

Dictamen Núm. 115/2021

**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 24 de junio de 2021, 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 20 de abril de 2021 -registrada de entrada el día 26 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños sufridos como consecuencia del fallecimiento de su padre, que atribuyen a un error diagnóstico.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 30 de enero de 2020, un letrado que actúa “en nombre” de los interesados presenta en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida a la Consejería competente en materia sanitaria de la Administración del Principado de Asturias- por los daños derivados del fallecimiento de su padre.

Exponen que su familiar “ingresó en el hospital de `X´ el día 26 de enero del año en curso aquejado de una neumonía bacteriana que provocó su fallecimiento el día 30 de enero en el Hospital `Y´”, al que había sido derivado.

Relatan que “con anterioridad a dicho ingreso” acudió a su médico de Atención Primaria “en varias ocasiones, siendo las dos últimas una en el mes de

diciembre, antes de Navidad, y otra el 4 de enero de 2019, donde se le diagnosticó bronquitis, siendo tratado con antibiótico y broncodilatadores (bronquitis que según se desprende de los informes ya existía en noviembre del 2018)./ El 14 de enero acude a casa de su hijo (...) porque se encontraba mal, llegando a desmayarse en varias ocasiones e incluso a tener imposibilidad para contener los esfínteres, motivo por el cual su familia lo llevó al Hospital `X` el día 16 de enero, siendo diagnosticado de descompensación hidrópica, dándole fecha para ser visto el día 22 de enero por el Servicio de Digestivo, ajustándole el tratamiento diurético en dicha consulta, sin que nadie se preocupara por examinar en profundidad al paciente”.

Indican que el día “26 de enero, ante la persistencia de los padecimientos y puesto que no solo no mejoraba sino que empeoraba, ya que cada vez le costaba más respirar, su familia lo llevó nuevamente al Hospital `X`, informándoles en ese momento de que la infección era grave y de que tenía que ser trasladado a la UCI”, por lo que es conducido al Hospital “Y”, en el que “falleció el día 30 de enero de 2019 a causa de un shock séptico secundario a neumonía comunitaria por *S. pneumoniae e influenza* y descompensación hipdrópica con síndrome hepatorrenal”.

Consideran el fallecimiento imputable a la Administración, al no haber diagnosticado la neumonía “los facultativos” que asistieron al paciente “con anterioridad a su ingreso en fecha 26 de enero de 2019”.

Solicitan una indemnización ascendiente a ciento cincuenta mil euros (150.000 €) a fin de compensar “los padecimientos morales y psicológicos padecidos por los hijos”, y ocasionados tanto por la defunción como por “la convicción de que se erró en los sucesivos diagnósticos, siendo el resultado de esos errores el fallecimiento”.

Acompañan diversa documentación médica.

**2.** Previo requerimiento formulado al efecto, los interesados comparecen personalmente en las dependencias administrativas el día 14 de febrero de 2020 al objeto de otorgar su representación al letrado actuante.

El día 19 de febrero de 2020, el representante de los interesados presenta el acta de declaración de herederos del paciente y copias de su

certificado de defunción y del Libro de Familia con la finalidad de acreditar el parentesco.

**3.** Previa petición formulada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, el Gerente del Área Sanitaria II le remite el 16 de junio de 2020 una copia de la historia clínica del paciente y un "informe de salud"; remisión de documentación que se reitera desde el Hospital "X" con fecha 26 de agosto de 2020.

El día 9 de octubre de 2020, le envía los informes suscritos por el Jefe del Servicio de Urgencias el 13 de septiembre de 2020, la Facultativa Especialista del Área de Medicina Interna el 7 de octubre de 2020 y un facultativo del Servicio de Digestivo (Medicina Interna) el 8 de octubre de 2020.

**4.** A continuación, figura incorporada al expediente una pericial elaborada a instancia de la compañía aseguradora de la Administración por una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal, con fecha 9 de diciembre de 2020. En ella se exponen diversas consideraciones médicas con base en las cuales concluye que "la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y, por lo tanto, correspondería desestimar la reclamación".

**5.** Concluida la instrucción del procedimiento, el día 15 de enero de 2021 el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica al representante de los interesados la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

El 27 de enero de 2021, presenta este un escrito de alegaciones en el que reitera la imputación formulada en la reclamación.

**6.** El día 22 de marzo de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, afirmando que "al paciente se le diagnosticó y trató de acuerdo con la clínica que presentaba", pues "cuando acude el 4-01-2019" a su médico de Atención Primaria "es diagnosticado de bronquitis y se le pautó correctamente un tratamiento (antibióticos y broncodilatadores), no volviendo a

consultar posteriormente. Cuando acude al Servicio de Urgencias el 16-01-2019 en ningún momento refirió clínica respiratoria, siendo la exploración, pruebas complementarias y Rx de tórax completamente normales. Ocho días después, en la consulta externa del Servicio de Digestivo, tampoco refirió en ningún momento (...) clínica de origen respiratorio. Cuando vuelve (...) al Servicio de Urgencias el 26-01-2019 comentó que la clínica respiratoria había aparecido dos días antes”.

**7.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de abril de 2021, 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), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por

medio de representante acreditado mediante apoderamiento *apud acta* efectuado por comparecencia personal, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario.

**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 30 de enero de 2020, y el fallecimiento del familiar de los interesados tuvo lugar el día 30 de enero de 2019, por lo que basta con acudir al principio *dies a quo non computatur in termino* para concluir que la acción se ha ejercitado 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, aun teniendo en cuenta la suspensión entre el 14 de marzo y el 1 de junio de 2020, en virtud de lo previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el

COVID-19, y sus prórrogas, y en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020. No obstante, ello no impide que la resolución 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 y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

**SEXTA.-** Los interesados solicitan una indemnización por el perjuicio derivado del fallecimiento de su padre, que atribuyen al retraso diagnóstico de una neumonía.

La documentación obrante en el expediente acredita que la defunción del paciente se produjo el día 30 de enero de 2019 en el Hospital "Y", centro al que había sido derivado desde el Hospital "X", por lo que debemos presumir que el óbito ha causado un daño moral a sus hijos.

Ahora bien, la mera constatación de un perjuicio 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, y ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que los reclamantes no tuvieran el deber jurídico de soportar.

Como ha señalado este Consejo Consultivo (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 los reclamantes es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También viene reiterando este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) 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 estos 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 se advierte que, a pesar de que incumbe a los interesados la carga de la prueba, formulan su reclamación apoyándose en imputaciones genéricas sin desarrollar actividad probatoria alguna al respecto, por lo que este Consejo Consultivo ha de formar su convicción sobre la base de los informes técnico-médicos que obran en el expediente.

Los reclamantes centran su imputación en la atención prestada a su progenitor con anterioridad a su ingreso en un centro hospitalario el día 26 de enero de 2019, pues consideran que la neumonía que padecía y que fue detectada en ese momento debió ser diagnosticada con ocasión de la asistencia dispensada por los servicios especializados en el centro hospitalario al que acudió los días 16 y 22 de enero de ese mismo año.

En su reclamación exponen que el día 4 de enero de 2019 fue diagnosticado de bronquitis tras acudir a su médico de Atención Primaria, sufriendo un notable empeoramiento diez días después, que ejemplifican en el padecimiento de desmayos e “imposibilidad” de control de esfínteres, lo que motivó que acudiera doce días más tarde al hospital en el que se le diagnosticó “descompensación hidrópica”, concediéndole una nueva cita para consulta en el Servicio de Digestivo días después -el 22 de enero- y “ajustándole el tratamiento diurético (...), sin que nadie se preocupara por examinar en profundidad al paciente”. Consideran que la falta de diagnóstico de la neumonía padecida permitió que esta “se agravara hasta causarle la muerte”.

Frente a tales afirmaciones, tanto los informes emitidos con ocasión de la tramitación del procedimiento como la documentación de la historia clínica obrante en el expediente evidencian que hasta el día 26 de enero no concurrió sintomatología propia de dicha patología, sin perjuicio de la realización con anterioridad a esa fecha de diversas pruebas; extremos que los reclamantes no rebaten en las alegaciones formuladas con ocasión del trámite de audiencia.

En primer lugar, la especialista en Medicina Interna que atendió al paciente el día 16 de enero de 2019 informa que en ese momento el motivo de la consulta “es un aumento progresivo del perímetro abdominal en el último mes, más acentuado en los últimos días, sin referir dolor abdominal, ni presentar clínica de náuseas, ni vómitos, ni alteración del ritmo intestinal”, ni referir “fiebre, ni tos”, únicamente un “ligero aumento de disnea con respecto a su situación de base”, sin que la radiografía de tórax evidencie “condensaciones pulmonares sugestivas de neumonía”. Sostiene que en esa fecha “no presenta síntomas, ni analítica, ni estudio radiológico compatible con un proceso infeccioso respiratorio agudo, siendo dado de alta ese mismo día desde el S. de Urgencias”.

En relación con esta misma consulta, el informe emitido por el Jefe del Servicio de Urgencias el 13 de septiembre de 2020 refleja que el paciente fue remitido por su médico de Atención Primaria “por cirrosis enólica hepática”, y que refería como motivo de la asistencia un “aumento progresivo (mayor en los últimos días) del volumen del abdomen”, sin fiebre y con “algo de fatiga en su actividad normal”. Frente a la alegación relativa a la falta de exploración en

profundidad, indica "que en la exploración física" destaca "no disneico. No tiene fiebre. Aus. pulmonar no crepitantes. Abdomen ascitis", realizándose una pluralidad de pruebas: "ECG. Gases venosos. Estudio coagulación. Bioquímica. Hemograma (no infeccioso). Rx tórax. Sin imágenes de condensación". Reitera la pertinencia del diagnóstico de descompensación hidrópica alcanzado a la vista de la "exploración física", de la analítica y de lo "expresado por el paciente".

En segundo lugar, el informe emitido por un facultativo del Servicio de Digestivo (Medicina Interna) del hospital, referido a la consulta llevada a cabo el día 22 de enero, reseña que se trata de un "paciente cirrótico conocido en estadio B de Child (8) con hipertensión portal de etiología enólica" -diagnóstico principal, junto con el de "descompensación hidrópica"- que acudió al Servicio de Urgencias "por aumento de tamaño de volumen abdominal". Expone que "en la asistencia de la consulta el enfermo no presentó disnea, dolor torácico, fiebre o hemoptisis", y que "al considerarse correcto el tratamiento pautado en el Servicio de Urgencias" tras explorarlo "detenidamente (...) se solicitó nuevo control analítico para el jueves de la semana siguiente".

Lo anterior nos conduce a coincidir con lo manifestado por el Jefe del Servicio de Urgencias de que el paciente no presentaba en las consultas llevadas a cabo los días 16 y 22 de enero de 2019 "ninguna clínica ni signos o síntomas de proceso infeccioso", por lo que, pese a la realización de diversas pruebas, incluidas las de imagen, estas no revelaron la enfermedad que -según los reclamantes- ya existía en aquellos momentos.

En este sentido, el informe correspondiente a la asistencia prestada el día 26 de enero de 2019 en el hospital sí refleja un "cuadro de 2 días de evolución de aumento progresivo de disnea de mínimos esfuerzos, con tos sin expectoración, deterioro progresivo. No fiebre objetivada. Niega dolor torácico o palpitations". Asimismo, la radiografía de tórax sí permite apreciar en esta ocasión "condensación LSD y LIS", diagnosticándose "shock séptico por Nac bilobar derecha con FMO" y decidiéndose su traslado a otro centro.

Es decir, se reiteraron pruebas ya efectuadas ante la aparición de nueva sintomatología (disnea), que en esta ocasión arrojaron como resultado la detección de la neumonía. En dicho contexto, este Consejo entiende, y así lo ha

manifestado en anteriores ocasiones (por todas, Dictamen Núm. 211/2020), que no es posible exigir a los profesionales médicos un diagnóstico precoz e indubitado antes de que aparezcan los síntomas, o los signos, que lo evidencien con certeza. En el caso aquí examinado el desafortunado desenlace se anuda a la rápida y negativa evolución sufrida por el fallecido, quien presentaba serias patologías de base, sin que se acredite ninguna actuación de los profesionales que le atendieron contraria al buen quehacer médico o disconforme con la *lex artis*, pues tanto su conducta como la práctica de las correspondientes pruebas se ajustaron a la sintomatología que el paciente presentó en cada momento.

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.