente.

Con fecha 25 de mayo de 2018 las interesadas presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones. En él se remiten a lo expresado en la demanda presentada en el procedimiento ordinario que se sigue frente a la desestimación presunta de la reclamación, y tras afirmar que “no se ha realizado ninguno de los actos de instrucción que el Consejo Consultivo indicó en su dictamen” amplían el objeto de su pretensión a la “acreditada ausencia en la historia clínica del consentimiento informado para la colocación del tubo de tórax”, la cual -según señalan- constituye una nueva vulneración de la *lex artis ad hoc* -desconocida por los familiares del paciente hasta que la Administración reconoce su ausencia- que, conforme a reiterada jurisprudencia, “ocasiona un daño moral indemnizable por sí mismo al margen de la indemnización correspondiente al daño causado por la mala praxis” que cuantifican en 60.000 €. De acuerdo con ello, señalan que “la indemnización total que se solicita (...) asciende ahora a la cantidad de 254.677 €”.

Adjuntan copia de la demanda y documentación aportada en sede jurisdiccional contencioso-administrativa.

El día 4 de junio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas propone desestimar la reclamación con idénticos fundamentos a los expresados en la anterior propuesta de 18 de septiembre de 2017.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de junio 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.- En lo que a la legitimación se refiere, hemos de comenzar por señalar que las interesadas solicitan no solo el resarcimiento del daño moral que personalmente les ha irrogado el fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, sino también -mediante escrito presentado el día 25 de mayo de 2018- el correspondiente a la lesión del derecho a la autonomía del paciente fallecido, derivada de la colocación de un tubo de tórax sin que conste que se haya recabado su consentimiento para aquel procedimiento ni se le haya informado de los riesgos que llevaba aparejados.

No existiendo ninguna duda acerca de la legitimación activa de las reclamantes para instar los daños morales que les ha ocasionado el fallecimiento de su familiar a tenor de 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), analizaremos a continuación si están también legitimadas para reclamar el daño irrogado personalmente a su familiar antes del óbito como consecuencia de la vulneración del derecho a la autonomía del paciente. El estudio de esta cuestión requiere determinar con carácter previo si corresponde a las mismas la condición de herederas del finado, lo que no resulta acreditado en el expediente sometido a consulta.

En cuanto a la acreditación de la legitimación, este Consejo se ha venido pronunciando de manera constante sobre su carácter esencial, de modo que en ausencia de prueba sobre esta circunstancia la Administración no puede

presumirla y está obligada a exigir -y los particulares a efectuar- su acreditación, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 68.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC). Considerando lo anterior, si finalmente 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 previamente se verifique la legitimación de las interesadas para solicitar el resarcimiento del daño personalmente sufrido por su esposo y padre mediante la acreditación de su condición de herederas, concediéndoles un plazo para subsanar tal defecto con la advertencia de que si así no lo hicieran se las tendrá por desistidas de su petición previa resolución dictada en legal forma. 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.

A propósito de la legitimación de los herederos para reclamar los daños de naturaleza moral o, en definitiva, de carácter no patrimonial sufridos por el *de cuius*, este Consejo ha venido sosteniendo una tesis restrictiva que, en síntesis, parte de la consideración de que esta clase de daños deben reputarse de carácter personalísimo y, en consecuencia, no pueden transmitirse *mortis causa* (Dictámenes Núm. 177/2014, 8/2015, 152/2015, 278/2017 y 221/2018), si bien ha admitido que sus sucesores pudiesen subrogarse en la acción ejercitada por el causante y recibir la indemnización correspondiente en aquellos casos en que el propiamente perjudicado hubiera reclamado antes de fallecer (Dictamen Núm. 291/2016).

Entendemos que esta tesis, frente a la que se alza un sector de la doctrina y algunos pronunciamientos judiciales (entre los que destaca la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:2078-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), puede ser reconsiderada teniendo en cuenta que el derecho del perjudicado a ser indemnizado no nace cuando ejercita la acción resarcitoria, sino antes,

cuando se produce el daño y como consecuencia del hecho lesivo que lo provoca -al igual que sucede en las relaciones entre particulares, según establece el artículo 1089 del Código Civil-, y que es entonces cuando surge el derecho de crédito resarcitorio que ingresa en su patrimonio y puede transmitirse a los herederos.

Así lo ha entendido también el Tribunal Supremo en su Sentencia de 13 de septiembre de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:7648- (Sala de lo Civil) al afirmar en que "el derecho de la víctima a ser resarcido por las lesiones y daños nace como consecuencia del accidente que causa este menoscabo físico y la determinación de su alcance está (en) función de la entidad e individualización del daño, según el resultado de la prueba que se practique, que no tiene que ser coincidente con la del informe médico-forense. La consolidación posterior de las lesiones supone lo siguiente: por un lado, que los daños sufridos quedan fijados de acuerdo con el régimen legal vigente en el momento de la producción del hecho que ocasiona el daño, y que se valoren, a efectos de determinar el importe de la indemnización, en el momento en que se produce el alta definitiva del perjudicado. Por otro, que la acción puede ejercitarse puesto que la víctima tiene pleno conocimiento del mismo, por lo que es a partir de entonces cuando comienza la prescripción de la acción para reclamar la indemnización (...). En el presente caso, el perjuicio extrapatrimonial trae causa del accidente, y el alcance real del daño sufrido por la víctima estaba ya perfectamente determinado a través de un informe del médico forense por lo que, al margen de su posterior cuantificación, era transmisible a sus herederos puesto que no se extingue por su fallecimiento, conforme el artículo 659 del CC. Como señala la Sentencia de 10 de diciembre de 2009 (...), a partir de entonces existe una causa legal que legitima el desplazamiento patrimonial a favor del perjudicado de la indemnización por lesiones y secuelas concretadas en el alta definitiva, tratándose de un derecho que, aunque no fuera ejercitado en vida de la víctima, pasó desde ese momento a integrar su patrimonio hereditario, con lo que serán sus herederos, en este caso sus padres, los que ostentan derecho *-iure hereditatis-* y, por tanto, legitimación para exigir a la aseguradora su

obligación de indemnizar lo que el causante sufrió efectivamente y pudo recibir en vida, a cuenta de la cual, y de los intereses que pudieran corresponderle, entregó la aseguradora la cantidad de 312.527,75 euros, como legitimación tienen también, aunque no la actúen en este caso, como perjudicados por el fallecimiento que resulta del mismo accidente *-iure proprio-* puesto que se trata de daños distintos y compatibles”.

A mayor abundamiento, si se admitiera que el derecho a ser indemnizado solo nace en el momento en que se ejercita la acción -argumento implícito en la tesis de la intransmisibilidad del daño no reclamado en vida- sería difícil de explicar cómo puede la Administración declarar su propia responsabilidad de oficio, esto es, a falta de cualquier solicitud del perjudicado; por qué se computa el plazo de prescripción de la acción desde la fecha de producción del hecho o acto que motiva la indemnización, es decir, respecto de un derecho que todavía no ha nacido, o qué razón justifica que la cuantía de la indemnización se calcule por referencia al día en que la lesión se produjo.

Cabe argumentar asimismo en favor de la postura que ahora sostenemos que, si bien el artículo 659 del Código Civil excluye de la herencia los derechos personalísimos que se extinguen con la muerte, tanto la doctrina civilista como los tribunales distinguen entre aquellos derechos, que son irrenunciables, imprescriptibles e intransmisibles, y el derecho de crédito resarcitorio derivado de su lesión, que pasa a integrar la herencia en el caso de fallecimiento del perjudicado. A mayor abundamiento, el artículo 1112 del Código Civil dispone que “Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario”, y si bien cabría argumentar que este artículo se refiere a las obligaciones que nacen de un contrato, lo cierto es que no hay razón alguna para excluir la operatividad de esta regla cuando la obligación de resarcir no deriva de un contrato sino de la ley o de los “actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia”, en los términos de lo dispuesto en el artículo 1089 del mismo Código.

También con base en la citada norma, viene sosteniendo la transmisibilidad del derecho al resarcimiento el orden jurisdiccional social, tal y como se recoge en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2018 -ECLI:ECLI:ES:TS:2018:3321- (Sala de lo Social, Sección 1.ª), en la que se sostiene que “conforme al artículo 661 del Código Civil suceden al causante en todos sus derechos y obligaciones, derechos entre los que se encuentran las acciones resarcitorias no ejercitadas por el mismo y no prescritas al tiempo de su fallecimiento y es que, conforme al artículo 659 del citado Código, la herencia comprende todos los derechos y obligaciones de una persona que no se extingan con su muerte. Ello sentado, la cuestión consiste en determinar si el derecho a la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el causante se transmite a sus herederos cuando fallece antes de pedir o de obtener la reparación de los mismos, cuestión que debe obtener respuesta positiva porque se trata de un derecho ya nacido que forma parte de su patrimonio, aunque se trate de daños morales, pues, conforme a los artículos 1101 y siguientes del Código Civil y a la jurisprudencia de esta Sala, quien causa un daño debe repararlo en su integridad, hasta conseguir la completa indemnidad, lo que supone la obligación de reparar todos los daños patrimoniales causados, así como también los daños morales”.

La tesis de la transmisibilidad del derecho al resarcimiento cabe encontrarla también en otros textos legales, y así el artículo 76 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, establece que “El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar”.

Por ello, y teniendo en cuenta lo anteriormente referido, concluimos que las interesadas se encuentran activamente legitimadas para reclamar el daño irrogado a su familiar como consecuencia de la vulneración del derecho a la autonomía del paciente siempre que acrediten su condición de herederas.

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, en que los daños que se reclaman son de una doble naturaleza, es claro que, habiendo tenido lugar el fallecimiento del que traen origen el día 17 de noviembre de 2015, y que la reclamación fue presentada con fecha 15 de noviembre de 2016, ha sido formulada en plazo respecto de los daños personalmente sufridos por las interesadas. También debe considerarse tempestivamente ejercitada la reclamación de los daños irrogados al paciente antes de su fallecimiento, pues esta se ha ejercitado el día 25 de mayo de 2018 y las reclamantes solo han podido tener conocimiento pleno de aquel daño, de conformidad con el principio de la *actio nata*, con motivo de las consultas realizadas al expediente los días 12 de julio de 2017 y 16 de mayo de 2018, durante la sustanciación de los dos trámites de audiencia.

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 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 del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Ahora bien, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen 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 referida LPAC.

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 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.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados tanto del fallecimiento de un paciente a causa de una infección nosocomial, como de la lesión del derecho a la autonomía del mismo por omisión del consentimiento informado previo a la práctica de un procedimiento terapéutico invasor (colocación de un drenaje pleural izquierdo).

Del examen del expediente resulta acreditada la defunción por la que se reclama, por lo que cabe presumir en las interesadas, dado el cercano parentesco que las unía al paciente, la existencia de un daño moral cierto. Asimismo, puesto que la propia Administración reconoce que no le consta que se haya recabado del paciente el oportuno consentimiento informado, ni se advierte en la historia clínica rastro alguno de que se haya advertido al mismo de los riesgos de la colocación del tubo de drenaje con carácter previo a la prestación de su consentimiento, hemos de tener por acreditado el daño moral

derivado de tal ausencia, intrínsecamente ligado al derecho fundamental del enfermo a su integridad física, según ha señalado el Tribunal Constitucional en la Sentencia 37/2011, de 28 de marzo -ECLI:ES:TC:2011:37-.

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, pues ha de probarse que aquel se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público y que es antijurídico.

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*. Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba, en alguna de sus modalidades, 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.

Reprochan las interesadas al servicio público sanitario, en primer lugar, un retraso en el diagnóstico de la dolencia que su familiar padecía ya durante el primer ingreso hospitalario, pues -según señalan- inicialmente se le diagnosticaron solo una serie de fracturas costales pasando desapercibido un neumotórax que solo se evidenciaría cuatro días más tarde cuando el estado del paciente había empeorado notablemente. Ahora bien, no justifican en qué medida tal demora habría contribuido a causar los daños por los que reclaman. La segunda reconvención se refiere a la irregular colocación del tubo de drenaje pleural que -sostienen- se realizó sin guardar las debidas medidas de asepsia ni realizar las curas de la herida con la periodicidad exigible, afirmando que tal forma de proceder determinó la adquisición por el paciente de una infección por *Staphylococcus aureus* que “provocaría tres días después la muerte”. Por último, censuran al servicio público que no haya recabado del paciente el oportuno consentimiento informado para la práctica de la citada intervención.

En cuanto a la demora en la detección del neumotórax, advertimos que las reclamantes no precisan qué indicios o síntomas permitían anticipar el diagnóstico en el momento de la asistencia, limitándose a indicar que habría “bastado la realización de un simple TAC para su detección”. Frente a tal reproche, debemos señalar una vez más que el servicio público sanitario no tiene la obligación de determinar la naturaleza de la enfermedad antes de la manifestación de sus signos clínicos típicos, ciñéndose el deber médico a la aplicación de los medios precisos en función de los síntomas mostrados por los pacientes. En otras palabras, la *lex artis* médica no impone la práctica de más pruebas diagnósticas que las indicadas en función de los síntomas y signos clínicos apreciados en cada paciente, ni mucho menos ampara la realización indiscriminada, de inicio y a falta de cualquier sospecha clínica, de pruebas que al conllevar una exposición radiológica que es acumulativa podrían no resultar inocuas a largo plazo. Respecto al diagnóstico del neumotórax, los especialistas que informan a instancias de la entidad aseguradora explican que es habitual que este tipo de lesiones pasen desapercibidas, pues “por lo general la hemorragia procedente de los pulmones suele ser pequeña, a menos que se

produzca una grave laceración o esté lesionado un vaso importante”, de modo que solo cuando la hemorragia supere los “1.000 cc producirá un cuadro de shock hipovolémico con todo su cortejo clínico, al que se sumará el de compresión pulmonar con sensación de peso en el hemitórax afectado, disnea y en los casos graves hipoxemia”. Por ello, el servicio público solo está obligado a diagnosticar, conforme a la *lex artis*, los neumotórax con manifestación clínica suficientemente sugestiva, lo que no ha resultado probado en el caso de que se trata.

Por otra parte, en cuanto a la crítica relativa a la falta de seguimiento de las oportunas medidas de asepsia y prevención de infecciones en el contexto de la colocación del tubo torácico de drenaje pleural, igualmente carente de prueba, el mismo es desmentido en el informe del Servicio de Medicina Preventiva y Salud Pública incorporado al expediente, en el que se afirma, una vez consultado el caso con la cirujana torácica que lo colocó, que “fue insertado en la sala de críticos en Urgencias siguiendo el protocolo de asepsia en la inserción de tubos de drenaje torácico” sin registrarse ningún incidente. No existe prueba de que la herida se dejase al aire, como manifiestan las reclamantes; al contrario, según aclara aquella facultativa, “siempre se coloca un almohadillado con gasas recubriendo el orificio de entrada del tubo de drenaje a fin de que (...) se mantenga perpendicular a la pared torácica”. Por otro lado, existe rastro en la historia clínica de que se practicaron curas de la herida cada veinticuatro horas, con la salvedad del día 12 de noviembre, en que no hay registros; con todo, lo cierto es que la herida se infectó. Ahora bien, el mero hecho de la infección no puede justificar en este caso que la pretensión resarcitoria en lo relativo al contagio pueda prosperar, pues la Administración ha acreditado una conducta ajustada a la *lex artis* al probar que se adoptaron las medidas de asepsia precisas. En otras palabras, constatado que se pusieron a disposición del paciente los medios preventivos exigibles, no puede pretenderse que la responsabilidad patrimonial pueda derivar del simple hecho del contagio, pues las infecciones, aun adoptando las más exquisitas medidas preventivas, no pueden evitarse en el 100 % de los casos.

Por lo que se refiere a las infecciones hospitalarias, este Consejo viene manteniendo reiteradamente la misma postura que sostiene el Consejo de Estado cuando afirma que, "en el actual estado de la ciencia y de la técnica médicas, es imposible erradicar por completo el riesgo de que se produzcan infecciones nosocomiales, cualesquiera que sean las medidas profilácticas y preventivas adoptadas. Por el contrario, su incidencia es relativamente alta adoptando todas las medidas disponibles en el actual estado de la técnica. Siendo la obligación de la Administración sanitaria a este respecto una obligación de medios y no de resultado, lo que resulta exigible a aquella es proporcionar información cumplida al paciente y cumplir estrictamente los protocolos de prevención y profilaxis, incluyendo obviamente la aplicación de las debidas medidas de asepsia" (entre otros, Dictamen 890/2008, de 24 de julio). Y así lo sentaba recientemente el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias al declarar que "en materia de asepsia hospitalaria hemos de recordar que ha de acreditarse el estándar de cuidado y limpieza para evitar en lo técnica y humanamente posible las rebeldes infecciones hospitalarias, y que corresponde a la Administración sanitaria, bajo el principio de facilidad probatoria (art. 217.7 LEC) o por aplicación de la doctrina del daño desproporcionado en su caso, justificar que ha cumplido con los protocolos de asepsia en el caso. Por lo expuesto ha de estarse al criterio del Tribunal Supremo que sintetiza" la Sentencia de 5 de octubre de 2010 cuando señala que "es claro que el mero hecho de haber contraído una infección en un hospital no puede dar derecho a indemnización, ni siquiera cuando la infección tiene resultados tan graves como en este caso. Hay que destacar que, en el estado actual de la ciencia y la técnica, el riesgo de infecciones es frecuente en los hospitales, sin que a menudo sea posible adoptar medidas eficaces para eliminarlo o paliarlo. Ello significa que contraer una infección en un hospital puede muy bien deberse a fuerza mayor en el sentido del art. 139.1" de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (equivalente al actual 34.1 de la LRJSP) "y, por tanto, constituir una circunstancia excluyente de la responsabilidad patrimonial de la Administración" -ECLI:ES:TSJAS:2017:3028-.

Con todo, lo cierto es que el paciente no falleció a consecuencia de la infección de la herida causada al insertar el tubo de tórax, como afirman las reclamantes, sino por una neumonía nosocomial “que desencadenó una parada cardiorrespiratoria de la que no pudo recuperarse, muy probablemente debido (a) la acumulación de secreciones bronquiales e infección de las mismas al disminuir los movimientos respiratorios por el dolor”, según se indica en la propuesta de resolución, resultando lo anterior suficiente para que deba desestimarse la pretensión indemnizatoria en lo relativo a los daños morales derivados del fallecimiento, por ser evidente la inexistencia de nexo causal entre el resultado dañoso materializado en la muerte del paciente y la actuación asistencial a que las reclamantes imputan tal daño (la colocación de un tubo de tórax).

Ahora bien, la pretensión resarcitoria de las reclamantes debe prosperar respecto al daño moral irrogado al paciente al haberle practicado el procedimiento invasivo que acabamos de citar (la colocación del tubo) sin contar con su consentimiento expreso ni haberle informado de los riesgos de la intervención, algunos de los cuales -con exclusión de la muerte que, como acabamos de señalar, se produciría a causa de un proceso infeccioso distinto- acabarían por materializarse. En consecuencia, la Administración viene obligada a indemnizar a sus familiares por este daño siempre y cuando acrediten con carácter previo la condición de herederas, por cuanto el mismo es antijurídico y se produce mediando lesión del derecho de autodeterminación del paciente.

SÉPTIMA.- En su solicitud las interesadas solicitan una indemnización por daño moral derivado de la omisión del consentimiento informado que cuantifican en 60.000 €. Esta cantidad parece excesiva en la medida en que consta en el expediente que los daños derivados de la intervención en la que se omitió el consentimiento no fueron determinantes de la muerte del enfermo.

La necesidad de recabar el consentimiento informado constituye una obligación del personal médico cuyo incumplimiento dará lugar a la satisfacción de una indemnización en beneficio del paciente siempre que exista un daño

antijurídico, y con independencia de si la actuación médica fue acorde con la *lex artis* o no. A la hora de fijar la cuantía indemnizatoria debemos tener presente que los efectos que originan la falta de información, a tenor de la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de marzo de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:1804- (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), “están especialmente vinculados a la clase de intervención: necesaria o asistencial, voluntaria o satisfactiva, teniendo en cuenta las evidentes distinciones que la jurisprudencia de esta Sala ha introducido en orden a la información que se debe procurar al paciente, más rigurosa en la segunda que en la primera, dada la necesidad de evitar que se silencien los riesgos excepcionales ante cuyo conocimiento el paciente podría sustraerse a una intervención innecesaria o de una necesidad relativa”. Dicha sentencia expone las modalidades disponibles para llevar a cabo la cuantificación de la suma indemnizatoria: por los totales perjuicios causados, con el alcance propio del daño moral y patrimonial, o como una pérdida de oportunidad. Aunque esta cuestión no es pacífica, la tendencia mayoritaria asimila la falta de consentimiento a la pérdida de oportunidades o de expectativas, “en las que no se identifica necesariamente con la gravedad y trascendencia del daño, sino con una fracción del daño corporal considerado en su integridad en razón a una evidente incertidumbre causal sobre el resultado final, previa ponderación de aquellas circunstancias que se estimen relevantes desde el punto de vista de la responsabilidad médica (gravedad de la intervención, virtualidad real de la alternativa terapéutica no informada, posibilidades de fracaso)”.

Las dificultades que entraña una cuantificación de ese daño moral son consecuencia no solo de la ausencia de baremos objetivos a los que ajustarse, sino principalmente de la “evidente incertidumbre causal en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haber sido informado el paciente” (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:279-, Sala de lo Civil, Sección 1.ª). Así, la suma resarcitoria en algunos casos vendrá determinada por una cantidad a tanto alzado y en otros por lo que el Tribunal Supremo denomina “régimen especial de imputación probabilística”, que permite reparar en parte el daño, como es la

pérdida de oportunidad, tomando como referencia, “de un lado, el daño a la salud sufrido a resultas de la intervención y, de otro, la capacidad de decisión de un paciente razonable que valora su situación personal y decide libremente sustraerse o no a la intervención quirúrgica sin el beneficio de conocer las consecuencias para su salud una vez que estas ya se han producido”, como sucede en la sentencia arriba mencionada, que precisa que “el daño que fundamenta la responsabilidad (...), atendidas las circunstancias de este caso”, es “el que resulta de haberse omitido una información adecuada y suficiente sobre un riesgo muy bajo y de su posterior materialización, de tal forma que la relación de causalidad se debe establecer entre la omisión de la información y la posibilidad de haberse sustraído a la intervención médica cuyos riesgos se han materializado”.

Al objeto de fijar la cuantía indemnizatoria en el caso examinado debe tenerse en cuenta que, a la vista de lo actuado en el procedimiento, puede descartarse razonablemente que la colocación del tubo de tórax se haya realizado en una situación de riesgo inmediato grave para la integridad del paciente que impidiera obtener su autorización, ya que la Administración en ningún momento ha opuesto a la alegada falta de consentimiento tal circunstancia, que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.2.b) de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, habría eximido al personal interviniente de recabarlo. Ahora bien, con independencia de que no se tratara efectivamente de una situación de urgencia vital, atendido que el proceso patológico que se pretendía solventar con la intervención (hemotórax) no era banal, y considerando que no consta en el expediente que existieran otras alternativas terapéuticas para el drenaje de la sangre torácica, podemos razonablemente presumir que de haber sido informado el paciente de los riesgos que conllevaba la colocación del tubo no la hubiera rechazado. Por ello, estimamos que la cuantía indemnizatoria por el daño ocasionado al causante de quienes aquí reclaman puede fijarse, a prudente arbitrio, en la cantidad de 3.000 €.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, en consecuencia, una vez atendidas las observaciones esenciales contenidas en el cuerpo de este dictamen, estimar parcialmente la reclamación presentada, indemnizando a en los términos anteriormente señalados.”

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.