

Expediente Núm. 73/2006
Dictamen Núm. 85/2006

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
Fernández García, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 6 de abril de 2006, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 21 de febrero de 2006, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por don, como consecuencia de lo que califica de defectuosa asistencia médica prestada a su hijo en un centro sanitario público.

De los antecedentes que obran en el expediente, resulta:

1. Con fecha 31 de marzo de 2005, don presenta, en el Registro del Hospital -en adelante-, una reclamación por responsabilidad patrimonial en relación con la asistencia sanitaria prestada a su hijo, menor de edad, en dicho Hospital. Dicha reclamación es remitida por el citado Hospital a la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios para su tramitación, constando su

entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 5 de abril de 2005.

Inicia su escrito relatando que “en fecha 5 de abril de 2004 (...), hijo del reclamante, (...) se produjo una lesión en el tobillo derecho practicando balonmano, ingresando en el Servicio de Urgencias del Hospital, donde se le diagnosticó esguince en ligamento lateral externo del tobillo derecho, lesión en el ligamento deltoides y dudosa fisura astrágalo./ Se estableció por parte del Servicio de Urgencias un tratamiento de inmovilización, mediante escayola, elevación de la pierna afectada, reposo y tratamiento con fármacos antiinflamatorios y analgésicos”.

Continúa su relato indicando que “ante la falta de mejoría en la evolución de la lesión, y la gran inflamación existente del tobillo, se practicó en fecha 12 de mayo de 2004 resonancia magnética (...) a petición del Hospital en el cual se determina la siguiente impresión diagnóstica:/`1.- Imagen compatible con fractura osteocondral en el ángulo supero-externo de la cúpula del astrágalo apreciándose además alteración de la señal a nivel del cuello del astrágalo compatible con edema óseo./ 2.- Rotura del fascículo peroneo astragalino anterior, probablemente lesión parcial del peroneo calcáneo del ligamento colateral externo./ 3.- Lesión del ligamento deltoideo./ 4.- Pequeña cantidad de líquido a nivel de la vaina y del tibial anterior compatible con tenosinovitis`./ A pesar del diagnóstico de la citada resonancia, no se varió el tratamiento, ni el dictamen, por parte del Hospital”.

Manifiesta a continuación que “ante la falta de mejoría y las graves molestias que sufría el paciente, referido todo esto al servicio médico, se optó por realizar una revisión en una clínica particular. Se acudió en fecha 12 de mayo de 2005 a la clínica (...)” que “determinó un diagnóstico de rotura de ligamentosa laterales y rotura osteocondral, recomendando la intervención quirúrgica./ Ante ello, y debido a que la siguiente consulta médica en el Hospital estaba fijada para el día 10 de junio, se optó por realizar la operación en una clínica privada, en evitación de males mayores, ya que se corría el riesgo de la existencia de secuelas en el tratamiento determinado para

la lesión, siendo costeada por el suscribiente (...)./ El coste de las consultas y de la operación ascendió al importe de 3.086,00 euros”.

Por todo ello, y después de señalar los fundamentos jurídicos que entiende justifican su reclamación, concluye solicitando que se le indemnice en la cantidad de tres mil ochenta y seis euros (3.086 €).

Junto con el escrito de reclamación, aporta el reclamante copia de los siguientes documentos: Libro de Familia; cuatro (4) radiografías e informe, de fecha 5 de abril de 2004, del Servicio de Urgencias del Hospital; informe sobre el resultado de la resonancia magnética, de fecha 12 de mayo de 2004, realizada a petición del Hospital; un informe de la “Clínica”, de fecha 12 de mayo de 2004, haciendo constar, entre otros datos de exploración, que “la resonancia muestra una fractura osteocondral (...)./ Rotura del peroneoastragalino anterior” y, entre otras indicaciones de tratamiento, que “se aconseja tratamiento quirúrgico”; dos informes de la “Clínica”, de fechas 24 de mayo y 15 de septiembre de 2004, en los que, respectivamente, se indica la previsión de ingreso en un centro médico el día 27 de mayo y se describe la operación llevada a cabo en tal fecha; y tres (3) facturas y un recibo en concepto de gastos de consulta y de operación, por importe total de tres mil ochenta y seis euros (3.086 €).

2. Mediante escrito de 8 de abril de 2005, el Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias comunica al interesado la recepción de su reclamación y las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará, informándole expresamente que será tramitado en dicho Servicio. Con la misma fecha, comunica al correspondiente Inspector de Prestaciones Sanitarias que ha sido designado para elaborar el informe técnico de evaluación del expediente abierto por la reclamación.

3. Por escrito de 27 de mayo de 2005, en respuesta a la solicitud de información realizada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias con fecha 12 de abril de 2005, la Directora Gerente del Hospital remite fotocopia de la

historia clínica del paciente, relacionada con el proceso objeto de la reclamación, así como el informe elaborado por el Servicio de Traumatología que atendió al hijo del reclamante.

En dicho informe se señala que el paciente “fue visto en Urgencias (...) el 12 de enero de 2.004 por torsión a nivel del tobillo derecho mientras practicaba deporte. Fue diagnosticado de esguince de ligamento lateral externo de dicho tobillo y fue tratado con colocación de férula posterior(...)./ El 22 de marzo de 2.004 acude nuevamente a Urgencias de este centro por dolor en tobillo derecho tras sufrir una torsión casual mientras practicaba gimnasia (...). Diagnosticado de esguince grado II a nivel de ligamento lateral izquierdo fue tratado con férula posterior de yeso siendo remitido para revisión en nuestras Consultas Externas 15 días después (7/4/04)./ El 5 de abril de 2.004, antes de la fecha en que tenía cita en nuestras Consultas Externas, el enfermo acude nuevamente a Urgencias por dolor e impotencia funcional en tobillo derecho tras sufrir una torcedura casual”, señalando el informante que, “desconocemos quién le retiró la férula de yeso colocada 2 semanas antes en relación al esguince sufrido el 22/3/04”.

En ese momento, continúa el escrito, “se realizan nuevas radiografías del tobillo derecho apreciándose una dudosa fractura marginal del astrágalo por lo que se realiza TAC del tobillo que fue informado como normal. Fue diagnosticado de esguince bimalleolar más dudosa fractura marginal a nivel del astrágalo derecho, siendo remitida a revisión en Consultas Externas. El 15/4/04 acude a revisión a Consultas Externas dónde tras retirada del yeso se comprueba tumefacción importante a nivel maleolar externo habiendo desaparecido el hematoma a nivel de región interna del tobillo y siendo tratado con bota de yeso durante 3 semanas más. El 21/4/04 acude nuevamente a Urgencias en esta ocasión por dolor en región gemelar de 48 horas de evolución, no objetivándose a la exploración clínica signos inflamatorios ni edema a nivel del miembro inferior derecho, siendo el signo de Homans negativo. Aún así se realizó Eco Doppler de MII no objetivándose signos de trombosis venosa profunda por lo que le fue colocado nuevamente un yeso

suropédico hasta cumplir las 3 semanas que se le habían indicado. El 6/5/04 acude a revisión en Consultas Externas retirándose la bota de yeso. A la exploración se apreciaba edema a nivel del tobillo derecho con dolor a la palpación en el trayecto de ambos ligamentos colaterales (medial y lateral) y a nivel de la base del 5º metatarsiano. Se objetivó además un cajón anterior a nivel de la articulación del tobillo”.

Ese día, continúa relatando el informante, se realizaron nuevas radiografías, apreciándose “una fractura osteocondral a nivel de la zona superoexterna del astrágalo y calcificaciones ectópicas del trayecto del ligamento deltoideo del tobillo derecho. Así mismo se objetivó a nivel de la base del 5º metatarsiano una imagen sugestiva de sincondrosis a dicho nivel. Ese día le fue solicitada un RMN del tobillo derecho, así como radiografía simple del pie izquierdo (...)./ El 31/5/04 acude la familia para ver resultados de RMN (el enfermo no acudió en dicha fecha), donde se apreciaba: imagen compatible con fractura osteocondral a nivel del ángulo supero-externo de la cúpula del astrágalo, apreciándose además alteración de la señal a nivel del cuello astragalino compatible con edema óseo. Rotura del fascículo peroneo astragalino anterior y probable lesión parcial del ligamento peroneo calcáneo a nivel de colateral externo. Lesión del ligamento deltoideo. Pequeña cantidad de líquido a nivel de la vaina de los peroneos y del tibial anterior compatible con tenosinovitis y pequeño derrame articular”.

Finaliza el informe relatando que “se aconsejó a la familia revisión a la semana siguiente para valoración clínica del enfermo y decidir actitud terapéutica a seguir. Según consta en la historia clínica el 15/6/04 nos fue comunicado de forma verbal por la Dirección Gerencia de este Centro que el enfermo había sido operado a nivel privado (...). Habíamos citado a la familia por expreso deseo de la misma puesto que querían recabar información. En historia clínica consta que no acudieron a la cita concertada”.

Junto con el informe referido, se ha incorporado al expediente copia de la historia clínica remitida por el Hospital, tanto de Urgencias y del Servicio de Traumatología (en el período de 5 de abril a 5 de junio de 2004) como de

Rehabilitación (en el período de 7 de julio a 28 de diciembre de 2004). Junto con dichos documentos, aparecen tres (3) informes de la Clínica, de fechas 24 de mayo, 5 de julio y 4 de agosto de 2004. En ellos se señala, respectivamente, la fecha de la operación, se confirma que ésta se realizó el día 27 de mayo de 2004 y se indica como tratamiento retirar las muletas y continuar con fisioterapia.

4. Con fecha 17 de junio de 2005, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación en el que, después de recoger los antecedentes del caso, señalando los antecedentes próximos a la lesión de 5 de abril de 2004, omitidos en el relato del reclamante, analiza la actuación de la Administración sanitaria, llegando a la conclusión de que la misma "fue correcta y adaptada a los criterios de la *lex artis*", por lo que, continúa el informante, "es necesario abordar la cuestión relativa a la pretensión formulada en forma de reintegro de los gastos generados por la atención recibida por el hijo del reclamante en el ámbito de la medicina privada. Es preciso señalar, a este respecto, que el paciente acudió voluntariamente y de motu proprio a los servicios de la medicina privada. Como diagnóstico se hace constar rotura de ligamentos laterales y rotura osteocondral, es decir, se llegó al mismo diagnóstico que se había realizado en el sistema público y se procedió a intervenirle quirúrgicamente no dando oportunidad alguna de valoración terapéutica a seguir al Servicio de Traumatología del Hospital al no acudir a la cita que tenía y dirigirse sin más a la medicina privada".

Por ello, después de señalar la normativa aplicable en relación con el reintegro de gastos sanitarios, concluye señalando que "el reclamante incumplió los requisitos para que proceda el reintegro de gastos al abandonar voluntariamente el sistema sanitario público, y en este sentido, la jurisprudencia es unánime al considerar que el abandono voluntario de la sanidad pública impide reclamar posteriormente el reintegro de los gastos", y que "la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta (...) debe ser

desestimada”.

5. Con fecha 20 de junio de 2005, se remite copia de lo actuado a la correduría de seguros y a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

6. Con acuse de recibo del día 4 de octubre de 2005, se notifica al interesado la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente, por un plazo de quince días, adjuntándole la relación de documentos obrantes en el mismo.

7. El día 4 de octubre de 2005 tiene entrada en el Servicio instructor un informe médico, de 23 de agosto de 2005, realizado por un Doctor en Medicina y Cirugía, especialista en traumatología y cirugía ortopédica, y dos Licenciados en Medicina y Cirugía (uno de ellos especialista en cirugía general, traumatología y ortopedia), señalando la propuesta de resolución que ha sido emitido a instancia de la compañía de seguros En el mismo, después de relatar los antecedentes del caso, que en nada difieren de los relatados en el Informe Técnico de Evaluación, se concluye lo siguiente: “paciente con historia de esguinces de tobillo de repetición./ En el último episodio referido (5-4-2004) se sospecha por radiología simple una posible lesión del astrágalo, que no puede confirmarse por TAC. Se realiza tratamiento conservador mediante inmovilización y descarga. La actitud seguida es correcta./ Debido a la persistencia de la sintomatología se realiza al mes un estudio por radiología simple que pone de manifiesto una lesión osteocondral del astragalo. Se completa estudio por RNM donde se confirma la lesión ligamentosa y la fractura osteocondral./ No objetivamos error diagnóstico. La lesión ligamentosa diagnosticada inicialmente existe, como pone de manifiesto la RNM y la fractura osteocondral, aunque se sospecha en un principio, no puede confirmarse inicialmente a pesar de las pruebas de imagen precisas para ello (TAC). El tratamiento realizado en esta fase es correcto./ La familia decide acudir por

cuenta propia a un centro privado aconsejándole tratamiento quirúrgico de la lesión”.

8. El día 6 de octubre de 2005 el interesado se persona en las dependencias de la Administración y obtiene una copia de todo el expediente, que en ese momento se compone de setenta (70) folios, según diligencia incorporada al expediente.

9. El día 20 de octubre de 2005 se presenta, en el registro del Hospital, un escrito de alegaciones de don en el que manifiesta que “la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración deriva de la lesión producida en fecha 5 de abril de 2.004, no de episodios anteriores que pudiesen haberse producido, y de los que no trae causa la lesión que se produjo en la fecha citada, objeto de este expediente”. Añade que “no se obró con la diligencia debida, tanto en la valoración de la lesión, como en la terapia a seguir en la curación de la misma, cometiendo, a nuestro entender, y según se desprende de los informes aportados al expediente de técnico cualificado, Dr., tanto por la inadecuada calificación de la lesión, como en la tardanza en la intervención quirúrgica (que no se produjo por parte de la Administración), como en la inacción en relación con exámenes detallados del órgano lesionado./ La lesión se produce el 5/04/2.004, donde se le diagnosticó esguince en ligamento lateral externo del tobillo derecho, lesión en el ligamento deltoides y dudosa fisura astrágalo, no se solicitan análisis definitivos de la lesión (RMN) hasta el día 6/05/2.004, un mes después, a petición de los padres, después de una insistencia reiterada (...)./ Los análisis son recogidos por los padres en el Hospital en fecha 24/05/2.004, y, ante la serie de problemas en el tratamiento de la lesión ocurridos en el Hospital, deciden buscar una segunda opinión. Dicha opinión es la del Dr. (...), que plantea los graves problemas del paso del tiempo, y los riesgos de no operar inmediatamente./ La operación, consistente en la recomposición del astrágalo, se hace en fecha 27/05/ 2.004 (...)./ Lógicamente no acudió el menor, sí los padres, a la cita del día

31/05/2.004 por la convalecencia del menor. No obstante la decisión de la intervención se pospuso a una fecha posterior a ésta en un semana, a partir de 6/06/05 (*sic*). Dos meses después de la lesión (...)./ Es completamente anormal e ilógico que a la lectura del informa de RMN, que llegó al Hospital el día 24/05/2004, no se determinase la operación inmediata, dilatándose la decisión (positiva o negativa) de operar./ En ninguna parte de la historia clínica consta que sea necesario y urgente operar, ni siquiera existe el planteamiento de ello”.

Como conclusión, destaca el reclamante los siguientes errores y responsabilidades: “1.- Error en el diagnóstico./ 2.- Error en la terapia aplicada (derivado de lo anterior)./ 3.- Lentitud y falta de diligencia ante la evolución de la lesión./ 4.- Una vez conocido el alcance de la lesión por los médicos no se obra con la diligencia y urgencia necesaria para la evitación de riesgos innecesarios./ 5.- Omisión de una decisión, positiva o negativa, respecto a la operación quirúrgica./ 6.- Estos errores y falta de diligencia determinan una responsabilidad, que podría ser mayor de no haberse intervenido en una clínica privada al menor, respecto a los gastos económicos realizados para impedir un riesgo (*sic*) cierto creado por el funcionamiento inadecuado de la Administración, personalizado en el personal sanitario que trato la citada lesión”.

Concluye su escrito reiterando la solicitud inicial de que “se indemnice al suscribiente en la cantidad de 3.086,00 euros”.

10. Con fecha 7 de febrero de 2006, el instructor formula propuesta de resolución proponiendo “desestimar la reclamación” interpuesta por el interesado, razonando que “se actuó correctamente en todo momento (...) realizándose las pruebas indicadas en todo momento sin que fuera posible llegar al diagnóstico de la fractura con antelación, debido a que dicha fractura no aparecía en ninguna de las pruebas objetivas realizadas (...)./ Efectivamente, a pesar de que, cuando existió el primer indicio de fractura se indicó la realización de un TAC para comprobar si existía ésta, la prueba diagnóstica resultó negativa, rechazándose por este motivo tal posibilidad (...)./ Por tanto, no existió el error diagnóstico al que hacen alusión los reclamante

(...)/ Tengamos en cuenta que la lesión ligamentosa que el paciente sufría encajaba perfectamente con la clínica presentada por el paciente, descartándose por esta razón que existiera otra patología oculta que las pruebas descartaban./ Por tanto, la actuación de los profesionales fue absolutamente correcta, realizándose más pruebas cuando se comprueba la persistencia de la sintomatología./ Es por ello que se consigue llegar a diagnosticar la fractura, ya que los profesionales siguieron la realización del estudio diagnóstico al ver que la sintomatología no cedía con el tratamiento pautado”.

Razona igualmente el instructor que no cabe el reintegro de gastos médicos, puesto que no concurre el supuesto previsto en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, que se refiere a casos de “asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital”, puesto que, señala el instructor “no existió, en ningún momento urgencia vital ni riesgo para la vida del paciente, abandonándose la sanidad pública cuando ya se disponía de un diagnóstico cierto, el mismo al que se llegó en la clínica privada en que fue intervenido el paciente”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 21 de febrero de 2006, registrado de entrada el día 23 del mismo mes, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente RP núm., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

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 establecido 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 Consultivo del Principado de Asturias, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias en los términos de lo dispuesto en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- En atención a lo establecido en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y habiendo sufrido el accidente una persona menor de edad, está legitimado para actuar en su representación el reclamante, padre del menor, a tenor del Libro de Familia que obra en el expediente, según lo dispuesto en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo". En el presente caso, se presenta la reclamación con fecha 31 de marzo de 2005, habiendo tenido lugar la intervención quirúrgica cuyo coste se reclama el día 27 de mayo de 2004, por lo que es claro que fue aquella presentada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo que rige la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y, en su desarrollo, en el Reglamento de los procedimientos de las

Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial). Procedimiento al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, están sujetas las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites legal y reglamentariamente establecidos de incorporación de informe de los servicios afectados, trámite de audiencia y propuesta de resolución.

No obstante, hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar al interesado, en los términos de lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Ciertamente, se ha comunicado al reclamante la incoación del procedimiento y las normas de aplicación al mismo -en las que consta el plazo máximo para notificar la resolución expresa y los efectos de su transcurso sin que se haya producido dicha notificación-, por lo que con una interpretación flexible cabría entender efectuada indirectamente la comunicación de dichos extremos, pero no se le ha indicado en modo alguno la fecha de recepción de su reclamación en el registro del órgano competente para su tramitación, es decir, la fecha desde la cual se contará el plazo máximo en que debe notificarse la resolución expresa de dicha reclamación.

Además, se aprecia que ha sido rebasado el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Recibida la reclamación en el registro de la Administración del Principado de Asturias, Consejería de Salud y

Servicios Sanitarios, el día 5 de abril de 2005, se concluye que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 23 de febrero de 2006, el plazo de resolución y notificación se ha rebasado ampliamente. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución establece 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 139 de la LRJPAC, ya citada, dispone 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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”.

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 un daño o lesión antijurídica, 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.- En el supuesto que se somete a nuestra consideración, la reclamación de responsabilidad patrimonial se imputa por el interesado a la existencia de un diagnóstico erróneo, un tratamiento inadecuado y la tardanza en la solución de la lesión, lo que habría aconsejado a los padres del menor, a fin de evitar posibles consecuencias negativas, acudir sin más dilación a la sanidad privada, cuantificando la indemnización en el importe de los gastos satisfechos a esos profesionales de la sanidad privada. De hecho, la reclamación contiene una solicitud de reembolso de gastos sanitarios. A este respecto, el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, que desarrolla lo dispuesto en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, determina en su artículo 5.3 las condiciones para que sea exigible el reintegro de gastos sanitarios ocasionados “fuera del Sistema Nacional de Salud”, estableciendo que únicamente será exigible “en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital (...), una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”.

Sin embargo, el particular no opta por el ejercicio de esa acción de reembolso, sino por la de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública con invocación de los artículos 139, 141 y 142 de la LRJPAC que cuantifica, justamente, en el importe de esos gastos. Debemos afirmar que tal planteamiento -y su consecuente reclamación- es admisible, pero para que pueda prosperar deberán concurrir los requisitos generales que hemos señalado. Por tanto, habrá que analizar si estamos ante un daño antijurídico, es decir, un daño que no tenga la obligación de soportar y si éste ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario.

En orden al análisis de la concurrencia de tales requisitos, observamos que de la reclamación se desprende que el daño alegado es la necesidad de acceso a un tratamiento médico privado y su coste. En su tenor literal, la

reclamación afirma que se trata de una opción o una “decisión del recurrente”, motivada por la “tardanza en la solución de la lesión” física y porque “se corría el riesgo de la existencia de secuelas”, sin concreción ni justificación alguna -directa o por referencia a un informe médico- de cuáles podrían ser las secuelas ni los riesgos aludidos. Siendo ello así, deberíamos concluir ya que no se aprecia un daño antijurídico, sino que estamos simplemente ante una legítima opción individual entre el sistema sanitario público y los servicios sanitarios privados, resuelta libremente por el reclamante -o su familia- a favor de estos últimos y cuyas consecuencias -entre ellas las económicas, es decir, el desembolso realizado como abono de los gastos de consulta y operación quirúrgica en el ámbito de la sanidad privada- han de ser soportadas por quien adopta dicha decisión.

No obstante la conclusión expuesta, en aras de un exhaustivo análisis de las imputaciones realizadas al funcionamiento del servicio sanitario público en el caso concreto, debemos analizar si, tal como manifiesta el reclamante, se han producido los errores de “diagnóstico” y “terapia aplicada”, y “la lentitud y falta de diligencia ante la evolución de la lesión”, que condujeron a la “omisión de una decisión (...) respecto a la operación quirúrgica”.

Debemos comenzar por señalar que, a juicio de este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario, dirigido siempre a procurar la curación del paciente, constituye básicamente una obligación de medio y no una obligación de resultado, de modo que no pueden imputarse sin más a la Administración sanitaria la falta de curación del paciente en un plazo determinado 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*”.

Por lo tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la “*lex artis ad hoc*”, entendiéndose por tal “ aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el

profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia en otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida" (Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 11 de marzo de 1991).

Planteadas así la cuestión, debemos analizar en primer lugar la existencia del posible error de diagnóstico que se alega por el reclamante, y ha de destacarse al respecto que el mismo no aparece acreditado, sino que, al contrario, todos los informes obrantes en el expediente, e incluso el aportado por el reclamante de una clínica privada, coinciden en señalar el mismo diagnóstico: rotura de ligamentos laterales y rotura osteocondral. Es cierto que ese diagnóstico no se alcanza en los servicios del Hospital en el primer momento, en el que únicamente se objetiva la rotura de los ligamentos laterales, sino posteriormente, una vez realizadas otras pruebas ante la persistencia de determinados síntomas. Lo que nos enfrenta al reproche que, implícitamente, parece desprenderse de la reclamación, en la que el reclamante viene a señalar que la fractura osteocondral debería haberse diagnosticado en un primer momento. Si el parámetro comúnmente utilizado por la doctrina y la jurisprudencia para enjuiciar la actuación de los profesionales sanitarios es el de la *"lex artis"*, se tratará de deslindar si, en función de ese criterio, era razonable exigir que los servicios sanitarios implicados hubiesen detectado, desde el primer momento, la rotura osteocondral del menor.

Debemos partir de una consideración obviada por el reclamante, y sin embargo puesta de manifiesto en el informe del Servicio de Traumatología correspondiente, y es que se trataba de un paciente con dos episodios anteriores, muy recientes, de esguince de ligamentos del tobillo derecho, que acude por tercera vez, y cuando aún no habían transcurrido ni tan siquiera quince (15) días del episodio anterior, por un problema en dicho tobillo derecho. Es de destacar igualmente que, incluso en la fecha en la que se

produce esta tercera lesión (la que da origen a la reclamación de responsabilidad patrimonial), el menor se encontraba “practicando balonmano” (según se afirma en el escrito de reclamación y en el informe de la clínica privada, aunque en la historia clínica del servicio de urgencias del día de la fecha se indicó que se trataba de una torcedura casual), cuando según el informe del Servicio de Traumatología, en esa fecha (5 de abril de 2004), aún debía portar la “férula posterior de yeso” colocada el día 22 de marzo de 2004 (en la segunda lesión), y que había sido pautada por un plazo de quince (15) días, informándose por el señalado Servicio que se desconoce “quién le retiró la férula de yeso” referida.

En resumen, la lesión se produce con ocasión de una actividad que, de haber seguido fielmente los tratamientos médicos prescritos como consecuencia de la lesión anterior, nunca se habría realizado. Y aunque en este caso el comportamiento de la propia víctima no guarda relación con los daños que se imputan a la Administración, sí tienen importancia estos antecedentes, contrariamente a lo que sostiene el reclamante, puesto que es fácil entender que los profesionales sanitarios realizan su diagnóstico sobre la base de las pruebas objetivas realizadas y teniendo en cuenta, también, la historia clínica del paciente y, en este caso, estudian a un “paciente con historia de esguinces de tobillo de repetición”. Según los informes obrantes en el expediente, aunque se sospecha en un primer momento la existencia de una rotura del astrágalo, la misma no pudo confirmarse por TAC, por lo que se opta por un tratamiento conservador mediante inmovilización. Todos los informes técnicos aportados al expediente juzgan esta actuación como correcta, y aunque es cierto que los informes a los que nos referimos son los aportados por la propia Administración y por la compañía aseguradora de ésta, también lo es que el particular nada prueba en sentido contrario, y debemos recordar que le corresponde la carga de probar que se ha producido una infracción a la *“lex artis”*.

Por tanto, a juicio de este Consejo Consultivo, ni existió error de diagnóstico en función de las pruebas objetivas realizadas y de los antecedentes personales del paciente, ni era exigible, conforme al criterio de la

“lex artis”, haber anticipado el diagnóstico definitivo sobre la lesión del astrágalo, puesto que, precisamente con base en tales criterios de actuación, no resultaba obligado realizar al paciente, en el primer momento, la prueba diagnóstica (RMN) que finalmente objetivó la lesión.

En segundo lugar, y siguiendo con el análisis de la reclamación, se imputa por el reclamante una supuesta falta de “diligencia y urgencia necesaria para la evitación de riesgos innecesarios”, una vez conocido el alcance de la lesión, lo que, en su opinión, habría sucedido porque la Administración “omitió” la decisión necesaria “respecto a la operación quirúrgica”.

En relación con esta segunda alegación, debemos realizar un análisis temporal de todo el proceso para determinar si efectivamente se ha producido una dilación manifiesta o injustificada. Debemos partir para ello del resultado de la resonancia magnética, que como ya dijimos, es la prueba que definitivamente aclara el alcance de la lesión. Tal prueba, se solicita el mismo día (6 de mayo de 2004) en que acude el paciente a revisión, cumplido el plazo de tres semanas de inmovilización, y al observarse la persistencia de los síntomas incapacitantes, según se desprende de la historia clínica incorporada. Por tanto, ninguna dilación se habría producido en esta primera parte del proceso.

La resonancia magnética se realiza el día 12 de mayo de 2004 y, según relata el reclamante, la propia familia recogió el resultado de dicha prueba y acudió a una clínica particular. En este aspecto concreto, el relato del reclamante resulta confuso o incluso contradictorio con el escrito de alegaciones (que figuran realizadas por escrito del hijo del reclamante y sujeto de los actos médicos que analizamos). En el escrito de reclamación se afirma que la primera consulta con el traumatólogo particular se realizó el 12 de mayo de 2005 (el mismo día en que está fechado el informe de la resonancia magnética). Sin embargo, en el escrito de alegaciones se señala que la resonancia llegó al hospital el día 24 de mayo, y que ese día la recogieron personalmente “y deciden buscar una segunda opinión”. Pero recordemos que esa segunda opinión ya consta por escrito, aportado por el recurrente el día 12 de mayo. Por

tanto, además de la contradicción evidente, lo que se desprende de su propio relato es que la primera consulta con el traumatólogo particular se realiza antes de que los resultados de la resonancia lleguen al Hospital que la solicitó, y, por tanto, sin que se hubieran podido valorar los mismos por los especialistas del servicio público.

Con independencia de lo anterior, si analizamos el informe aportado, correspondiente a esa consulta privada, observamos que el diagnóstico tras ésta se realiza sobre una resonancia (si bien no consta la realización de otra, además de la solicitada por el centro sanitario público) y que sobre el tratamiento prescrito -al margen de medidas más conservadoras tales como masajes, media elástica y baños de contraste "calor-frío"- el informe indica textualmente: "se aconseja tratamiento quirúrgico"; tratamiento que efectivamente se realiza en una clínica privada el día 27 de mayo de 2004.

Si observamos la cadencia de los hechos desde el punto de vista de la sanidad pública, debemos señalar, tal y como reconoce el reclamante, que la resonancia llega al Hospital el día 24 de mayo de 2004, y que el 31 de ese mismo mes se citó al paciente para analizar los resultados, estando acreditado que únicamente acudió a la cita "la familia", no el paciente, y que se le volvió a citar a la semana siguiente "para valoración clínica del enfermo y decidir la actitud terapéutica a seguir" (informe del Servicio de Traumatología). Objetivamente, no puede defenderse que se haya producido un retraso injustificado entre la fecha de entrada de los resultados (24 de mayo) y la fecha prevista para su valoración (31 de mayo). No parece que se pueda entender producido un retraso anormal en el análisis de esos resultados por el transcurso de una semana, salvo que nos enfrentásemos a una lesión que exigiese un tratamiento urgente e inmediato.

Y esta última consideración nos aboca a analizar este aspecto a la luz de los datos obrantes en el expediente, puesto que, según señala el reclamante, era necesario actuar con diligencia y urgencia (lo que no habría hecho la Administración sanitaria) para evitar "riesgos innecesarios". En este caso, también debemos señalar que no existe ninguna prueba al respecto de lo

manifestado por el reclamante, ya que, en ninguno de los informes médicos aportados se reconoce la necesidad de realizar una operación quirúrgica con carácter urgente. Incluso en el informe del traumatólogo particular que realizó finalmente la intervención, únicamente se señala que “se aconseja tratamiento quirúrgico” (informe del día 12 de mayo de 2004), sin añadir ninguna otra consideración más. Es necesario valorar también que, si la intervención en la clínica particular no se realizó hasta el 27 de mayo (15 días después de establecido el diagnóstico por el especialista privado), los datos objetivos no parecen avalar la urgencia en la evitación de los riesgos a los que se refiere el reclamante. Finalmente, si tenemos en cuenta que la lesión se produjo el día 5 de abril y que la operación se realizó, como se acaba de señalar, el día 27 de mayo, con un resultado satisfactorio, sin secuelas en el menor, tales datos avalarían también la tesis de que la intervención quirúrgica no revestía ese carácter de urgencia que se defiende por el reclamante y, desde luego, no avalan el argumento, manifestado en el escrito de alegaciones, de que, de no haberse realizado tal intervención urgente, “estaríamos ante una reclamación a la Administración por las secuelas sufridas”.

En consecuencia, este Consejo Consultivo entiende que la actuación de la Administración sanitaria se ajustó en todo momento al criterio de la *“lex artis”*, no habiéndose producido ni error diagnóstico ni dilación indebida en la aplicación de las medidas terapéuticas; originándose los gastos que ahora se reclaman por la decisión personal de la familia de acudir a un centro privado, abandonando los servicios de la sanidad pública cuando ya se había establecido un diagnóstico preciso de las lesiones, y sin dar opción a los servicios públicos a establecer el tratamiento de dicha lesión que considerasen adecuado, por lo que, en definitiva, tiene el particular la obligación de soportar el gasto que se deriva de sus decisiones.

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 don, en nombre y representación de su hijo menor de edad.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º
EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.