

Expediente Núm. 222/2006
Dictamen Núm. 218/2006

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
Fernández García, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 9 de noviembre 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 2 de agosto de 2006, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por doña, por los daños sufridos a consecuencia de lo que califica como error de diagnóstico en un centro sanitario público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 27 de mayo de 2005, doña presenta, en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias (en adelante SESPA), una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Unidad de Reclamaciones del referido Servicio por la asistencia recibida en el Ambulatorio, de

Inicia su escrito relatando que el día 28 (*sic*) de junio de 2003, tras una caída accidental en su domicilio, fue atendida por un traumatólogo del Ambulatorio, “siendo diagnosticada tras estudio radiográfico y exploración, de esguince leve de rodilla izquierda y gonartrosis”, pautándosele “rodillera, no apoyar la extremidad afectada en 15 días y nuevo control”. En revisión posterior se le retira la rodillera y se le pauta “tratamiento para la artrosis de rodilla, pudiendo hacer vida normal”.

No obstante, continúa diciendo, “con el paso de los meses y al ser la evolución de la lesión de rodilla negativa, con dolor, inflamación y cojera al caminar, acude al S. de Radiología del Ambulatorio, para realizar estudio de dicha rodilla izquierda, siendo diagnosticada de gonartrosis con afectación femorotibial externa, según informe realizado el 08/01/04”. Posteriormente, el día 2 de febrero de 2004, y “tras estudio de las radiografías realizadas en enero se le diagnostica: fractura hundimiento del platillo tibial externo de la rodilla izquierda, con rotura del menisco externo”, que se confirma después tras estudio de resonancia magnética de la rodilla, en el que se especifica que “el hundimiento es de 2 cm”.

Afirma que en ese momento el traumatólogo que la atiende le indica “que el único tratamiento posible es la intervención quirúrgica, consistente en injerto óseo de banco y osteosíntesis”, aduciendo la reclamante que “ante la mala experiencia de los servicios médicos de la S. Social, decide ser intervenida por dicho facultativo en ante la imposibilidad de que éste le opere a cargo de la S. Social, para lo que ingresa el 01/03/04, siendo dada de alta el 05/03/04, con revisiones posteriores”.

Por todo lo expuesto considera que existe un “error diagnóstico claro y evidente del traumatólogo que la vio por primera vez en el Ambulatorio, que no diagnosticó la fractura-hundimiento que ya presentaba en ese momento”, presentando en la actualidad secuelas directamente relacionadas con dicho error, consistentes en “pérdida de 10° de flexión y 5° de extensión, angulación de 5° con rodilla en valgo, agravación de artrosis previa, material de osteosíntesis y disimetría de 5 cm, así como cicatriz de origen quirúrgico y el uso

obligado de una plantilla ortopédica”.

Después de lo expuesto, la interesada fundamenta en derecho su reclamación y solicita una indemnización que cuantifica en cincuenta y seis mil cuatrocientos cuarenta y cinco euros con treinta y nueve céntimos (56.445,39 €), “en concepto de secuelas, días de incapacidad, gastos de hospitalización y tratamiento”.

Asimismo, a través de Otrosí, designa domicilio de letrada a efectos de notificaciones.

Se acompaña la reclamación de los siguientes documentos: factura de farmacia, por importe de doscientos quince euros (215 €), fechada el día 25 de mayo de 2004; factura de, por importe de setecientos cincuenta y un euros con diecinueve céntimos (751,19 €), fechada el día 4 de marzo de 2004, en concepto de “HTO placa p. osteotomía tibial izquierd.” y cuatro tornillos; factura de, de fecha 15 de marzo de 2004, por importe de treinta y cinco euros (35 €), en concepto de bastón inglés; factura de, de 5 de marzo de 2004, por importe de dos mil seiscientos veintinueve euros con veinte céntimos (2.629,20 €), por varios conceptos derivados de la intervención y hospitalización de la reclamante desde el día 1 de marzo de 2004 al día 5 del mismo mes; petición de diagnóstico y tratamiento de esguince de rodilla izquierda, efectuada por el Dr. “A” al Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Ambulatorio, de ..., de fecha 20 de junio de 2003, e informe de la misma fecha (con firma ilegible), en el que, entre otras anotaciones, consta impresión de “esguince leve”; petición de consulta de seguimiento con motivo de gonartrosis izquierda, efectuada por el mismo doctor que el anterior al Dr. “B” de la Unidad de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital, de fecha 16 de diciembre de 2003, e informe, sin fecha ni firma, en el que consta “fractura hundimiento platillo tibial (...) rodilla izquierda”; informe radiológico del Hospital de 8 de enero de 2004, con firma ilegible, en el que se indica “gonartrosis, con afectación femoro-tibial externa”; informe del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital de 4 de febrero de 2004, acerca de RMN de rodilla izquierda del mismo día, entre cuyos comentarios figura “fractura-hundimiento de platillo

tibial externo, hundimiento que alcanza 1 cm en su punto máximo (...), presencia asociada de una artrosis compartimental (...). El menisco externo muestra por otro lado un aspecto subluxado (...), compatible con severos cambios degenerativos intrameniscales"; y petición de consulta de seguimiento con motivo de fractura de meseta tibial izquierda, efectuada, por el mismo doctor de las dos antes citadas, al Dr. "C" de la Unidad de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Ambulatorio, de, de fecha 28 de octubre de 2004, e informe de la misma fecha, con firma ilegible, en el que se indica "alta".

2. Mediante escrito de 3 de junio de 2005, notificado el día 9 del mismo mes, el Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias comunica a la interesada la recepción de su reclamación y las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará en dicho Servicio.

3. Mediante escrito de 15 de junio de 2005 el Secretario General del Hospital remite al Servicio instructor copia de la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada, así como de la historia clínica de la perjudicada obrante en el Hospital y parte de reclamación dirigido a la correduría de seguros.

Posteriormente, mediante escrito de 27 de junio de 2005, remite informe emitido el día 21 de junio por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del H.....

En el referido informe, el Jefe del Servicio, después de exponer los hechos, manifiesta su sorpresa por las circunstancias concurrentes en el caso, en concreto, afirma que "sorprende que cambie de traumatólogo tras la segunda visita y que tarde 6 meses en solicitar la 3ª (...). Sorprende que el 2º traumatólogo, que presta sus servicios en el Ambulatorio no derive a (la) paciente al Hospital, en donde existen medios diagnósticos y terapéuticos suficientes para resolver su problema (...). Sorprende que presente una angulación en valgo y una disimetría de 5 cm tras la operación, cuando el hundimiento era de 1 cm antes de operarse (RNM del 4-2-2004)".

Por último expone las siguientes conclusiones: "a.- Que la pauta de

atención ha sido la adecuada en su momento./ b.- Que la paciente contaba con medios adecuados del SESPA para poder ser atendida convenientemente, habiendo optado voluntariamente por acudir a un centro privado./ c.- Que, en nuestro criterio, no procede el reembolso de un gasto que realizó voluntariamente, teniendo otras alternativas.”

4. Mediante escrito de 27 de junio de 2005, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a la Dirección Gerencia de Atención Primaria Área, de, la remisión de las placas radiográficas correspondientes a los estudios de rodilla efectuados a la reclamante los días 20 de junio de 2003 y 8 de enero de 2004.

Con la misma fecha, solicita al Servicio de Atención al Paciente del Hospital la remisión del “histórico de consultas y exámenes complementarios” de la reclamante.

5. Con fecha 27 de junio de 2005, el Servicio de Atención al Paciente del Hospital remite certificación relativa a las consultas y pruebas realizadas por la reclamante, que obran en el soporte informático del hospital. En relación con la reclamación presentada, figuran “02/02/2004: 1ª consulta en Traumatología-..... Dr. “B” (consta que no acudió a la misma)./ 04/02/2004: realización de RNM de rodilla y articulación a petición del Dr. “D” del Servicio de Traumatología de `.....`”.

6. Sin que conste fecha y forma de recepción, figura en el expediente un informe del Dr. “C”, fechado el día 1 de julio de 2005, en el que, en relación con los hechos examinados, realiza las siguientes manifestaciones: “En relación con la reclamación de responsabilidad presentada por la paciente Dña., le informo que inicialmente acudió, en el año 2003, a la consulta del Dr. “D” del Ambulatorio de en la que figuro como Ayudante de Cupo, el Dr. “A”, médico de Atención Primaria de, a comentarme unas radiografías correspondientes a su esposa Ante la sospecha diagnóstica de una fractura

hundimiento de meseta tibial le aconsejé hacer una resonancia que se realizó el 4 de febrero de 2004 y confirmó la existencia de una fractura hundimiento de platillo tibial externo de un centímetro en su punto máximo, asociada con una artrosis compartimental con adelgazamiento del cartílago hialino y cambios en la señal de la trabécula subcondral. El menisco externo mostraba aspecto subluxado fuera del espacio articular con una señal anómala que interesa a cuerpo y cuerno posterior compatible con severos cambios degenerativos intrameniscales. Tenue señal anómala en el cuerno posterior del menisco interno sin criterios radiológicos de rotura. Abundante líquido libre intraarticular con quiste de Baker asociado./ Informé a la paciente y a su esposo que en mi opinión el tratamiento era quirúrgico siendo necesario un injerto óseo, manifestando su deseo de ser intervenida por mí en el de, a pesar de que sabían que podían hacerlo en el sistema público. Personalmente les señalé la posibilidad de ser intervenida en el Hospital, centro en el que operamos los pacientes de nuestro cupo. Accedí a ello y el 2 de marzo de 2004 se le practicó una osteosíntesis con injerto óseo de banco. No he cobrado honorarios profesionales al tratarse de la esposa de un compañero”.

Por último, señala que “tras una buena evolución causó alta el 28 de octubre de 2004 con una limitación de la flexión de -10° y con un valgo de 5° superior a la rodilla derecha. Funcionalmente no presenta ninguna limitación”.

7. Con fecha 20 de julio de 2005, la Directora Gerente de Atención Primaria remite un informe del Dr. “A” en el que se indica que las radiografías solicitadas han sido entregadas a la reclamante y que no obran en el Centro de Salud.

8. Mediante oficio de 26 de julio de 2005, reiterado el día 29 del mes de agosto, y notificado el día 2 de septiembre de 2005, se requiere de la interesada la aportación, en el plazo de diez días, de la resonancia magnética y las radiografías obrantes en su poder.

A través de escrito fechado el día 9 de septiembre de 2005, del que no consta fecha de entrada en la Administración, la reclamante afirma aportar

“R.M. y 8 radiografías”, si bien en el expediente que examinamos constan únicamente seis documentos radiológicos.

9. Con fecha 19 de septiembre 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, analiza la actuación de la Administración sanitaria, manifestando lo siguiente: “se trata de una mujer (...) que tras sufrir una caída casual acudió a un traumatólogo del Ambulatorio, que no le correspondía como especialista, valiéndose para ello de su condición de esposa del médico de Atención Primaria del Área de, D. “A”, a cuyo cupo se encuentra asignada a pesar de no corresponder su domicilio a la zona básica de asistencia. Tras la correspondiente exploración y estudio radiológico fue diagnosticada de un esguince leve de rodilla izquierda y revisada quince días después. Pasados 6 meses su esposo y médico de Atención Primaria le pidió una radiografía de rodilla que según el informe de Radiología presentaba una gonartrosis, no detectándose (...) otra patología. Con este estudio, el esposo de la reclamante acudió al Dr. “C” aprovechándose de su condición de trabajador del sistema sanitario, ya que tampoco este facultativo le correspondía como especialista de cupo. De hecho, el 16 de diciembre de 2003 solicitó consulta al Servicio de Traumatología del Hospital, asignándosele cita para el 2 de febrero de 2004, a la que no acudió. Ante la sospecha de una fractura hundimiento de meseta tibial, el Dr. “C” solicitó una RNM que confirmó el diagnóstico./ La reclamante decidió voluntariamente ser intervenida en un centro privado por el Dr. “C” (...). De igual modo, como esposa de un médico del Servicio de Salud del Principado de Asturias, con el que acudía acompañada a las consultas, era conocedora de los mecanismos asistenciales anómalos que estaba utilizando y de los diversos medios públicos a los que podía acudir para ser tratada. A esto cabe añadir que la reclamante es enfermera del sistema público sanitario en situación de incapacidad permanente”.

Continúa diciendo que “los diversos estudios radiológicos a los que se ha hecho referencia no se encuentran en la historia clínica de la reclamante ni

consta en el Servicio de Archivo y Documentación Clínica que hayan sido entregados a la paciente o remitidos a alguna consulta. Fueron en su día llevados por el esposo de la misma a la consulta del Ambulatorio y tras ser solicitados a la interesada han sido entregados y valorados con ayuda del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital, confirmándose la existencia (de) una fractura hundimiento de platillo tibial externo de un centímetro, aproximadamente, en su punto máximo cuyo tratamiento es quirúrgico”.

Por todo ello entiende que “se puede sostener que efectivamente se ha producido un error en el diagnóstico de la patología que sufría la reclamante con el consiguiente retraso en el tratamiento. No puede, por tanto, negarse que aunque sorprenda que haya tardado seis meses en volver a consulta, durante ese tiempo ha sufrido una incapacidad y molestias innecesarias. En cuanto (a) las secuelas que la paciente manifiesta padecer es preciso tener en cuenta que el traumatólogo que la ha tratado señala que funcionalmente no presenta ninguna limitación y que los grados de valgo corresponden a un valgo fisiológico y la limitación de la flexión es de 10°. El material de osteosíntesis que tiene implantado y que alega como causa de indemnización, era necesario para tratar la fractura con independencia de que la intervención se hubiese hecho en junio de 2003 o en febrero de 2004. Es difícil valorar si como consecuencia del retraso terapéutico se produjo y en qué cuantía, un agravamiento de la gonartrosis que la reclamante ya padecía con anterioridad al accidente”.

En base a lo expuesto propone que la reclamación “debe ser estimada parcialmente dejando para un momento posterior de la tramitación del expediente administrativo la fijación de la cuantía indemnizatoria”.

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

11. Mediante escrito de 4 de mayo de 2006, notificado el día 10 del mismo mes, se comunica a la interesada la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente, por un plazo de quince días, adjuntándole la relación de documentos obrantes en él.

Mediante comparecencia personal realizada el día 12 de mayo de 2006, la interesada solicita copia de la documentación obrante en el expediente, que en ese momento se compone de sesenta (60) folios.

12. Mediante escrito de 17 de mayo de 2006, del que no consta fecha de registro y forma de presentación, se formulan alegaciones por la interesada:

“1ª) Precisamente por la condición de médico del marido de la reclamante, quién además de ser médico de Atención Primaria es anestesista, y por ser la reclamante enfermera especialista en Quirófano, y dado que el Dr. “E” es médico jerarquizado y no de cupo, no quisieron continuar el tratamiento con los servicios médicos del Hospital ante su mala experiencia en el caso, acudiendo al Dr. “C” al tener conocimiento de que éste operaba en el a cargo de la sanidad pública, siendo el propio doctor quien manifestó que al ser ayudante del Dr. “D”, realizaba sólo intervenciones quirúrgicas de bajo riesgo y corta duración (por ej. meniscectomías) y que no le aseguraba el tiempo que tardaría en operarla en dicho centro debido a la lista de espera. Por dicho motivo, optaron por que el Dr. “C” la operase en el, indicándole el tipo de material que el marido de la reclamante tenía que comprar directamente al proveedor para que le resultase más económico, material que fue pagado directamente por él, quedando así garantizada la rapidez en el acto quirúrgico y evitando que las secuelas fuesen de mayor entidad.

2ª) Resulta llamativo para esta parte, que el propio inspector de los servicios sanitarios reclame ayuda del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital para el estudio de las radiografías realizadas, cuando a escasos metros de su centro de trabajo se encuentra el Hospital que dispone de dicho Servicio.

3ª) En cuanto a la atención que le fue dispensada por el Dr. “E”, la

reclamante no acudió a él por amistad, sino que fue remitida por los servicios administrativos de especializadas, por ser quien se encontraba en ese momento en, a la hora en que ella acudió por vía urgente, sin manifestar sus profesiones, acudiendo como cualquier usuario de atención pública.

4ª) La tardanza en acudir por segunda vez, se debió a que el propio Dr. "A" es conocedor de que el dolor derivado de la gonartrosis no desaparece en días, existiendo sólo mejoría a partir de los cinco o seis meses con el tratamiento pautado, luego dicha tardanza no tiene por qué resultar llamativa.

5ª) La fractura hundimiento en primera instancia era mínima (menor de 1 cm), y según el tratamiento de los Servicios de C.O.T. I del Hospital consiste en inmovilización y reposo entre 8 y 10 semanas, y según evolución, apoyo paulatino y tratamiento rehabilitador, y nunca tratamiento quirúrgico directo. Luego las secuelas no pueden ser las mismas ni de igual entidad, de haber sido tratada correcta o incorrectamente, por lo que no mostramos conformidad con el informe del Dr. "F" en este punto.

6ª) La disimetría es de 5 mm y no cm, como posiblemente por error se haya transcrito, lo que debe ser perfectamente comprensible para un facultativo.

7ª) Es fácilmente entendible que la reclamante haya acudido a la medicina privada, a la vista del criterio del Dr. "G", Jefe del Servicio de C.O.T. I quien afirma que la pauta de atención ha sido adecuada en su momento, cuando es evidente en este caso el error diagnóstico, el cual ha sido asumido por la Inspección Médica y la propia aseguradora, error cometido tanto por el traumatólogo como por el radiólogo de, y en este segundo servicio, en dos ocasiones.

8ª) El Dr. "F" sostiene en su informe que se ha producido un error en el diagnóstico de la patología que sufría la reclamante con el consiguiente retraso en el tratamiento, sufriendo durante ese tiempo una incapacidad y molestias innecesarias. Queda por tanto demostrar las secuelas que por dicho error le resta, estando completamente de acuerdo con el Dr. "F" en que éstas deben ser determinadas por un especialista en la materia en el momento procesal

oportuno, al no mostrar esta parte conformidad con la exigua indemnización que ha sido ofrecida por la aseguradora”.

13. Mediante oficios fechados el 18 de mayo de 2006, el Jefe del Servicio instructor remite una copia de las alegaciones presentadas a la compañía aseguradora y a la correduría de seguros.

14. Mediante Providencia de 9 de marzo de 2006 de la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias (Procedimiento Ordinario), de la que no consta fecha de notificación, se solicita la remisión en el plazo de veinte días del expediente de responsabilidad patrimonial iniciado a instancias de la reclamante, adjuntando copia del escrito de interposición por ésta de recurso contencioso-administrativo.

15. Mediante oficio de 5 de julio de 2006, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias remite al Servicio Jurídico del SESPA copia del expediente solicitado, sin que conste la fecha de su posterior remisión al Tribunal.

16. Con fecha 20 de julio de 2006, el Jefe del Servicio instructor formula propuesta de resolución en el sentido de “estimar parcialmente la reclamación” interpuesta, razonando que “en el supuesto que nos ocupa, concurren los presupuestos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Así, en el informe emitido por la Inspección Médica, se afirma lo siguiente: “se puede sostener que efectivamente se ha producido un error de diagnóstico de la patología que sufría la reclamante con el consiguiente retraso en el tratamiento. No puede por tanto negarse que aunque sorprenda que haya tardado seis meses en volver a consulta, durante ese tiempo ha sufrido una incapacidad y molestias innecesarias”./ Es evidente por tanto, que la fractura presentada por la

paciente no fue diagnosticada correctamente, en un primer momento, existiendo un retraso en el tratamiento correcto, sin embargo hay que tener en cuenta, en primer lugar, que la paciente influyó decisivamente en el retraso del tratamiento ya que a pesar de sufrir dolores, no acudió a ningún Servicio de Urgencia ni a revisión en consulta, a pesar de la mala evolución de la clínica que refiere la reclamante con dolor, cojera e inflamación, y siendo su marido médico de Atención Primaria, no se solicitase nueva revisión hasta 6 meses después con realización de una nueva prueba radiológica”.

Con respecto a las alegaciones sobre las limitaciones de funcionalidad de la rodilla, dice que “su médico insiste (en) que no existe limitación funcional alguna, salvo la pérdida del 10% de flexión y desviación en valgo de 5° que es una complicación de la intervención y que no se hubiera evitado a pesar de haberse sometido a la intervención con anterioridad como indica el médico inspector en su informe: “en cuanto a las secuelas que la paciente manifiesta padecer es preciso tener en cuenta que el traumatólogo que la ha tratado señala que funcionalmente no presenta ninguna limitación y que los grados de valgo fisiológico y la limitación de la flexión es de 10%. El material de osteosíntesis que tiene implantado y que alega como causa de indemnización, era necesario para tratar la fractura con independencia de que la intervención se hubiese hecho en junio de 2003 o en febrero de 2004”. Añadiendo: “es difícil valorar si como consecuencia del retraso terapéutico se produjo y en qué cuantía, un agravamiento de la gonartrosis que la reclamante ya padecía con anterioridad del accidente”./ Es decir, las secuelas alegadas no pueden imputarse al retraso en el tratamiento quirúrgico, sino que se trata de complicaciones frecuentes o estadísticas de la cirugía realizada, en este sentido la pérdida de 10° de flexión es frecuente por el tipo de fractura, así como la desviación en valgo de 5°; no está justificada la dismetría de 5 cm, y finalmente en relación a la presencia de material de osteosíntesis y la cicatriz quirúrgica es evidente que no guardan relación causal con un retraso en el diagnóstico, sino que en todo caso estarían presentes en una cirugía precoz”.

Por todo ello, entiende el informante “que efectivamente la fractura de la

meseta tibial pasó desapercibida en un primer momento, imposibilitando la indicación del tratamiento correcto de la misma, y que por tanto procede la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, debiendo ser indemnizada la reclamante. Ahora bien, la indemnización debe establecerse de conformidad con el daño que efectivamente guarda relación con la actuación administrativa y no con la propia fractura, y aquellos que no sólo podrían haber sido evitados con un diagnóstico previo y por ende tratamiento precoz sino que además estén acreditados como secuela real de la asistencia sanitaria prestada; teniendo además en cuenta la influencia de la propia paciente en la demora administrativa al no haber demandado asistencia sanitaria durante seis meses”.

Para valorar adecuadamente el daño producido, considera necesario acudir, “tal y como señala unánimemente la doctrina jurisprudencial, al baremo del 2006, establecido por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, texto refundido aprobado por Real Decreto 632/1968, de 21 de marzo, en la revisión de las cuantías indemnizatorias formuladas a través de la Resolución de 24 de enero de 2006 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones (publicada en BOE número 29, de fecha 3 de febrero de 2006)”.

Así, “limitando el daño realmente acreditado y en relación con la actuación administrativa a los días de incapacidad derivados de la demora en el diagnóstico y tratamiento correcto, ya que las secuelas no están relacionadas con un diagnóstico tardío sino con la fractura y la cirugía correctamente realizada; resulta como indemnización aplicando los criterios establecidos en baremo:/ De acuerdo con la Tabla V, dedicada a las indemnizaciones por incapacidad temporal, y teniendo en cuenta que el diagnóstico se realiza el día 4 de febrero de 2004 y que la paciente consulta por primera vez por la fractura en fecha 28 de junio de 2003 sin que conste impedimento acreditado, se estiman todos los días como no impeditivos, y en este sentido:/ 28/02/2003 - 4/02/2004: 221 días por indemnización básica por días no impeditivos a razón de 26,40 €/día./ Total: 5.834,40 euros./ Por lo tanto, se propone como indemnización por daños y perjuicios causados la cantidad de cinco mil

ochocientos treinta y cuatro euros con cuarenta céntimos (5.834,40 €)".

17. En este estado de tramitación, mediante escrito de 2 de agosto de 2006, registrado de entrada el día 4 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 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 dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 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), está la interesada activamente legitimada para solicitar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública del Principado de Asturias, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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 caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el procedimiento que examinamos, la acción puede entenderse ejercida en plazo, ya que no consta que el alta de la perjudicada en el Servicio de Traumatología -momento en el que se puede considerar determinado el alcance de las secuelas alegadas- se haya producido hasta el día 28 de octubre de 2004 y el escrito de reclamación se presenta el día 27 de mayo de 2005.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en 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 (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación 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, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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

Sin embargo, no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo dispuesto 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, puesto que, si bien se comunica a la reclamante por el Servicio instructor la incoación del procedimiento, dicha comunicación no se ajusta a los términos y contenidos del precepto citado, al haberse precisado dichos extremos mediante una mera referencia a la normativa rectora del mismo.

Además, observamos 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. Presentada la reclamación el día 27 de mayo de 2005, en la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 4 de agosto de 2006, el plazo de resolución y notificación no sólo se había sobrepasado con creces, sino que la reclamante había recurrido jurisdiccionalmente la desestimación presunta de su reclamación. Nada impide, sin embargo, la resolución tardía, ya que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43.3, segundo inciso, de la LRJPAC, en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, "La desestimación por silencio administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente", de modo que, subsistente la obligación de la Administración de dictar resolución expresa y de notificarla en todos los procedimientos, la ley dispone en casos como el que nos ocupa, en el que por el vencimiento del plazo ha operado el silencio negativo, que la resolución expresa posterior se adopte "por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio" (artículo 43.4, letra b), de la referida LRJPAC).

Sin embargo, dado que el procedimiento se encontraba incurso en recurso contencioso-administrativo, a cuyo fin se solicitó la remisión del expediente por el órgano jurisdiccional oportuno mediante providencia de 9 de marzo de 2006, sin que conste formalmente que dicho procedimiento judicial se encuentra pendiente de conclusión y sentencia, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente. Observación ésta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo

dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC, ya citada, establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, 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”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.”

SEXTA.- Funda la reclamante su pretensión indemnizatoria en el anormal funcionamiento de la Administración sanitaria, imputando la existencia de un error por parte del traumatólogo que la examinó en un primer momento en el Ambulatorio, de, que le diagnosticó un esguince leve de rodilla izquierda y gonartrosis, cuando pasados seis meses, tras la realización de nuevas pruebas de radiodiagnóstico, resultó que padecía una fractura hundimiento del platillo tibial externo de la rodilla izquierda, con rotura de menisco externo. Aduce que, como consecuencia de su falta de confianza en los servicios médicos de la Seguridad Social, hubo de ser intervenida en la medicina privada, reclamando indemnización por las secuelas que afirma padecer, por los días de incapacidad y por los gastos de tratamiento y hospitalización.

Pues bien, comprobada la realidad de la lesión física (fractura hundimiento de platillo tibial externo, asociada con otras como artrosis, de menisco y líquido intrarticular con quiste de Baker), procede que analicemos la relación causal entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público sanitario, examinando si el diagnóstico realizado -según se afirma- por los facultativos de la sanidad pública del Principado de Asturias y al que se le imputa el origen de tales daños es, a este respecto, determinante.

De los documentos obrantes en el expediente se desprende que, ciertamente, se produce un diagnóstico tardío, o, lo que es lo mismo, un error

de diagnóstico inicial, puesto que hasta pasados seis meses desde el diagnóstico inicial de esguince de rodilla no se le detecta a la reclamante la fractura padecida.

No obstante, en congruencia con lo anteriormente señalado, la admisión de la existencia de dicho error de diagnóstico no significa, sin más, que deba declararse necesariamente la responsabilidad patrimonial de la Administración. Es preciso, en primer lugar, hacer una valoración de las distintas circunstancias concurrentes, en especial si el cuadro que presentaba la paciente permitía, atendidas tales circunstancias, llegar razonablemente al diagnóstico correcto, realidad ésta que evidentemente tiene un importante componente técnico.

Así, y con apoyo en las afirmaciones contenidas en el informe del Inspector de Prestaciones Sanitarias, hemos de concluir que el error de diagnóstico no debió producirse. En efecto, señala el inspector en su informe, en relación con los estudios radiológicos efectuados a la reclamante con fechas 20 de junio de 2003 (anteriores al diagnóstico de esguince de rodilla) y 8 de enero de 2004, que confirman “la existencia (de) una fractura hundimiento de platillo tibial externo de un centímetro, aproximadamente, en su punto máximo cuyo tratamiento es quirúrgico”. Lo que le lleva a concluir “que efectivamente se ha producido un error en el diagnóstico de la patología que sufría la reclamante con el consiguiente retraso en el tratamiento”.

Por otra parte, no existe en el expediente informe o documento pericial alguno que permita considerar técnicamente justificado el diagnóstico inicial, limitándose, el Jefe del Servicio de Traumatología del Hospital, en informe emitido con fecha 25 de julio de 2005, a manifestar su sorpresa, más que razonable a nuestro juicio, en relación con distintas circunstancias concurrentes en el caso examinado, pero sin afirmar lo adecuado a la “*lex artis*” del diagnóstico primeramente efectuado.

En principio, por tanto, los hechos podrían calificarse como funcionamiento anormal del servicio público, a tenor de la doctrina sobre la “*lex artis*” recogida en nuestros dictámenes precedentes y que se sintetiza en que el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que

constituye básicamente una obligación de medios y no de resultados, que alcanza no sólo a la fase de tratamiento, sino también a la de diagnóstico.

Ahora bien, dando por cierto que se trata de un diagnóstico erróneo y evitable, si se hubiesen puesto los medios y seguido los cauces adecuados para ello, y admitiendo que se realizó por el servicio público sanitario, no es menos cierto que las circunstancias de todo orden concurrentes en el momento de la consulta inicial, reveladora de un esguince leve y gonartrosis, del posterior seguimiento y del diagnóstico final de fractura nos obligan a analizar la incidencia de la conducta de la paciente y de su entorno familiar en la producción del diagnóstico tardío ahora impugnado.

Los hechos y consideraciones puestos de manifiesto en el informe técnico de evaluación, así como la inexistencia en la historia clínica de la reclamante de datos y documentos acerca de la asistencia médica y de los hechos criticados por ella, nos abocan a considerar que su conducta y la de su cónyuge (relación no acreditada en legal forma pero afirmada por diversos intervinientes en el procedimiento y tácitamente confirmada por la interesada en su escrito de alegaciones), que actuaba, además, en su condición de médico de Atención Primaria de la misma, han supuesto una grave y relevante alteración de las pautas y de los procedimientos de atención sanitaria aplicables. De manera extravagante, o sea, al margen de tales procedimientos, recurrieron a unos profesionales concretos y específicos del servicio público sanitario a los que posteriormente se les imputa el error. Y lo hicieron, además, con un grado de inmediatez e informalidad alejado del rigor debido y, en cambio, próximo a situaciones que abonan el error que ahora se quiere imputar a un servicio público, con el que no se contó en el proceso ordinario de diagnóstico y al que se despreció en el curso de la reparación quirúrgica de la lesión. Como dijimos en nuestro Dictamen 17/2006, “no se puede pretender el reconocimiento de un daño por falta de prestación, cuando se prescinde de los cauces y procedimientos legales que permiten acceder al sistema prestacional y a sus garantías”.

Si nos atenemos a los documentos aportados con la reclamación, el

diagnóstico inicial de esguince se habría realizado por el propio cónyuge de la reclamante, médico de Atención Primaria “a cuyo cupo se encuentra asignada, a pesar de no corresponder su domicilio a la zona básica de asistencia”, según señala el informe técnico de evaluación. Dicho diagnóstico se habría confirmado por un especialista en Traumatología, cuya identidad no consta en el informe y perteneciente a un ambulatorio que, según el instructor, “no le correspondía (a ella) como médico especialista”, pero al que acude remitida por su médico de Atención Primaria y a la vez esposo, y estaría basado en una radiografía carente del correspondiente informe radiológico. Por otra parte, aunque no cabe imputar a un paciente la responsabilidad de consultar con prontitud, sin prescripción médica, ante una ausencia de mejoría, en este caso el retraso de seis meses en poner de manifiesto tal falta de mejoría y en permitir nuevas pruebas y un diagnóstico correcto es debido, según la reclamante, al criterio técnico de su propio médico de Atención Primaria, no pudiendo prejuzgar este Consejo si en tal criterio actuó éste como tal, como parte integrante del servicio público cuya responsabilidad se reclama, o en su condición de esposo.

En el mismo sentido, desde otra perspectiva, hemos de considerar que el informe diagnóstico de esguince leve, que a tenor de la prueba radiológica disponible a la fecha debería haber sido de fractura hundimiento de platillo tibial izquierdo, puede (aunque como ya hemos señalado no consta en él formalmente) que haya sido realizado por un facultativo especialista integrado en el servicio público de salud, pero aun así no podría entenderse efectuado por dicho servicio público en cuanto tal, al haberse llevado a la práctica al margen del sistema de actuación de éste y respecto de personas perfectamente conocedoras de él que así lo demandan.

En definitiva, ello sitúa a la reclamante, por su voluntad, en una posición extraña al servicio público cuyo funcionamiento regular demanda ahora e incide de modo singular -excluyéndolo- en el nexo causal entre el servicio público sanitario, al que no se le permitió actuar según sus normas, y en la existencia de un diagnóstico tardío como determinante de los daños que se reclaman. Aun afirmando que hubo un funcionamiento anormal del servicio público, habría que

concluir que fue debido al deliberado interés de la reclamante y de su esposo en hacer que el servicio público sanitario no se ajustase a sus propias normas.

En este sentido, además de no apreciar en el presente caso un nexo causal entre el daño efectivo y el funcionamiento del servicio público sanitario, consideramos que el perjuicio sufrido por la reclamante no podría ser calificado como un “daño antijurídico”, pues su propia conducta generó la obligación jurídica de soportar el error de diagnóstico acaecido en el presente caso y sus consecuencias posteriores.

Tales consideraciones hacen innecesario un análisis pormenorizado de la evaluación económica de los diversos daños alegados como consecuencia del repetido diagnóstico, así como de su propia efectividad y extensión. No obstante, por lo que se refiere a las secuelas padecidas por la reclamante, el traumatólogo que la ha tratado señala que funcionalmente no presenta ninguna limitación y que los grados de valgo corresponden a un valgo fisiológico. Por tanto, estas secuelas no estarían relacionadas con un diagnóstico tardío sino con la fractura y la cirugía realizada, sin que sea posible determinar, tal como se manifiesta en el informe técnico de evaluación, si como consecuencia del retraso terapéutico se produjo, y en qué medida, un agravamiento de la gonartrosis que la reclamante ya padecía con anterioridad al accidente, lo que tampoco se ha acreditado por ella.

En cuanto al recurso a la sanidad privada, ha de partirse del hecho de que la interesada acudió a ella libre y voluntariamente, sin que existiera en ningún momento denegación de asistencia en la sanidad pública, sino todo lo contrario. No pudiendo ser estimada, por esta razón, la pretensión de relación entre esos gastos y el diagnóstico de esguince considerado erróneo. La alegada falta de confianza en los servicios médicos públicos, cuyo peculiar uso hemos examinado anteriormente, resulta meramente subjetiva y carece de virtualidad jurídica para imputar a los presupuestos de la Administración costes de opción personal y libre elección.

Restarían, por tanto, únicamente los días de retraso en el tratamiento y curación de la lesión física efectivamente padecida. Demora a la que ya nos

hemos referido y sobre cuya valoración a efectos de evaluación económica resulta improcedente por la conclusión a la que hemos llegado de inexistencia de nexo causal relevante o suficiente con la actuación de la Administración sanitaria.

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

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.