

Dictamen Núm. 98/2020

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 30 de abril de 2020, por medios electrónicos, 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 7 de febrero de 2020 -registrada de entrada el día 12 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que atribuye al retraso diagnóstico de una apendicitis aguda.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 31 de mayo de 2019, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia del retraso diagnóstico de una apendicitis.

Expone que el día 6 de noviembre de 2018 acude al Servicio de Urgencias de la Fundación Hospital por "un fuerte dolor de estómago" y que, tras realizársele una radiografía, se le diagnostica "estreñimiento" y se le pauta un medicamento, recomendándosele "revisión por médico de Primaria", al que acude al día siguiente. Reseña que en esta segunda atención se le prescribe "un enema" y se le concede la "baja laboral". Señala que ante la persistencia de las molestias el 11 de noviembre acude de nuevo al hospital, siendo intervenida ese mismo día de "apendicitis aguda perforada".

Considera que las cicatrices que sufre como secuela hubieran sido "evitables si la atención hubiese sido la adecuada desde el principio, o en el peor de los casos mucho más pequeñas", puesto que el abordaje quirúrgico "podría haberse hecho por vía laparoscópica", y entiende que la "intervención quirúrgica" hubiera sido "evitable de haberse detectado antes el cuadro infeccioso". A ello añade como perjuicio el daño moral que afirma haber sufrido, y aún padecer.

Solicita una indemnización por importe de veinticuatro mil doscientos ochenta y dos euros con cuarenta y dos céntimos (24.282,42 €).

2. Previa solicitud formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, se incorpora al expediente una copia de la historia clínica de la paciente, así como los informes emitidos por la Dirección Médica y el Servicio de Cirugía General y del Aparato Digestivo del hospital en el que fue tratada.

3. El día 30 de septiembre de 2019 una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal, emite informe a instancias de la compañía aseguradora. En él expone diversas consideraciones médicas en relación con la asistencia prestada y concluye la adecuación a los protocolos y a la *lex artis* de la misma.

4. Mediante escrito notificado a la reclamante el 25 de octubre 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.

5. Con fecha 13 de noviembre de 2019, la interesada presenta un escrito de alegaciones en el que expone la necesidad de aportar prueba pericial acreditativa de los daños y perjuicios sufridos, así como de la corrección de la praxis seguida. Al efecto, y dado que es beneficiaria de asistencia jurídica gratuita, solicita que se realice la misma “de oficio”.

El día 2 de enero de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas acuerda, de forma razonada, denegar la prueba pericial propuesta con base en lo señalado en el artículo 6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita.

6. Con fecha 8 de enero de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en los informes emitidos durante el procedimiento y demás documentación obrante en el mismo.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de febrero de 2020, 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 según 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, de conformidad con 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 la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, este Consejo viene reiterando (entre otros, Dictámenes Núm. 142/2013 y 94/2014) que el Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario, que en el presente caso ha sido prestado por un centro asistencial con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de usuarios del Sistema Nacional de Salud; y ello sin perjuicio de la repetición de los costes a los que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento y en los términos establecidos en el citado convenio. En este supuesto, de la documentación obrante en el expediente se desprende que la atención prestada a la perjudicada en el centro hospitalario privado lo ha sido en tanto que beneficiaria del sistema sanitario público, y que los servicios prestados se encuentran incluidos en el convenio singular aludido.

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 31 de mayo de 2019, y la intervención quirúrgica para el tratamiento de la apendicitis cuyo retraso diagnóstico se invoca tuvo lugar el día 11 de noviembre de 2018, por lo que, con independencia de la fecha de estabilización de las secuelas, 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 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.

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 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

Al respecto, consta en el expediente que con fecha 18 de diciembre de 2018 el Colegio de Abogados de Gijón realizó designación provisional de letrado conforme al sistema de reparto de designaciones de asistencia jurídica gratuita, figurando la reclamante como interesada para el asunto “reclamación negligencia profesional” contra la “Fundación Hospital”. Por tanto, y aunque en la fecha de emisión de este dictamen no exista constancia de la interposición de recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la solicitud formulada, es preciso que la autoridad consultante

acredite, con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, la posible pendencia del correspondiente procedimiento judicial a fin de acatar, en su caso, el pronunciamiento que se hubiere alcanzado en el mismo. 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 en virtud de la cual la interesada solicita una indemnización por los daños derivados del retraso diagnóstico de una apendicitis.

La documentación clínica obrante en el expediente acredita la realidad de la operación (practicada el 11 de noviembre de 2018) y que, según manifiesta la reclamante, podía haberse evitado o “haberse hecho por vía laparoscópica” con secuelas y perjuicios menores. En consecuencia, debemos considerar probada la producción de un daño cierto a resultas de una actuación médica.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio 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 sanitario 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 ha señalado este Consejo Consultivo en ocasiones anteriores (por todos, Dictamen Núm. 218/2019), 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 concretos.

Por tanto, para poder apreciar si el daño alegado por la reclamante 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 el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También ha subrayado este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 246/2017 y 146/2019) 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 infracción de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama. Esto es, ha de constatarse tanto el reproche culpabilístico como el engarce fáctico entre el tratamiento dispensado u omitido y el resultado dañoso.

Sin embargo, según consta en los antecedentes, la reclamante no llega a presentar prueba pericial alguna, aduciendo falta de recursos económicos; por otra parte, consta la correcta desestimación de su realización con cargo a la Administración, de acuerdo con lo señalado en el artículo 6.6 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita, que reserva tal posibilidad exclusivamente para el proceso judicial. En consecuencia, este Consejo debe formar su juicio a la vista de la documentación clínica obrante en el expediente y con base en los únicos informes incorporados al mismo, emitidos a instancia de la Administración.

Al margen de la ausencia de aportación de soporte probatorio alguno, advertimos que la imputación de la reclamante se formula con evidente vaguedad y en términos puramente hipotéticos. De sus afirmaciones puede deducirse que cuestiona la corrección del "protocolo médico seguido desde el

primer ingreso" en el hospital "hasta su alta médica". También inquires sobre la realización de pruebas adicionales a las practicadas en función del "plazo de curso del dolor", y plantea que una anticipación del diagnóstico podría haber permitido un tipo de cirugía distinta a la finalmente empleada que hubiera evitado el perjuicio estético (cicatriz).

Frente a esas imputaciones imprecisas o genéricas, el informe emitido por la Dirección Médica del centro sanitario explica con rigor que, tal y como consta en los informes emitidos con ocasión de la asistencia, el día 6 de noviembre la perjudicada presentaba "dolor abdominal, de unas horas de evolución, sin (...) otra clínica acompañante". Precisa que se realizó la pertinente exploración física, resultando la ausencia de fiebre, abdomen "blando y depresible, con dolor a la palpación de la zona periumbilical y en hipogastrio, sin presentar signos de irritación peritoneal". Además, se efectuaron pruebas complementarias "(radiografía de tórax y abdomen, hemograma, bioquímica con PCR y coagulación y analítica de orina) que resultaron inespecíficas". En el informe de alta emitido por el Servicio de Urgencias consta que la prueba de imagen efectuada mostró "abundantes heces en marco de cólico", avalando el diagnóstico de "dolor abdominal inespecífico" y la prescripción del oportuno tratamiento laxante.

Tras reseñar que la paciente no requirió nueva asistencia hospitalaria hasta el día en que se produce el diagnóstico, en la propuesta de resolución se deja constancia de que "el dolor abdominal es uno de los motivos más frecuentes de consulta a los Servicios de Urgencias y, dentro de él, la apendicitis es un proceso clínico difícil de diagnosticar por la variabilidad de su presentación clínica". Añade que "uno de los criterios fundamentales de diagnóstico es la exploración del facultativo", con base en la cual "si existe sospecha clínica se solicitan pruebas complementarias, radiografías simples y analíticas, y en casos de duda o sospecha clínica elevada ecografías o TAC", y "si la sospecha clínica es baja se indica observación y en el caso de que el cuadro empeorara (...) que acudan a nueva valoración médica". Por lo que se refiere al supuesto analizado,

expresa que el informe del Servicio de Urgencias refleja la falta, en ese momento, de sintomatología o signos indicativos de un abdomen agudo, “probablemente por las pocas horas de evolución del dolor”.

Por su parte, en el informe emitido a instancia de la compañía aseguradora se señala que la afectada “no presentaba un cuadro clínico, ni signos clínicos en la exploración, sugestivos de cuadro apendicular; aun así se realizaron pruebas complementarias (analítica y Rx) para una mayor aproximación diagnóstica”. Añade que “la literatura especializada refiere que el diagnóstico de apendicitis es fundamentalmente clínico, apoyado principalmente en un interrogatorio exhaustivo y exploración física de abdomen, complementados con estudios de laboratorio e imagen. También refiere que la apendicitis aguda puede presentarse con un cuadro violento y perforación apendicular a las pocas horas de inicio, en forma difusa y de lenta progresión, o bien mediante cuadro atípico o modificado por tratamiento médico. Sin embargo la constante, sobre todo en jóvenes, es que la perforación del apéndice se presenta entre las 24 y 36 h de iniciado el dolor./ En la exploración física es frecuente encontrar astenia, fiebre o febrícula, deshidratación y taquicardia, a nivel abdominal hiperestesia, dolor intenso en el punto de McBurney y signos de peritonismo. Ahora bien, estos signos clínicos no se encuentran en todos los casos, ya que el cuadro clínico y la evolución pueden manifestarse de forma variable o atípica, dependiendo de diversos factores, entre ellos la posición anatómica del apéndice, presencia de apendicolito, el uso de analgésicos o antibióticos, el estado de inmunosupresión”. Finalmente, y en cuanto al tipo de abordaje quirúrgico, recuerda que “la reconversión de laparoscopia en laparotomía está contemplada en el (consentimiento informado firmado) por la paciente”.

Lo expuesto conduce a constatar que la reclamante no presentaba, en el momento de ser atendida en el Servicio de Urgencias, signos clínicos que fueran siquiera sugestivos de la patología detectada cinco días después; antes bien, orientaban al diagnóstico efectuado ese día. Al respecto, hemos de

recordar 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 (entre otros, Dictámenes Núm. 76/2019, 146/2019 y 213/2019), 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 y conocido al formularse la reclamación. Como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2009 -ECLI:ES:TSJAS:2009:1386- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), “lo cierto es que el juicio que debe efectuarse no es el juicio *ex post* una vez conocido todo el desarrollo posterior, sino un juicio *ex ante* para en función de los datos y circunstancias conocidas en ese momento” saber si “la decisión hubiera sido o no correcta”. 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 instante de la patología finalmente evidenciada -al menos en un grado de probabilidad suficientemente significativo-, y que tal sospecha diagnóstica imponía la aplicación de técnicas y medios distintos de los empleados. En este caso, la reclamante no aporta pericial ni cita de literatura médica, y ni siquiera argumenta en términos dialécticos el error diagnóstico sobre la base de los datos objetivados en su momento, limitándose a formular un juicio de reproche *ex post facto*. De la documentación e informes técnicos obrantes en el expediente se deduce, sin embargo, que la actuación de los facultativos se ajustó a los protocolos y a la sintomatología que la enferma presentaba en cada momento, por lo que no puede este Consejo alcanzar una conclusión distinta.

En definitiva, no se objetiva que en la asistencia dispensada se hubiere incurrido en infracción alguna a *lex artis ad hoc*, por lo que debe desestimarse

la pretensión resarcitoria, observándose además que el daño iatrogénico asociado a la intervención quirúrgica debe ser soportado por la paciente que -voluntaria o necesariamente- se somete a la cirugía, sin que en este supuesto los síntomas de la enferma permitieran anticipar el diagnóstico, ni que esa detección precoz hubiera asegurado un abordaje menos agresivo.

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

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.