

Expediente Núm. 223/2019
Dictamen Núm. 35/2020

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 18 de febrero de 2020, 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 3 de septiembre de 2019 -registrada de entrada el día 6 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del retraso diagnóstico de una fractura costal.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 4 de enero de 2019, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que atribuye, principalmente, a la falta de diagnóstico de varias costillas fracturadas.

Expone que “en el primer trimestre de 2017” acudió a su médico de familia “tras caída sobre unos maderos”, y que el facultativo se limitó “a pautar calmantes para el dolor” sin solicitar “ninguna prueba diagnóstica ni la valoración

de otro facultativo especialista”, a pesar de que “su costado izquierdo estaba completamente amoratado y era doloroso”.

Refiere que “meses más tarde, concretamente el 9-11-2017, a las 3:27 h”, debe acudir al Servicio de Urgencias del Hospital “X”, “por dolor torácico izquierdo y disnea, ya que desde hacía tres semanas notaba molestias faríngeas (con expectoración sanguinolenta desde el 9-11-17), así como tos seca y disnea, malestar general asociado a fiebre intermitente con sudoración, temblores y escalofríos, notando esa madrugada dolor pleurítico izquierdo desde la columna hacia la derecha acompañado de disnea en reposo”. Indica que “tras la exploración física y realización de pruebas complementarias (analíticas, ECO abdominal y radiografías de abdomen y tórax) se diagnostica sepsis de origen incierto, probablemente respiratorio, y acidosis mixta, quedando ingresado en el hospital”. Días después es trasladado al Hospital “Y”, donde se le diagnostican, entre otras patologías, “callos de fractura en 4.^a, 5.^a y en 11.^a costillas izquierdas”, siendo intervenido de forma urgente para la práctica de “toracotomía anterolateral para limpieza y evacuación de empiema paraneumónico izquierdo”.

Señala que el 23 de noviembre de 2017 una nueva prueba de imagen revela la existencia, entre otras patologías, de “fractura costal del quinto arco izquierdo no presente en estudio previo”, y que fue intervenido nuevamente de urgencia “por hemotórax/hematoma retenido mediante toracotomía anterolateral izquierda iterativa”, siendo derivado el 7 de diciembre al Hospital “X”. Precisa que el 19 de diciembre de 2017 acude a consulta de Cirugía Torácica del Hospital “Y” y que es “alta con recomendación de curas diarias de la herida”. Añade que la última revisión en Neumología del Hospital “Y” se produce “en junio de 2018”, y que en la última que se lleva a cabo en el Hospital “X” el 8 de noviembre de 2018 “todavía permanece el pinzamiento del seno costofrénico izquierdo, residual”.

Afirma que a causa de todo este proceso sufre “secuelas estéticas” debido “a las intervenciones quirúrgicas y úlcera, así como insensibilidad de pie izquierdo, con hormigueos y cojera”. Niega haber sido informado “de las

consecuencias de los diversos procedimientos e intervenciones quirúrgicas” a las que se sometió.

Sostiene que debido a la falta de diagnóstico de la fractura de tres costillas “se produjeron importantes lesiones en la pleura”, y que a consecuencia de ello sufrió “una grave infección en los pulmones y gravísimas complicaciones que pusieron en riesgo (su) vida, debiendo ser intervenido de urgencia en dos ocasiones”.

Solicita una indemnización que asciende a cien mil euros (100.000 €), y acompaña a su solicitud diversa documentación médica relacionada con la asistencia recibida.

2. Mediante escrito de 29 de enero de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado 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. A requerimiento del Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el día 6 de marzo de 2019 la responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite una copia de la historia clínica del paciente, así como los informes médicos emitidos por los Servicios de Cirugía Torácica y de Anestesia y Reanimación.

4. El día 13 de marzo de 2019, la Gerente del Área Sanitaria VII envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la documentación obrante en la historia clínica del paciente, tanto hospitalaria como de Atención Primaria. Asimismo, le acompaña los informes emitidos por las Jefas de los Servicios de Medicina Interna y de Cirugía General y del Aparato Digestivo del Hospital “X”.

5. El día 20 de mayo de 2019, una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal, emite un informe pericial a instancia de la compañía aseguradora en el

que concluye que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* (...) y, por lo tanto, correspondería desestimar la reclamación”.

6. Mediante oficio notificado al interesado el 20 de junio de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 10 de julio de 2019, presenta este un escrito de alegaciones en el que se ratifica en el contenido de su reclamación.

7. El día 9 de agosto de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de septiembre de 2019, 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 Salud, 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 interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante 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 4 de enero de 2019, constando en la documentación clínica que obra en el expediente que en noviembre de 2018 aún persiste un "pinzamiento" que se anuda a la mala praxis denunciada, por lo que es claro que se acciona 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 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 que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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, 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; requisitos cuya exigencia constituye “doctrina jurisprudencial reiteradísima” (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:1997-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

SEXTA.- El interesado solicita una indemnización por los daños y perjuicios que, a su juicio, derivan de un retraso diagnóstico cometido por el servicio público sanitario.

Al respecto, la documentación clínica obrante en el expediente revela que durante un ingreso hospitalario que tuvo lugar en el mes de noviembre de 2017 al paciente le fueron detectados “callos de fractura en 4.ª, 5.ª y en 11.ª costillas izquierdas”, siendo intervenido ese mismo mes en dos ocasiones por el Servicio de Cirugía Torácica del Hospital “Y”. Por tanto, sin descender ahora a su etiología, se aprecia un daño efectivo en el seno de la atención sanitaria dispensada.

No obstante, la mera constatación de un perjuicio como el reconocido, surgido en el curso de la actuación del servicio público sanitario, no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el

funcionamiento de aquel servicio público.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo (entre otros, Dictamen Núm. 103/2019), 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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

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.

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.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que un hipotético defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También es criterio de este Consejo (entre otros, Dictamen Núm. 285/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de esos supuestos, 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 supuesto examinado, el reclamante considera que a consecuencia de la falta de diagnóstico de la fractura de tres costillas (error que atribuye a su facultativo de Atención Primaria) “se produjeron importantes lesiones en la pleura”, y que debido a ello sufrió “una grave infección en los pulmones y gravísimas complicaciones que pusieron en riesgo (su) vida, debiendo ser intervenido de urgencia en dos ocasiones”. Añade que durante su ingreso en el Hospital “Y” “entre los días 20 y 23 de noviembre de 2017 se produce la fractura del quinto arco izquierdo que no tenía con anterioridad”. Asimismo, reprocha “la ausencia de información sobre los riesgos de las intervenciones, las alternativas a las mismas y las secuelas” que finalmente padece.

Con base en estas imputaciones, el perjudicado anuda a una supuesta mala praxis todas las dolencias que suceden al invocado episodio de fractura costal. Sin embargo, en primer término, debemos puntualizar, que no se acredita el vínculo causal entre esa lesión tardíamente detectada y el grueso del daño cuyo resarcimiento se impetra. En el informe pericial aportado por la compañía

aseguradora así como en el que suscribe el técnico que elabora la propuesta de resolución se razona que “las fracturas costales antiguas” como las que presenta el paciente “no condicionan lesiones pleurales ni suponen predisposición a presentar neumonías con posterioridad”, lo que permite descartar el nexo causal entre las mismas y el episodio de “neumonía LII con empiema secundario” que se manifiesta meses después. Al respecto, nada opone ni argumenta de contrario el interesado en la fase de alegaciones por lo que no puede estimarse probado el engarce fáctico que postula.

Advertida la quiebra del vínculo entre el invocado retardo y esos posteriores padecimientos, reparamos en que ni siquiera queda acreditado el hecho de la caída que -según la versión del reclamante- causó la lesión ósea; esto es, no existe constancia en el expediente de que el paciente haya acudido a su centro de salud con una fractura costal. En la historia clínica de Atención Primaria no figura anotado que se prestara asistencia por la misma, pues en ese periodo únicamente consta la prescripción, en el mes de marzo de 2017, de un inhalador, y de hecho el paciente no indica en ningún momento que informara a su médico de Atención Primaria sobre el accidente. Tampoco en el informe emitido por la Jefa del Servicio de Medicina Interna del Hospital “X” se reseña que el paciente haya hecho referencia alguna “a haber sufrido antecedente traumático sobre región costal”, y en las pruebas de imagen practicadas a su ingreso en el citado centro el 9 de noviembre de 2017 no se detecta ninguna fractura. De ahí que en el informe elaborado a instancias de la compañía aseguradora se aprecie que la afirmación del reclamante -su “costado izquierdo estaba completamente amoratado y era doloroso”, ante lo que “el facultativo se limitó a pautar calmantes para el dolor” sin solicitar “ninguna prueba diagnóstica ni la valoración de otro facultativo especialista”- carece de sustento alguno en la documentación clínica que consta en el expediente. La valoración conjunta de estos elementos nos aboca considerar huérfana de acreditación la existencia misma de las lesiones en el momento en que -según el reclamante- debieron detectarse, lo que impide estimar la pretensión resarcitoria deducida por el retraso diagnóstico.

Es más, aun en la hipótesis de que el paciente hubiera acudido a su médico de Atención Primaria con la fractura que describe, es manifiesto que no presentaba entonces los síntomas o signos (dolor y tumefacción) con la intensidad que refiere. Al respecto, debemos reiterar 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, y como venimos señalando de forma constante (por todos, Dictamen Núm. 146/2019), la *lex artis* médica no impone el empleo de más técnicas diagnósticas que las indicadas en función de los síntomas y signos clínicos apreciados en cada paciente, ni mucho menos ampara la realización prospectiva o indiscriminada de pruebas a falta de cualquier sospecha clínica.

Debemos subrayar, asimismo, que el hecho de que sea la clínica la que determina el alcance de la obligación de medios excluye que pueda proyectarse *ex post facto* al juicio sobre la corrección de la actuación sanitaria el estado de situación ignorado al momento de la atención dispensada y conocido más tarde -en el asunto de que se trata, la fractura costal-. Por ello, quien persigue ser indemnizado por mala praxis en la fase de diagnóstico debe acreditar que los síntomas o signos existentes al tiempo de recibir la asistencia que reputa deficiente eran sugestivos en aquel momento de la patología finalmente evidenciada -al menos en un grado de probabilidad suficientemente significativo, ya que existen enfermedades de diversa entidad y prevalencia que cursan una clínica similar-, y que tal sospecha diagnóstica imponía la aplicación de técnicas y medios distintos de los empleados. En este caso tal extremo no ha sido mínimamente probado por el reclamante, quien no solo no ha aportado pericial médica que justifique la procedencia de practicar las pruebas diagnósticas en el momento que indica (primer trimestre de 2017), sino que ni siquiera proporciona dato alguno que avale la presencia entonces de síntomas de la patología posteriormente detectada y los datos clínicos obrantes en el expediente no reflejan ni la causa ni la asistencia sanitaria por esa dolencia.

En suma, aunque la patología estuviera presente cuando el perjudicado acude a su centro de salud, todas las periciales obrantes en el expediente concluyen que la actuación de los facultativos se ajustó a la *lex artis ad hoc*, sin que aquel aporte elemento alguno que las desvirtúe ni argumente de contrario en el trámite de alegaciones. En el informe pericial emitido a instancia de la compañía aseguradora se razona puntualmente que “las fracturas costales agudas que no ocasionan repercusión clínica (contusión pulmonar, infección respiratoria, deformidad torácica) son tributarias únicamente de tratamiento analgésico, no precisan de interconsulta a ningún especialista”. Por tanto, aunque estuviera acreditado que la caída se hubiera producido -dato que, como hemos señalado, no lo está-, y que hubiera constancia del tratamiento asistencial de la misma, la inexistencia de clínica asociada a esta lesión no hubiera justificado tampoco la derivación al especialista.

Por otro lado, debe despejarse la confusa imputación de un daño iatrogénico -la “fractura de la 5.^a costilla”-, constatándose al respecto que está vinculada a la técnica quirúrgica empleada para la toracotomía, que exige “seccionar la 5.^a costilla para llevarla a cabo”, tal como observan los peritos informantes. En consecuencia, no cabe reputar antijurídico ese daño, que se revela resultado directo de una operación indicada para el abordaje de la patología del enfermo.

En lo que atañe a la “ausencia de información sobre los riesgos” de las operaciones, basta observar que todos los peritos aprecian que las complicaciones posquirúrgicas que presentó el paciente (infección de la herida, insuficiencia respiratoria y necesidad de reintervención) figuran en los documentos de consentimiento informado suscritos por él -el correspondiente a la “cirugía de procesos pleurales” (“toracotomía”) el 21 de noviembre de 2017 y el relativo a la “cirugía emergente” dos días después-. Los informes periciales coinciden, igualmente, en rechazar la existencia de secuelas secundarias al proceso, a excepción de las cicatrices originadas por la herida quirúrgica, consecuencia a su vez de las intervenciones urgentes necesarias para abordar la patología.

En definitiva, del análisis del expediente en su conjunto no resulta acreditada la presencia de la fractura costal cuando el reclamante acude a su médico de familia, y no se constata infracción alguna de la *lex artis* a lo largo del proceso asistencial, ni en fase de diagnóstico ni en el abordaje de las dolencias sufridas, ni tampoco con ocasión de la información suministrada al enfermo.

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.