

Dictamen Núm. 222/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 4 de noviembre de 2021, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 26 de julio de 2021 -registrada de entrada el día 2 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del incorrecto tratamiento de una rotura del tendón de Aquiles.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 13 de marzo de 2020 el interesado, en su condición de heredero, presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia del incorrecto tratamiento de una rotura del tendón de Aquiles a su familiar.

Expone que el día 17 de diciembre de 2018 su padre “acude (...) al Servicio de Neumología del Hospital ‘X’ (...) a fin de revisión por (enfermedad pulmonar obstructiva crónica) ya diagnosticada. En la consulta refiere desde hace 24 horas malestar general, artromialgias generalizadas, sensación febril,

disfonía y algo más de disnea”, decidiéndose que ingrese en el Servicio de Urgencias por agudización de la misma, llegándose al diagnóstico de “descompensación de (enfermedad pulmonar obstructiva crónica) e insuficiencia cardíaca, se le pautan broncodilatadores y corticoides, ingresa hospitalariamente y es dado de alta el 21 de diciembre”. Precisa que debe volver nuevamente “el día 16 de enero de 2019”, diagnosticándosele enfermedad pulmonar obstructiva crónica descompensada, y “entre el tratamiento prescrito se le dispensa el fármaco Tavanic (...) sin información alguna al paciente sobre las características” del medicamento y “sus efectos secundarios”.

Señala que el 24 de ese mes “ingresa en el Servicio de Urgencias (...) con dolor en ambos gemelos. Se le diagnostica mialgias, rotura fibrilar parcial en zona aquilea bilateral de ambas piernas (...), secundario al tratamiento con el fármaco Tavanic prescrito”, reiterando la falta de advertencia al paciente del “efecto secundario perfectamente conocido por los facultativos en cuanto a la afectación de la zona aquilea”. Reseña que el día 6 de febrero el paciente ingresa de nuevo en el Servicio de Urgencias “por dolor en talón izquierdo, se le diagnostica rotura del tendón de Aquiles izquierdo secundario a la administración de Tavanic”, y “asombrosamente no se pauta intervención quirúrgica”, optándose por la inmovilización mediante férula, que es retirada el 15 de marzo de 2019, fecha de revisión en la que se aprecia “cojera por razón de la rotura del tendón”. Aclara que el enfermo es “remitido al Servicio de Rehabilitación”, pero “no se consigue recuperación de funcionalidad en la pierna izquierda. Funcionalidad que habría recuperado de haberse realizado la intervención quirúrgica”.

Subraya que “la no intervención fue decisión del Servicio de Traumatología (...) ante los antecedentes de cardiopatía del paciente, sin interconsulta ni opinión del Servicio de Cardiología”, añadiendo que el 5 de junio de 2019 es atendido en el Servicio de Cardiología del Hospital “Y”, donde se concluye que “la cirugía de tendón de Aquiles no está contraindicada por su situación cardiológica”.

Considera que “la falta de intervención quirúrgica al paciente derivó en una imposibilidad de deambulación autónoma y con un proceso de postración

innecesario desde el 24-01-2019 (...) hasta el 15-03-2019 (...); derivado a Rehabilitación no fue posible recuperación funcional (...), que sí habría sido posible que se produjera si se hubiera practicado" la cirugía, precisando que "la falta de intervención quirúrgica dejó en el paciente absoluta limitación en la flexión plantar y (...) dorsal del pie-tobillo izquierdo".

Fija el *quantum* indemnizatorio en veintiséis mil seiscientos euros (26.600 €), de los cuales 12.000 € corresponden a la secuela, 2.600 € al tiempo durante el cual el paciente estuvo "impedido para su actividad habitual" -entre el 24 de enero y el 15 de marzo de 2019- y 12.000 € al "perjuicio moral adicional por pérdida de calidad de vida".

Adjunta certificación literal del fallecimiento del paciente, copia simple de sus disposiciones de última voluntad en las que nombra al reclamante heredero universal y diversa documentación clínica.

2. Mediante oficio de 5 de junio de 2020, 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, el plazo de resolución del mismo y el sentido del silencio administrativo.

3. El día 17 de junio de 2020, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a la Gerencia del Área Sanitaria III una copia de la historia clínica del paciente y los informes de los servicios intervinientes, reiterando la petición, ante la falta de respuesta, los días 14 de agosto y 28 de septiembre del mismo año.

4. Con fecha 15 de octubre de 2020, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios un CD que contiene una copia de la historia clínica del paciente y los informes emitidos por los Servicios de Urgencias y de Traumatología.

El informe elaborado por la Jefa de la Unidad de Urgencias del Hospital "X" señala que el paciente "ingresó en planta de Neumología el día 17 de

diciembre de 2018 a través de Urgencias, donde fue remitido para ingreso desde la consulta de Neumología. Recibe durante el ingreso por agudización de su enfermedad pulmonar obstructiva crónica (...) pauta de antibioterapia intravenosa (amoxicilina-clavulánico), así como inhaladores, corticoides y diuréticos”, siendo dado de alta el día 21 de diciembre. Acude nuevamente a Urgencias el 16 de enero de 2019 por un “nuevo episodio de agudización de su (enfermedad pulmonar obstructiva crónica)”, precisando que “según todas las guías (...) la recaída o fracaso terapéutico de una agudización moderada tiene como antibióticos de elección las fluoroquinolonas (...), máxime si el fracaso ha tenido lugar tras la administración de amoxicilina-clavulánico”.

Señala que “el tratamiento adecuado a la situación del paciente y acorde a las guías clínicas actualizadas (Recomendaciones SEPAR) era una fluoroquinolona: por tanto, el levofloxacino (nombre comercial Tavanic) es el tratamiento recomendado para este proceso tras una recaída./ Efectivamente, este fármaco tiene como efectos secundarios (entre otros) la posibilidad de miopatías y tendinopatías (...). El médico encargado recomienda en el informe ejercicio moderado a fin de limitar este efecto indeseable y revisión por su médico de Familia”. Concluye que “la evolución desafortunada no puede atribuirse en modo alguno a la mala praxis”.

El informe suscrito por un especialista del Servicio de Traumatología y Ortopedia del Hospital “X” reproduce íntegramente el contenido del informe de alta emitido el día 6 de febrero de 2019, e indica que el paciente acudió a Urgencias el día 3 de febrero “por dolor en talón izdo. de aparición de forma súbita, sin antecedente traumático claro (...). Refiere haber estado tomando (tratamiento) ATB con quinolonas (levofloxacino) hasta hace 5 días”, haciendo constar como diagnóstico la rotura del tendón de Aquiles izquierdo “secundario a la toma de quinolonas”, reseñando que “en función del tiempo transcurrido desde la lesión, edema importante de tobillo y antecedentes médicos se decide tratamiento conservador”, fijándose “revisión (...) el 15 de marzo de 2019”, momento en el que se retira férula de yeso, se inicia deambulación y se remite al paciente a Rehabilitación.

5. Mediante oficio de 12 de noviembre de 2020, el Inspector de Prestaciones Sanitarias actuante requiere a la Gerencia del Área Sanitaria III, "a la mayor brevedad posible", una copia íntegra de la historia clínica del paciente, haciéndose constar que "revisado el CD remitido el 26-10-2020 se observa que no ha sido remitida la copia completa de la historia clínica (...), sino solamente varios informes de Urgencias, consultas externas, etc. (que por otra parte ya había presentado el reclamante)".

6. El día 26 de noviembre de 2020, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios un CD con "la historia clínica íntegra" del paciente, incluidas las notas de curso clínico de este y "de otros procesos".

7. Con fecha 15 de febrero de 2021, emiten informe pericial a instancias de la entidad aseguradora de la Administración dos especialistas, uno de ellos en Cirugía Ortopédica y Traumatología y el otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo, además de licenciado en Farmacia, siendo ambos máster en Peritaje Médico.

En él indican que en el caso concreto, dado que ya existía un tratamiento previo con amoxicilina-clavulánico, "la indicación de Tavanic fue totalmente correcta y acorde a las normas y guías utilizadas en la práctica clínica", y que tratándose de medicina curativa "no es preciso informar detalladamente acerca de aquellos riesgos que no tienen un carácter típico", aclarando que "el riesgo de rotura de los tendones de Aquiles por la toma de Tavanic se presenta como una hipótesis, si bien posible, muy poco probable, de escasa frecuencia o complicación excepcional", figurando en el prospecto como efecto adverso "raro". Por otra parte, señalan que otros agentes sistémicos han provocado con mayor frecuencia tendinitis o rotura de tendones.

Respecto a las opciones de tratamiento posibles para la rotura del tendón de Aquiles, explican que "las descritas en la literatura científica incluyen el tratamiento conservador y el (...) quirúrgico", y que "se acepta que la operación se debe realizar en pacientes jóvenes y alta demanda funcional, y que el tratamiento conservador puede ser adecuado para las personas de edad

avanzada y baja demanda funcional (...). Existe alto riesgo de complicaciones asociado al tratamiento quirúrgico, que ocurren hasta en el 10 % de los casos e incluyen infección profunda, necrosis de la piel, necrosis del tendón y un seno drenante. La prevalencia de complicaciones menores es también sustancial, con hasta un 15 % de pacientes que desarrollan problemas de la piel (...). El tratamiento ortopédico está especialmente indicado en pacientes mayores con patología médica grave y baja demanda funcional. Existen contraindicaciones relativas del tratamiento quirúrgico”, que mencionan, añadiendo que la opción “quirúrgica no estaba indicada en el caso” que nos ocupa, al tratarse de un paciente “mayor de 65 años de edad, inmunodeprimido (...), patología sistémica grave (...), baja demanda funcional (...). La indicación del tratamiento conservador (...) fue absolutamente correcta y su ejecución fue totalmente adecuada”. Indican en que “no existe, en ningún caso, una pérdida de oportunidad terapéutica” y en que “el resultado funcional tras la rehabilitación realizada” después de un “periodo de inmovilización fue óptimo”.

8. Mediante escrito notificado al interesado el 20 de mayo de 2021, 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 copia de los documentos obrantes en el expediente.

9. El día 28 de junio de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al entender que la asistencia fue correcta y ajustada a la *lex artis*.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de julio 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:

ÚNICA.- Sometido a consulta un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración, este Consejo Consultivo debe emitir 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.

El asunto objeto de análisis aborda la reclamación presentada por el hijo de un paciente al que se le aplicó un tratamiento conservador en el tratamiento de una rotura del tendón de Aquiles diagnosticado el 6 de febrero de 2019, tras el cual no recuperó la plena funcionalidad del miembro inferior, alegándose que un abordaje quirúrgico hubiera logrado un mejor resultado. Entendiendo que a causa de la omisión de la cirugía el paciente quedó impedido, se reclama por su hijo tanto por el tiempo en que aquel estuvo postrado -entre el 24 de enero y el 15 de marzo de 2019-, como por el daño moral sufrido por el padre. Fallecido este por causas ajenas a las que son aquí objeto de examen el 23 de noviembre de 2019 sin haber presentado reclamación alguna, procede detenerse en la legitimación activa del ahora interesado, tomando en consideración que, según la tesis mayoritaria en la doctrina consultiva y en la jurisprudencia, con carácter general, los daños de carácter no patrimonial sufridos por el *de cuius* son daños de carácter personalísimo y, en consecuencia, intransmisibles *mortis causa*.

El reclamante invoca su condición de heredero universal del perjudicado -que acredita- y reclama por los daños que -entiende- sufrió su causante. Sobre este particular conviene realizar una serie de consideraciones.

Al margen del supuesto en que se haya reconocido antes del fallecimiento el derecho a la indemnización, que pasaría a integrarse en la masa

hereditaria, se reconoce legitimación activa a los herederos para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios irrogados a su causante cuando este hubiera ejercitado la reclamación dirigida a su resarcimiento, en la que se subrogan sus herederos en el momento de la defunción, por estimarse que el derecho ejercitado tiene naturaleza patrimonial y es plenamente transmisible. Esta tesis parte de que el derecho a reclamar, en sentido genérico, se extingue con la muerte.

Así lo ha venido entendiendo la jurisprudencia, que destaca que nos referimos a una acción personalísima y que fallecida una persona se extingue su personalidad jurídica, aclarando que “esta acción personalísima la hubiera podido ejercer en vida quien padeció ese daño (...) e, incluso, si hubiera fallecido una vez iniciada la acción y se hubiera acreditado el daño y se hubiera dispuesto una indemnización, los beneficiarios de ella *in iure proprio*” (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2004 -ECLI:ES:TS:2004:5283-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

La tesis que venimos acogiendo (entre otros, Dictamen Núm. 143/2021) se matiza al admitir que, si bien no existe un derecho genérico a reclamar que pueda ejercerse *ex novo* por los herederos, sí se puede reconocer su legitimación en aquellos casos en los que se acredita la imposibilidad del titular de ejercer o formular tal reclamación por no disponer de plazo para ello al haber fallecido o quedado incapacitado en su voluntad tras la consolidación de los daños o perjuicios, como se recoge, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 5 de febrero de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:237- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), donde se refleja que “para poder ejercer tal acción a título de heredero es preciso que la masa hereditaria se integre, bien del derecho conquistado a indemnización, bien del derecho litigioso (mediante subrogación), o bien del derecho a obtener una respuesta indemnizatoria, que requiere, en principio, haber ejercido el interesado tal reclamación en vida”, con los matices indicados.

En el supuesto analizado, el reclamante se limita a suponer la legitimación basada en su cualidad de heredero universal, sin que el causante hubiera en vida formulado ninguna reclamación a raíz del proceso asistencial al que estuvo sometido para tratar la rotura del tendón de Aquiles que

presentaba. Tampoco consta, ni se alega en la reclamación, que el paciente se encontrara impedido para su formulación durante el tiempo que transcurrió entre el fin del tratamiento pautado y el momento de su fallecimiento.

La citada sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias menciona la doctrina jurisprudencial aplicada en los casos de fallecimiento súbito que frustra la posibilidad de reclamar, y aborda un caso en el que no concurre un fallecimiento inmediato pero sí acontece que el causante deviene en una situación palmaria de invalidez, con falta de movilidad y una enfermedad terminal que “justifica, sobradamente, la imposibilidad de adoptar decisiones en orden al ejercicio de una acción de responsabilidad. Por ello, en este preciso caso, dadas las excepcionales circunstancias concurrentes, la sala no se plantea la duda, trasladada a las partes, sobre la concurrencia de legitimación activa”. En esta misma línea cabe mencionar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 15 de enero de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:2- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), que ya citábamos en el referido Dictamen Núm. 143/2021, junto a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de abril de 2018 -ECLI:ES:TSJM:2018:4008- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.ª); ambas expresivas de que la legitimación del heredero ha de admitirse por excepción cuando el fallecido se hubiera encontrado impedido o privado de su plenitud de condiciones para discernir y ejercitar el derecho a reclamar el daño.

Sin embargo, en el supuesto analizado, no se alega -ni figura en el expediente- circunstancia alguna que permita entender que nos encontramos en un supuesto en el que el paciente estuviera imposibilitado o severamente condicionado para adoptar decisiones en orden al ejercicio de una acción de responsabilidad patrimonial, por lo que no cabe admitir la legitimación activa del heredero, lo que aboca a la desestimación de la reclamación formulada.

En conclusión, actuando el heredero en cuanto tal por los daños personales sufridos por su causante, que fallece sin haber deducido una pretensión resarcitoria ni hallarse impedido para ello, y tratándose de daños de carácter personalísimo y, por ende, intransmisibles *mortis causa*, no cabe admitir la legitimación activa del reclamante, que sucedería en la condición de

interesado en un procedimiento ya entablado pero no alcanza a subrogarse en los padecimientos o mermas extrapatrimoniales del difunto.

Cabe añadir que aunque no concurriera la falta de legitimación activa del solicitante, la presente reclamación no puede prosperar por razones de fondo. El procedimiento de responsabilidad patrimonial objeto de estudio se refiere al daño supuestamente derivado de la no realización de una intervención quirúrgica a un paciente que había sufrido una rotura del tendón de Aquiles, por entender el reclamante -quien no sustenta sus afirmaciones en pericial alguna- que de haberse practicado aquella hubiera logrado recuperar la funcionalidad del miembro inferior, lo que se frustró con el tratamiento conservador al que fue sometido. En efecto, en el caso planteado los profesionales sanitarios optan por la colocación de una férula, considerando el reclamante "asombroso" que no se optase por la práctica de una intervención quirúrgica.

Entrando a analizar la idoneidad del tratamiento seguido, a la luz de la documental obrante en el expediente cabe afirmar que resulta acreditada la adecuación del tratamiento conservador empleado con base en la situación de la persona que lo recibe (atendiendo a su edad -mayor de 65 años-, demanda funcional y estado, tratándose de un paciente inmunodeprimido con una patología sistémica grave). Por otra parte, debe incidirse en que no puede obviarse el índice de complicaciones posquirúrgicas que presenta este tipo de operación en los pacientes en los que sí está indicada, lo que impide afirmar que la práctica de una intervención quirúrgica hubiera sido determinante de una recuperación de movilidad o que su omisión haya supuesto una pérdida de oportunidad.

En definitiva, el reclamante asume que de haberse llevado a cabo una intervención quirúrgica el paciente habría logrado recuperar la movilidad del miembro inferior afectado sin elemento probatorio alguno, formulando tal aseveración como mera hipótesis, frente a lo cual la Administración sanitaria incorpora al expediente administrativo elementos de juicio que permiten considerar que se optó por el tratamiento más adecuado en atención a las circunstancias concurrentes. En consecuencia, no se objetiva negligencia alguna, siendo la actuación del personal sanitario correcta y conforme a la *lex*

artis, según se desprende de los informes obrantes en el expediente, que en ningún momento han sido desvirtuados por el reclamante. El daño ocasionado ni puede, pues, reivindicarse por el reclamante siendo un daño personalísimo que pudo ejercitar su familiar, ni resulta tampoco antijurídico y no puede imputarse causalmente a la asistencia sanitaria dispensada, sin que se constate ninguna pérdida de oportunidad terapéutica, lo que necesariamente abocaría a la desestimación de la reclamación que nos ocupa si esta hubiese sido presentada por el propio afectado en debida forma.

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.