

En Logroño, a 17 de febrero de 2011, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

13/11

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud, en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D. J. V. D., por los daños y perjuicios, a su juicio, causados a consecuencia de la asistencia recibida en el Servicio Riojano de Salud.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Antecedentes del Asunto

#### Primero

Mediante escrito de fecha 29 de enero de 2010, registrado de entrada en la Delegación del Gobierno en La Rioja el mismo día, D. J. V. D. plantea una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria exponiendo:

*“Primero.- D. J. V. D. sufrió un accidente laboral en fecha 22 de septiembre de 2007 consistente en caída de una escalera metálica desde una altura de 4 metros. Tras la caída, fue evacuado al Hospital San Pedro de Logroño, en el que fue ingresado con el siguiente diagnóstico: Politraumatismo por precipitación al vacío. Traumatismo torácico derecho, con múltiples fracturas costales, Vollet hemoneumotórax y contusión pulmonar. Disfunción respiratoria parcial. Luxación de la cadera derecha. De urgencia, se le colocó un tubo torácico derecho y se procedió, en quirófano, a la reducción de la luxación de cadera derecha,*

*Segundo. – El día 24 de septiembre de 2007, se apreció un enfisema subcutáneo, con presencia de aire, que disecaba los planos musculares superficiales y profundos a nivel del hueco supraclavicular y en hemotórax derecho, con afectación del hueco axilar. Se apreciaba una fractura ligeramente desplazada del manubrio esternal, que provocaba un pequeño neumomediastino y una condensación basal y posterior del pulmón derecho, llamando la atención la existencia de múltiples imágenes puntiformes hiperdensas con aparentes características de cuerpo extraño. En el pulmón izquierdo, se apreció un discreto derrame pleural y una imagen de atelectasia, subsegmentaria subyacente. En fecha 9 de octubre, se le practicó una broncoscopia de limpieza.*

**Tercero.**- Ingresado en la planta de Cirugía Torácica, el Dr. M. M. emitió informe de la evolución del paciente, en fecha 10 de octubre de 2007, en el que afirmó que la misma era favorable, por lo que fue dado de alta hospitalaria el día 11 de octubre, prosiguiendo en Consultas externas.

**Cuarto.** - Dado que el paciente continuaba con severas molestias en el tórax, se le efectuó un nuevo TAC torácico, en fecha 19 de diciembre de 2007, en el que se evidenciaba la continuación de una patología consistente en elevación del hemidiafragma derecho con atelectasias laterales basales derechas.

Por ello, D. J. V. D. decidió acudir, el 20 de diciembre de 2007, a la C. U. de Navarra, Departamento de Cirugía Torácica, en el que el Dr. W. T. sospechó automáticamente, con el simple análisis del TAC efectuado el día anterior, la posible ocupación del espacio pleural derecho hasta casi al tercio medio del hemotórax derecho por Vísceras abdominales, afirmando que “podría ser altamente compatible con una herniación diafragmática en el contexto de su cuadro traumático”.

Ante esa sospecha, se le realizó un TAC en la C. U., que reafirmó la sospecha acerca de la existencia de una hernia diafragmática, sugiriendo la inmediata realización de una toracotomía exploradora y, caso de confirmarse, proceder a su reparación.

En cambio, una semana antes, en concreto el 14 de diciembre de 2007, el Dr. M. M. G., en el Hospital San Pedro de Logroño informó que los estudios radiológicos practicados eran similares a los que se le venían realizando anteriormente, y que presentaba simplemente una dificultad respiratoria o disnea a pequeños y medianos esfuerzos debido a inestabilidad de la pared torácica que contunde el pulmón, recomendando cirugía para mejorar la función pulmonar si a los 4 meses no se estabilizaba.

**Quinto.** – El 8 de febrero de 2008, el paciente es atendido en el Hospital San Pedro por el Dr. M. V., quien informa de una “gran mejoría clínica, prácticamente asintomático, con algunas molestias en la zona del traumatismo, la pared torácica está muy estable, apenas se notan movimientos anómalos y en la radiografía AP ambos campos ventilan muy bien. Hoy le hacen TAC y tiene consulta en Neumología dentro de 17 días; le pido que, cuando le vean en Neuma, suba a la planta para ver el TAC. De momento es alta por nosotros”.

En contraposición a lo informado respecto a la radiografía AP por el citado doctor, el Dr. F. Y. informó, tras estudio radiológico, en fecha 22 de febrero de aquel año, que se seguía observando un “aumento en la densidad de la región anterior del hemotórax derecha, en probable relación con herniación hepática a través del diafragma. Existe una atelectasia laminar por hipoventilación en hemotórax derecho”.

En el mismo sentido, derivado por la Mutua F., en fecha 20 de febrero, a la consulta del Cirujano torácico Dr. E. A. M., es decir, tan solo 12 días después de haber sido dado de alta por parte del Servicio de Cirugía Torácica del Hospital San Pedro, el mismo exploró al paciente e informó que “la auscultación pulmonar muestra signos de ocupación en cara anterior y basal derecha, estando respetada la ventilación en la cara posterior del hemitórax afecto. El tórax es suficiente, no quedando restos de inestabilidad. Confirmando la sospecha de rotura diafragmática y con este diagnóstico de presunción, vista la evolución, la indicación es quirúrgica para reparar la rotura y/o resección de la zona pulmonar afectada como puede corresponder al lóbulo medio”.

**Sexto.**- Finalmente, D. J. V. D. ingresó en la Clínica V. S. S. de Bilbao, en fecha 26 de febrero de 2008, es decir, 22 días después de ser dado de alta en el Servicio de Cirugía Torácica del Hospital San Pedro, para ser intervenido quirúrgicamente por el Dr. A., procediéndose, una vez confirmada la rotura diafragmática, a la cirugía consistente en la reconstrucción del diafragma mediante una

*decorticación del lóbulo medio e inferior derechos.*

*Debido al tiempo transcurrido desde el accidente, el Dr. A. informaba que, al insuflar el pulmón una vez reparado el diafragma, se detectó la incarceration del lóbulo medio y de parte del inferior que impedía su expansión, si bien, finalmente, consiguieron llenar el hemitórax. Tras la citada operación, D. J. V. D. continúa con el proceso de rehabilitación, acudiendo a consultas médicas periódicas con el fin de comprobar su evolución.*

**Séptimo.-** *En fecha 13 de marzo de 2009, la Dirección Provincial de Alava del INNS establece, finalmente, las secuelas que padece el reclamante, resolviendo otorgar a D. J. V. D. la incapacidad permanente total, resolución que ha sido recurrida ante el Juzgado de lo Social con fecha 10 de agosto de 2009.*

*Se aportan como documentos nº 1 a 17, los diferentes informes relativos a los hechos aquí narrados, remitiéndonos, a efectos probatorios, a los archivos del Servicio Riojano de Salud, especialmente a los del Hospital San Pedro de Logroño.*

*Se aportan, como documento nº 18, el informe médico emitido, en febrero de 2009, por el Dr. D. V. F. T., especialista en valoración del daño corporal, en el que se resume todo cuanto se ha expuesto y hace referencia a todos los informes médicos indicados, estableciendo la existencia de un claro error de diagnóstico y un retraso considerable en la curación del reclamante.*

*Por último, se aporta, como documentos nº 19 y 20, copia de la resolución del INNS y copia del primer folio de la demanda formulada contra la misma, remitiéndonos igualmente a los archivos precedentes a efectos probatorios.”*

Valora los daños cuyo resarcimiento reclama en 152.829,20 euros.

## **Segundo**

Mediante Resolución del Secretario General Técnico de la Consejería, por delegación del Consejero, de 5 de febrero de 2010, se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos del día 4, fecha en que tuvo entrada el escrito de reclamación en la Consejería, y se nombra Instructora del procedimiento.

Por carta de fecha 8 de febrero, se comunica al interesado la iniciación del expediente, informándole de los extremos exigidos por el artículo 42-4º de la Ley 30/1992.

## **Tercero**

Mediante comunicación interna de la misma fecha, la Instructora se dirige a la Dirección Gerencia del Área de Salud de La Rioja-Hospital *San Pedro*, solicitando cuantos antecedentes, datos e informes estime de interés relacionados con la asistencia sanitaria prestada al interesado; una copia de la historia clínica relativa a la asistencia reclamada exclusivamente; y, en particular, informe de los Facultativos intervinientes en la asistencia que se reclama.

#### **Cuarto**

Mediante escrito de 2 de marzo, la Gerencia de Área remite a la Secretaría General Técnica la documentación solicitada, que incluye la historia clínica del paciente y sendos informes de los Dres. M. G., Jefe de Sección de Cirugía Torácica, y M. V., facultativo de la misma especialidad.

#### **Quinto**

Con fecha 5 de marzo de 2009, la Instructora remite el expediente a la Dirección General de Aseguramiento, Acreditación y Prestaciones, a fin de que, por el Médico Inspector que corresponda, se elabore el pertinente informe.

#### **Sexto**

El Informe de Inspección, de fecha 21 de mayo de 2009, establece las siguientes conclusiones:

*“1.- D. J. V. D. sufrió un accidente por cuyas lesiones fue atendido en el complejo hospitalario San Millán San Pedro entre las fechas 22 de septiembre de 2007 y 5 de febrero de 2008. Durante este tiempo, fue, inicialmente, ingresado en la Unidad de Medicina intensiva, pasando, posteriormente, a planta de Cirugía Torácica, para, tras el alta, ser revisado en Consultas externas de Cirugía Torácica, así como de Neumología.*

*2.- Durante este tiempo, se realizaron numerosas pruebas complementarias radiológicas (hasta 5 placas de tórax y 3 tomografías axiales computerizadas o TACs en el Hospital San Pedro, además de otro TAC en el centro concertado Resonancia Magnética S.A.)*

*3.- Toda la documentación clínica disponible en el expediente, así como la adicional a que ha tenido acceso esta Inspección Médica en la historia clínica de D. J. V. D. indica que la evolución, desde el punto de vista del Servicio de Cirugía Torácica fue favorable.*

*4.- No puedo estar de acuerdo con la afirmación que se hace en la reclamación de que el paciente “fue dado de alta” del Servicio de Cirugía Torácica en el mes de febrero de 2008. De hecho, lo contrario es cierto, toda vez que el paciente, tras la última revisión a la que acudió en el Servicio de Cirugía Torácica el día 8 de febrero, queda emplazado para un nuevo TAC, para una cita en el servicio de Neumología y para una nueva cita con el Facultativo Especialista en Cirugía Torácica para revisar los resultados del citado TAC. Si la asistencia se interrumpió, fue porque, como está documentado en el expediente, el paciente fue atendido por otros profesionales a instancias suyas y de la mutua F.*

*5.- No puedo tampoco estar de acuerdo con la afirmación que se hace en la reclamación de que se establece “la existencia de un claro error diagnóstico y un retraso considerable en la curación del reclamante”, especialmente, tras llegarse a esta conclusión por parte del reclamante, tras contraponer en su escrito la actuación de los Especialistas del SERIS a la actuación del Especialista de la C. U. de Navarra, Dr. T., y del Dr. A., Especialista perteneciente al cuadro médico de la mutua F.*

*Efectivamente, no se diagnosticó una rotura diafragmática en el Servicio de Cirugía Torácica*

*del Hospital San Pedro, pero tampoco se alcanzó este diagnóstico en la C. U. de N. ni en la consulta del Dr. A.. Tanto el Dr. T. como el Dr. A. hablan únicamente de posible (ni siquiera probable) herniación diafragmática y el diagnóstico definitivo no se alcanza hasta que se realiza una toracotomía (intervención consistente en “abrir” la cavidad torácica) el día 26 de febrero de 2008.*

*Toda la literatura científica consultada está de acuerdo en que el diagnóstico de una rotura diafragmática es muy dificultoso, más aún si la rotura se produce en el lado derecho, como es el caso. Hay también acuerdo en la literatura a la hora de afirmar que, únicamente con pruebas de imagen, aún con aquellas de alta resolución como la tomografía axial computerizada, es muy difícil alcanzar un diagnóstico de certeza (la literatura habla únicamente de casos en los que se puede apreciar la presencia de una sonda nasogástrica o de un asa intestinal en la cavidad torácica como aquellos en los que el diagnóstico es posible y sencillo con pruebas de imagen únicamente, pero no son la mayoría y se trata casi siempre de lesiones en hemidiafragma izquierdo).*

*Es, por tanto, necesario, a la hora de plantear un diagnóstico de sospecha, el tener también en cuenta la clínica del paciente y, en este caso, es precisamente lo que se ha hecho desde el principio: El cuadro clínico del paciente va mejorando, como se refleja en su historia clínica. Persiste a lo largo del tiempo sintomatología respiratoria, pero ésta se explica en el contexto general de las lesiones, está en sintonía con los antecedentes del paciente (fumador, broncopatía crónica) y, al igual que las lesiones secundarias al traumatismo en sí, la función respiratoria mejora. Pero es que, además, los Facultativos del Servicio de Cirugía Torácica del SERIS no descartan la posibilidad de una toracotomía, como se lee en la anotación correspondiente a la revisión que tuvo lugar el día 14 de diciembre de 2007, si bien optan inicialmente por una actitud más conservadora.*

*6.- No he encontrado evidencia de que las secuelas que padece el paciente sean consecuencia de la actuación de los Facultativos del SERIS y no del propio traumatismo o incluso de la intervención quirúrgica a la que fue sometido por el Dr. A.*

*En consecuencia, no se puede determinar que haya existido una mala praxis médica, estimando que se ha dado al paciente la prestación médica adecuada en cada momento y de acuerdo con su estado clínico, con los medios disponibles del sistema sanitario y de acuerdo a la lex artis.”*

## **Séptimo**

Obra, a continuación, en el expediente, el dictamen médico emitido a instancia de la Aseguradora, de fecha 26 de agosto, que concluye:

*“1.Paciente varón de 51 años remitido al Servicio de Urgencias del HSPL el 22/09/07 tras sufrir accidente laboral, con caída de unos 4 metros de altura.*

*2.La atención inicial en el Servicio de Urgencias, evaluación, estabilización y estudios diagnósticos practicados fueron correctos.*

*3.Ante los hallazgos (volet costal con fracturas múltiples, fractura esternal, hemo-neumotórax y luxación de cadera), la actuación fue correcta (colocación de drenaje torácico, reducción de la luxación en quirófano y estabilización y observación del paciente en UCI).*

*4.Durante su estancia hospitalaria, se realizan numerosos estudios diagnósticos para descartar lesiones tóraco-abdominales asociadas (Rx. tórax repetidas. ecografía abdominal, TC tóraco-abdominal en dos ocasiones...).*

5. *En ninguno de los estudios practicados se establece el diagnóstico de rotura diafragmática.*
6. *El paciente evoluciona de forma favorable con el tratamiento dispuesto, permitiendo el alta hospitalaria en buena situación clínica.*
7. *El seguimiento en consulta posterior es adecuado en tiempo y medios.*
8. *Se repiten estudios radiológicos y TC (que es la prueba de elección en estos casos), sin que ninguno de ellos (ni los realizados en el HSPL ni los realizados en otros centros concertados y privados, por parte del paciente) establezca el diagnóstico.*
9. *El paciente mejora clínica y radiológicamente de su proceso pulmonar, del volet costal y del dolor.*
10. *Se establece el diagnóstico de presunción de hernia diafragmática (con presencia de vísceras abdominales en cavidad torácica) por dos Especialistas ajenos al HSPL, sin apoyo de ningún estudio de imagen. Indicando, así mismo, el tratamiento quirúrgico.*
11. *El paciente oculta estos datos e información a los profesionales que le atienden en el HSPL, por motivos que desconocemos.*
12. *Finalmente, es intervenido por un Especialista en un centro privado por decisión del paciente, con el diagnóstico de hernia diafragmática.*
13. *La intervención realizada demostraría que no existía tal hernia, sino una rotura diafragmática de tamaño no descrito, bloqueada por el hígado, sin que existieran vísceras abdominales en el tórax y, por tanto, sin peligro en momento de estrangulación de las mismas, asintomática en ese momento.*
14. *La intervención practicada resolvió la rotura del diafragma, pero no la elevación del mismo, agravando el cuadro doloroso del paciente.*
15. *No se puede descartar que en un futuro se hubiera podido producir una hernia diafragmática por la rotura que presentaba, si bien ese problema no existía en ese momento y es una circunstancia que no se produce de forma constante en las roturas del hemi diafragma derecho.*
16. *Del estudio de la documentación remitida, podemos, por tanto, concluir que los profesionales que atendieron a D. J. V. D. en el HSPL lo hicieron en todo momento de acuerdo a la "lex artis".*

## **Octavo**

Mediante escrito de 2 de septiembre, la Instructora se dirige al reclamante dándole trámite de audiencia, compareciendo éste en el Servicio de Asesoramiento y Normativa el siguiente día 13 y se le facilita copia de todos los documentos obrantes en el procedimiento.

Por escrito registrado de entrada en la Delegación del Gobierno en La Rioja el 14 de septiembre, el perjudicado formula alegaciones insistiendo en su pretensión inicial.

#### **Noveno**

Con fecha 10 de diciembre de 2010, la Instructora del expediente emite la Propuesta de resolución, en la que propone “*que se desestime la reclamación que por responsabilidad patrimonial de esta Administración formula D. J. V. D., por no ser imputable el daño alegado, cuya reparación solicita, al funcionamiento de los Servicios Públicos Sanitarios*”.

#### **Décimo**

El Secretario General Técnico, el día 15 de diciembre, remite a la Letrada de la Dirección General de los Servicios Jurídicos en la Consejería de Salud, para su preceptivo informe, el expediente íntegro. El informe es emitido en sentido favorable el día 22 de diciembre de 2010.

#### **Antecedentes de la consulta**

##### **Primero**

Por escrito fechado el 28 de diciembre de 2010, registrado de entrada en este Consejo el 4 de enero de 2011 el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo Consultivo de La Rioja para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

##### **Segundo**

Mediante escrito de 12 de enero de 2011, registrado de salida el día 12 de enero de 2011, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

##### **Tercero**

Asumida la ponencia por el Consejero señalado en el encabezamiento, la misma quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo señalada.

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

## **Primero**

### **Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo**

El art. 12 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la D.A. 2ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, limitaba la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 600 euros. La cuantía ha sido elevada a 6.000 euros por Ley 5/2008.

Al ser la cuantía de la reclamación superior a dicha cifra, nuestro dictamen resulta preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, éste, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

## **Segundo**

### **Sobre los requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.**

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LRJ-PAC) reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados de 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 normal o anormal de los servicios públicos, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado, y debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación

(acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de “seguro a todo riesgo” para los particulares que de cualquier modo se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones Públicas.

Lo anterior es también predicable, en principio, para la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, si bien, como ya dijimos, entre otros, en nuestro Dictamen 3/07, *“la responsabilidad no surge sin más por la existencia de un daño, sino del incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demande: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de medios y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto, ajustándose la actuación facultativa a los criterios de la lex artis ad hoc, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder del posible daño causado, pues no cabe reconocer un título de imputación del mismo”*.

Y, en nuestro Dictamen 29/07, en la misma línea, mantuvimos que los parámetros bajo los que se han de enjuiciar los criterios de imputación del daño a la Administración Sanitaria son el de la *lex artis ad hoc* y el de la existencia del *consentimiento informado*, distinguiendo *“si el daño es imputable a la actuación de los servicios sanitarios, por existir un funcionamiento anormal que contraviene los postulados de la lex artis ad hoc o por privar al paciente de su derecho de información o si, por el contrario, el resultado dañoso ha de ser soportado por éste quien, conocedor de los posibles riesgos, ha prestado voluntariamente su consentimiento”*.

### **Tercero**

#### **Sobre la posible prescripción**

Aun cuando la Propuesta de resolución no se plantea la posibilidad de que haya prescrito la acción para reclamar la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, entendemos, por nuestra parte, que la reclamación se insta transcurrido más de un año desde que, por aplicación de los arts. 142.5, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 4.2, del Real Decreto 429/1993, regulador de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, pudo ejercitarse la acción por estar determinado el alcance de las secuelas del hecho o acto supuestamente lesivos.

Somos conscientes de la dificultad de determinar, en los supuestos de responsabilidad sanitaria, el *dies a quo*, especialmente cuando, por la gravedad o carácter permanente de los daños, no hay recuperación íntegra de la salud, lo que impone mantener un tratamiento continuado del paciente, pero ello no es obstáculo para que puedan considerarse estabilizados los efectos lesivos y, por tanto, nacido el derecho a reclamar y se inicie el cómputo del término prescriptivo.

En ese sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2009, dice que *“en supuestos como el presente, debido a la gravedad de las secuelas o lesiones permanentes, el perjudicado necesita de un tratamiento continuado después de la determinación del alcance de las lesiones, pero ello no significa que las secuelas no estén consolidadas, es decir, que no se conozca el alcance del resultado lesivo producido, momento en el que se inicia el cómputo para el ejercicio de la acción de responsabilidad, conforme al tenor del art. 142.5 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. De no ser así, la acción de indemnización se podría ejercitar de manera indefinida lo que es contrario al precepto legal mencionado y al principio de seguridad jurídica proclamado en el art. 9.3 de la Constitución Española”*.

En el caso sometido a dictamen, el escrito planteando la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria se presenta en la Delegación del Gobierno en la Rioja el 29 de enero de 2010, por lo que deberá considerarse prescrita la acción si la estabilización y consiguiente conocimiento del alcance de las secuelas era anterior al 29 de enero de 2009.

Tras la práctica de la toracotomía a que se somete el interesado en la medicina privada el 26 de febrero de 2008, sólo constan en el expediente dos episodios, uno, la atención en la consulta de quien practicó dicha intervención del 11 de junio de 2008, en cuyo parte (folio 29 del expediente) se hace constar: *“acude a consulta por su cuenta, por molestias por delante de la herida de toracotomía, que son achacables a la denervación sensible, con una evolución presumiblemente lenta hasta la total recuperación de la sensibilidad”*; el otro, una asistencia en el Servicio de Urgencias del Hospital San Pedro, el 31 de marzo de 2008, en la que se aprecia, por las pruebas practicadas, *“cambios postquirúrgicos en pared torácica anterior drcha. Parenquima pulmonar sin evidencia de lesiones, sin observar áreas de condensación, con elevación diafragmática drcha. Sin otras alteraciones significativas”*; y la impresión clínica o diagnóstico es *“infección respiratoria vías altas”*.

Ninguno de estos episodios contradice, sino más bien confirman, que las secuelas del hipotético error de diagnóstico y de la intervención quirúrgica obligada por aquél, en opinión del reclamante, ya estaban consolidadas y estabilizadas, lo que hubiera permitido plantear la reclamación.

Y, con posterioridad al 29 de enero de 2009, sólo hay constancia de que el interesado solicitó el informe médico del Dr. F. T., que obra a los folios 42 a 47 y que aporta en apoyo de su pretensión, informe que es de fecha 6 de marzo de 2009; y de que, con fecha 25 de mayo de 2009, acudió en consulta a la C. U. de Navarra, cuyo Departamento de Neumología emitió el informe incorporado a los folios 36 a 41 del expediente.

El informe del Dr. F. no contiene dato alguno que permita mantener la no consolidación o estabilización de las lesiones permanentes del interesado desde el alta de la intervención de toracotomía, sin que a ello se oponga el que el paciente estuviera sometido a fisioterapia respiratoria, máxime teniendo en cuenta sus antecedentes (fumador de 40 cigarrillos al día y espectorador habitual que cumple criterios de bronquitis crónica; posible EPOC de base no estudiado).

Por lo que se refiere al informe del Dr. Z., de la C. U. de Navarra, consta expresamente que el paciente aporta dos radiografías de torax, la primera de 23 de julio de 2008, que revela *“elevación de hemidiafragma derecho, atelectasia en campo medio derecho. Signos de fracturas costales”*; en la segunda, de fecha 2 de febrero de 2009, no existen cambios con respecto a la radiografía previa. Tanto esta apreciación como el siguiente diagnóstico del informe: *“disnea de probable origen multifactorial (caída, dolor pleurítico secundario a traumatismo, depresión)”*, vienen a confirmar que las lesiones estaban ya estabilizadas en fecha bastante anterior al 29 de enero de 2009.

A mayor abundamiento, según documental aportada por el interesado (folios 48 a 54), la Dirección Provincial de Alava del INSS, por Resolución de 10 de marzo de 2009, le declaró afecto de incapacidad permanente en grado de total, en base a las secuelas que recoge el dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades y el Informe de Valoración Médica, secuelas que son coincidentes con las apreciadas ya con anterioridad al 29 de enero de 2009, lo cual es lógico por llevar el expediente en que se dicta la referida Resolución el número 01/2008/506822/39, lo que implica que está iniciado en el año 2008.

La iniciación de un expediente de esta naturaleza supone, por definición, que las secuelas están ya estabilizadas. Y, en conclusión, teniendo en cuenta además las anteriores consideraciones, cuando se plantea la reclamación, el 29 de enero de 2010, hay que estimar que la acción había prescrito.

#### Cuarto

## **Sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración en el supuesto de no haber prescrito la acción**

Volviendo a la doctrina expuesta en el segundo de los Fundamentos de Derecho *in fin*, es la observancia de la *lex artis ad hoc* el parámetro de imputación objetiva de responsabilidad a la Administración Sanitaria, consistente en la exigencia de que ésta actúe conforme a los conocimientos y técnicas requeridas por el caso concreto, empleando los medios más adecuados, en sustancia, tiempo y forma, para diagnosticar, tratar y sanar a un determinado paciente, según el estado de los conocimientos científicos y los protocolos profesionales de actuación (Dictámenes 56 y 88/2009).

La infracción de la *lex artis* en que el interesado pretende fundar su reclamación es la falta de diagnóstico de una hernia diafragmática, de la que se intervino en la medicina privada el 26 de febrero de 2008. Al no ser diagnosticada precozmente tras el grave accidente de trabajo sufrido el 22 de septiembre de 2007, determinó un retraso en la curación y el padecimiento de varias secuelas, que no se hubieran producido de haber sido diagnosticada dicha lesión desde el primer momento.

Intentaremos no reiterar consideraciones acerca de los distintos informes y dictámenes médicos obrantes en el expediente, limitándonos a destacar aquellos puntos que nos permiten concluir que no ha existido ninguna infracción de la *lex artis*, antes al contrario una escrupulosa atención al paciente, con la práctica de todo tipo de pruebas diagnósticas, no agresivas, y la aplicación de los tratamientos más adecuados a las dolencias que en cada momento presentaba el paciente según su evolución.

Podemos afirmar tajantemente que la falta de diagnóstico de una hernia diafragmática no puede suponer infracción de la correcta praxis médica, por la sencilla razón de que, en realidad, nunca se produjo herniación alguna.

En la primera ocasión en que se sugiere, **como posibilidad**, la existencia de una hernia diafragmática es en la consulta privada de la C. U. de Navarra a que acude el interesado el 20 de diciembre de 2007. En el correspondiente informe médico, se diagnostica “**posible** herniación diafragmática” y, en cuanto a tratamiento, “*se le sugiere la realización de una toracotomía exploradora y, en caso de confirmarse, la reparación de la hernia diafragmática*”. Se trata, por tanto, de un diagnóstico de sospecha, no confirmado, como veremos, tras la práctica de la toracotomía.

Hasta el momento de recurrir el interesado a la medicina privada, se le habían practicado numerosas pruebas complementarias radiológicas (hasta cinco placas de torax y tres tomografías axiales computerizadas o TACs en el Hospital *San Pedro* además de otro TAC en el centro concertado *Resonancia Magnética, S.A.*). Y la interpretación de ninguna de estas pruebas hace referencia a una posible hernia. En concreto, la última de ellas,

realizada el 19 de diciembre y aportada por el interesado al día siguiente a la C. U., se limita a diagnosticar “*elevación del hemidiafragma derecho con atelectasias laterales vasales derechas*”. En opinión del Cirujano torácico de la CUN, éste mismo TAC sugiere “*una ocupación del espacio pleural derecho, hasta prácticamente su tercio medio, por vísceras abdominales, altamente compatible con una herniación diafragmática*”. Se trata de la opinión de un Cirujano que contradice el informe del Radiólogo que informa la prueba del TAC, entendiéndose debe prevalecer, en principio, el criterio del segundo por ser el Facultativo que, por su especialidad, ha de considerarse más capacitado para interpretar la prueba en cuestión.

El diagnóstico de sospecha emitido por la CUN, a nuestro entender sin pruebas diagnósticas que lo corroboraran y no confirmado posteriormente en la intervención quirúrgica, obsesionó, sin embargo, al interesado, hasta el punto de conseguir que la Mutua F. lo derivara al Cirujano torácico Dr. A., quien le practicó la toracotomía el 26 de febrero de 2007.

Días antes, acudió a la consulta privada del Dr. Y. para hacerse una radiografía de tórax, que es informada en el sentido de que se observa un aumento de densidad en la región anterior del hemotorax derecho, “*en probable relación con herniación hepática a través del diafragma*” .

No obstante, toda la literatura científica está de acuerdo en que el diagnóstico de una hernia diafragmática es muy dificultoso y que, incluso con pruebas de imagen, aún con aquéllas de alta resolución, como la tomografía axial computerizada, es muy difícil alcanzar un diagnóstico de certeza.

Practicada la toracotomía, según resulta del informe emitido por el Cirujano, quedó demostrado que no existía hernia alguna, sino una rotura diafragmática, cuyo tamaño no describe, bloqueada por el hígado, sin que existieran vísceras abdominales en el torax y, por tanto, sin peligro de estrangulación de las mismas. Puede afirmarse que la intervención cumplió una función exploradora, como había sugerido la CUN, y, si bien descubrió una rotura diafragmática, no existía hernia ni riesgo de estrangulación de víscera abdominal alguna, al estar la rotura bloqueada por el hígado, situación que hubiera podido continuar asintomática durante mucho tiempo.

Debemos destacar que el interesado ocultó a la medicina pública los diagnósticos de sospecha y recurrió a la medicina privada sin aviso alguno, en un momento en que podía apreciarse una gran mejoría en la evolución clínica del interesado. En la nota de consulta del Especialista en Cirugía Torácica del Hospital *San Pedro*, Dr. M. V., correspondiente a la del 8 de febrero de 2008, consta: “*Gran mejoría clínica: prácticamente asintomático, con algunas molestias en zona de traumatismo. EF: la pared torácica está muy estable, apenas se notan movimientos anómalos. AP: ambos campos ventilan muy bien. Hoy le hacen TAC y tiene consulta en Neumología dentro de 17 días; le pido que, cuando le vean en Neumología, suba a la planta para ver el TAC. De momento, es alta por nosotros*”.

Añadamos que el mismo Servicio de Cirugía Torácica riojano no descartaba, antes de la positiva evolución del paciente, la posibilidad de intervenir quirúrgicamente. En efecto, en la revisión que se le hace el 14 de diciembre de 2007, el Dr. M. G. le comenta que *“sigue con inestabilidad en la pared torácica y que eso contunde el pulmón. Si a los cuatro meses no se estabiliza, se podría proponer cirugía para mejorar la función pulmonar”*.

El interesado, cuya evolución era la correcta y esperada, presentando una mejoría progresiva hasta el punto de que, como hemos visto, el 8 de febrero de 2008 estaba prácticamente asintomático, salvo algunas molestias en la zona del traumatismo, lógico por otra parte dada la gravedad de éste, abandona la medicina pública y se somete a una intervención, cuyo resultado no puede considerarse un éxito, puesto que, a raíz de la misma, aumentan los episodios de dolor y disnea.

Hemos de concluir, en definitiva, que no existió por parte de los Servicios Públicos un error de diagnóstico y, aun cuando pudiera ser defendible pautar una cirugía exploratoria, dada la progresiva mejoría que a la sazón se apreciaba en el paciente, juzgamos más prudente la decisión de aquéllos de optar, de momento, por un tratamiento conservador y no tan agresivo como una toracotomía.

Al no existir, por tanto, error o falta de diagnóstico, no cabe apreciar la infracción de la *lex artis* en que el reclamante pretende fundar la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, pudiendo aseverar, por otro lado, que no existe prueba alguna de que no se le dispensara toda la atención, pruebas diagnósticas y aplicación de los tratamientos adecuados, que su situación requería en cada momento.

No debe olvidarse, por último, que la gravedad del politraumatismo severo consecuencia del accidente que sufrió y la idiosincrasia (apatía, falta de ejercicios recomendados, aumento de 20 kg. de peso) y antecedentes del interesado (fumador hasta el accidente de 40 cig/día y bebedor de 80 gr. de etanol/día, broncopatía crónica), son más que suficientes para explicar las secuelas que determinaron su incapacidad laboral y que pretende imputar a la falta de diagnóstico de una hernia diafragmática inexistente.

Nos hemos referido, en el Fundamento de Derecho anterior, al informe emitido a instancia del reclamante por el Dr. F., informe pericial que no desvirtúa, en absoluto, la tesis por nosotros mantenida. Digamos que se limita a dar por buenos los diagnósticos de sospecha de 20 de diciembre de 2007, del Departamento de Cirugía Torácica de la C. U. de Navarra, y el informe del Dr. Y., de la radiografía realizada el 22 de febrero de 2008, así como el informe del Cirujano que practicó la toracotomía, sin hacer valoración crítica ni aportación alguna. Nuestros comentarios en el presente Fundamento jurídico a los repetidos diagnósticos de sospecha, nos liberan de mayores consideraciones.

## CONCLUSION

### **Única**

Procede desestimar la reclamación planteada, por no concurrir criterio positivo alguno de imputación de responsabilidad a los Servicios Públicos Sanitarios, al ajustarse su actuación rigurosa y estrictamente a la *lex artis ad hoc*.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

**EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO**

Joaquín Espert y Pérez-Caballero