

Expediente Núm. 392/2009
Dictamen Núm. 254/2010

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 28 de octubre de 2010, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 3 de octubre de 2009, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del funcionamiento del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 5 de agosto de 2008, la interesada presenta en un registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria recibida tras una fractura en el húmero izquierdo.

Señala que el 29 de julio de 2007 le fue colocada escayola, “siendo dada de alta el día 3 de agosto siguiente, sin ningún otro tratamiento paliativo, ni quirúrgico, lo que le ocasionó unas importantes secuelas” que enumera: en el “hombro izquierdo, dolor a la movilidad activa y pasiva con limitación de

movimientos de antepulsión 90°, abducción 45°, rotación interna 30°; en el codo izquierdo, "deformidad del tercio inferior del brazo con actitud en varo y aspecto engrosado. Balance articular: Flexión 90°, extensión 40°, pronación 0°, supinación 80°". Indica además como otras secuelas "osteoporosis en hombro y codo", así como "limitación funcional" en la "muñeca izquierda", cuyo "balance articular" es "flexión palmar 45°, flexión dorsal 20°".

Indica que "tales lesiones le han ocasionado una incapacidad permanente total para la realización de las tareas habituales de su vida", por lo que reclama una indemnización de ciento noventa y nueve mil doscientos veintiséis euros con diez céntimos (199.226,10 €).

2. Mediante escrito de fecha 26 de agosto de 2008, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica a la reclamante la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Con fecha 27 de agosto de 2008, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto solicita a la Gerencia del hospital en que fue atendida la paciente remisión de copia de la historia clínica de la misma, así como un informe del Servicio de Traumatología.

4. Con fecha 3 de septiembre de 2008, el Secretario General del hospital remite al Servicio instructor copia de la historia clínica de la perjudicada.

5. Con fecha 16 de octubre de 2008, el Secretario General del hospital remite al Servicio instructor copia del informe del Servicio de Traumatología.

En el mismo, de fecha 10 de octubre de 2008, se refiere que la paciente "ingresó por Urgencias el día 29-2-07 por fractura conminuta 1/3 distal húmero izdo. desplazada, tras caída desde un tractor. El día 30-2-07 es presentado el caso en sesión clínica y por decisión consensuada de todos los miembros del

Servicio se realiza tratamiento ortopédico”. Prosigue indicando que, “de urgencia, se manipula la fractura y se inmoviliza con doble férula, una en U y otra posterior más un vendaje circular, como de costumbre se realiza en este tipo de fracturas”, remitiéndose a la bibliografía citada en el propio informe; “la Rx de control tanto AP como L, demuestra una buena alineación de la fractura. Ingresa para observación y control radiográfico en unos días”, siendo la evolución durante los cinco días que permanece ingresada en el Servicio “satisfactoria” y sin complicaciones, por lo que es dada de alta el 3 de agosto de 2007, “tras radiografía de control” también “satisfactoria”. Posteriormente, es “revisada en consultas externas” los días 14 y 28 del mismo mes, siendo los controles radiográficos, nuevamente, “satisfactorios” el primer día y observándose “un ligero antecurvatum en la segunda fecha”.

Continúa el informe relatando que la perjudicada “acude a mi consulta por primera vez el día 2-10-07 con Rx de control en la que se observa un desplazamiento de la fractura en antecurvatum y varo. Dado el tiempo transcurrido de continuo tratamiento con yeso”. En fechas posteriores, “13-11-07, 18-11-07, 22-1-08, 29-1-08, 12-2-08, 16-2-08, 11-3-08, 25-3-08 y 8-4-08, se constata la consolidación en varo de la fractura, ausencia total de dolor en todo el miembro superior izdo., la falta de colaboración por parte de la paciente para la movilidad de las 3 articulaciones y en especial del hombro (no tiene lesiones) y la mejoría progresiva de la movilidad de todas ellas”. No acude, en cambio, a consulta el día 29 de abril de 2008, avisándola “tras recibir esta reclamación (...) para que acuda el día 30-09-08”, fecha en que “tras la exploración y Rx se constata”, en primer lugar, que la perjudicada “niega que el accidente sea por caída de un tractor”; que “no volvió a la consulta mía porque quería una segunda opinión médica, por consejo de su abogado”; que “efectivamente existe una consolidación en varo de la fractura (complicación nada infrecuente en una fractura conminuta), que le limita la movilidad del codo, con una flexión de 95° y una extensión de -15°, una pronación de 40° y una supinación de 90°”. Concluye señalando que “no hay disminución de la movilidad de la muñeca y el déficit de movilidad del hombro es totalmente

achacable a la falta de colaboración (repetida en muchísimas ocasiones) de la paciente”, así como que “en ningún caso esas secuelas pueden provocar una incapacidad permanente total”.

6. Con fecha 31 de marzo de 2009, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él describe los hechos y procede a su valoración, señalando que la fractura distal de húmero, de incidencia alta, tiene un “pronóstico grave y no” son “fáciles de tratar, influyendo en su producción, a veces, la fragilidad de los huesos por osteoporosis”. En el presente caso, “la paciente fue tratada con tratamiento conservador, previa reducción de la misma (...), fue inmovilizada con doble férula, una en U y otra posterior, más un vendaje circular como es costumbre en este tipo de fractura”, la cual “consolidó en varo, lo que le produce limitación de la movilidad del codo”. Continúa indicando que “en el estudio de las complicaciones que pueden derivarse de éste tipo de fracturas como “riesgo típico” están la rigidez, el dolor crónico y la deformidad, secuelas no “incomunes” y difíciles de tratar, como la ocurrida a la reclamante, en forma de síntesis inestable, por tanto, encuadrable la secuela en “riesgo típico”.

En todo caso, estima que las limitaciones en la movilidad de la articulación del codo que presenta en su estado actual la paciente son “una complicación frecuente en este tipo de fracturas, que para nada provoca” “incapacidad permanente total”, pues “las secuelas que porta la reclamante, no son invalidantes”.

El informe concluye afirmando que “la actuación de los profesionales que intervinieron en la asistencia a la reclamante ha sido correcta, empleando tratamiento ortopédico y no quirúrgico”; por otra parte, considera que constituye una hipótesis sostener que “la aplicación de un tratamiento quirúrgico habría garantizado una consolidación más correcta de esta fractura”, y finalmente recoge que “las secuelas que actualmente presenta la reclamante no son infrecuentes en éste tipo de traumatismo, hablando la literatura médica

de un 15% de resultados fallidos en el tratamiento aplicado a las fracturas distales de húmero”.

7. Con fecha 20 de marzo de 2009, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios remisión del expediente administrativo, a fin de remitirlo a su vez a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, que ha admitido a trámite con fecha 13 de marzo recurso contencioso-administrativo presentado por la reclamante contra la desestimación presunta de la reclamación.

8. Mediante escritos de 6 de abril de 2009, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

9. Mediante escrito de fecha 15 de mayo de 2009, se comunica a la reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el procedimiento. El plazo transcurre sin haberse presentado alegaciones.

10. Con fecha 10 de septiembre de 2009, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En la misma, se considera que “la actuación” de los profesionales intervinientes se desarrolló “según (la) *lex artis*, empleando tratamiento ortopédico y no quirúrgico”, y presentándose las secuelas que porta “en un 15% de los casos tratados”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de octubre de 2009, registrado de entrada el día 13 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 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, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 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 formular reclamación de responsabilidad patrimonial, 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 prescripción, 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 supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con

fecha 5 de agosto de 2008. Dado que la consolidación (en varo) de la fractura "se constata", según consta en la documentación obrante en el expediente, a lo largo de las consultas de revisión que tiene lugar desde el alta tras el ingreso hospitalario y hasta el 8 de abril, la reclamación ha sido presentada dentro del plazo de un año legalmente establecido.

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 fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en el Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

No obstante, de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo contra la resolución presunta del procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este dictamen. En consecuencia, dado que este se encuentra sub iúdice, sin que

conste formalmente en el expediente que el procedimiento judicial esté aún pendiente de conclusión y sentencia, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en caso contrario habría de estarse al pronunciamiento judicial. Observación esta 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 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.- La reclamante alega sufrir diversas secuelas derivadas del tratamiento recibido tras una fractura de húmero izquierdo.

Sin embargo, a la vista de la documentación obrante en el expediente únicamente resulta acreditada la existencia de "consolidación en varo de la fractura", de la que se derivan "limitaciones en la movilidad de la articulación del codo, con una flexión de 95º y una extensión de -15º, una pronación de 40º y una supinación de 90º". En lo concerniente al resto de secuelas alegadas por la interesada, respecto de las cuales no aporta otra prueba que su propia declaración, tanto en el informe emitido por el Servicio de Traumatología como en el informe técnico de evaluación, se refleja que a lo largo de las revisiones la reclamante presenta "ausencia total de dolor en todo el miembro superior izquierdo", "falta de colaboración por parte de la paciente para la movilidad de las 3 articulaciones y en especial del hombro (no tiene lesiones)" y "mejoría progresiva de la movilidad de todas ellas", señalándose que "no hay disminución de la movilidad de la muñeca y el déficit de movilidad del hombro es totalmente achacable a la falta de colaboración (...) de la paciente". Además,

se afirma que “en ningún caso esas secuelas pueden provocar una incapacidad permanente total”, como alega la perjudicada, por lo que no pueden considerarse daños acreditados.

En todo caso, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En su escrito de reclamación, la interesada se limita a indicar que “ha sido tratada por los servicios que se indican tras una fractura de húmero izquierdo con la colocación de escayola en fecha del día 29 de julio de 2007, siendo dada de alta el día 3 de agosto siguiente, sin ningún otro tratamiento paliativo, ni quirúrgico, lo que le ocasionó unas importantes secuelas”. En síntesis, atribuye a la Administración la existencia de una atención sanitaria con infracción de la *lex artis*, atención que habría causado dichas secuelas. Sin

embargo, pese a que le incumbe la prueba de las imputaciones que sostiene, la interesada no ha desarrollado la menor actividad probatoria de este nexos causal, de modo que este Consejo Consultivo ha de formar su juicio al respecto de la posible existencia del proceso causal referido sobre la base de la documentación que obra en el expediente y de los informes técnicos incorporados por la Administración, que no ha sido discutidos por la reclamante, quien no ha comparecido durante el trámite de audiencia.

Del análisis de la documentación clínica incorporada al expediente, así como de los diferentes informes técnicos, hemos de considerar acreditado que tras el ingreso de la paciente, se manipuló, "de urgencia", la fractura, inmovilizándose "con doble férula (...) como de costumbre se realiza en este tipo de fracturas", según se refiere en la bibliografía médica aportada. La realización de tratamiento ortopédico fue decidida en sesión clínica al día siguiente del ingreso de forma "consensuada" por "todos los miembros del Servicio" de Traumatología. El alta tuvo lugar tras una correcta evolución durante el periodo de ingreso, confirmada por "radiografía de control satisfactoria".

Posteriormente, la paciente fue revisada en consultas externas, constatándose la limitación de movilidad del codo, definida por los informes como un riesgo típico, "una complicación frecuente en este tipo de fracturas", consecuencia de la consolidación en varo de la misma. Los informes técnicos citados avalan la actuación de los profesionales de la asistencia sanitaria pública y concluyen que fue acorde con la *lex artis*, sin que se haya aportado documentación alguna que nos permita cuestionar tales consideraciones.

En definitiva, en relación con la imputación efectuada, no cabe estimar la responsabilidad patrimonial que se pretende, toda vez que la asistencia prestada se adecuó en todo momento a la *lex artis ad hoc*, lo que nos impide apreciar la antijuridicidad de los daños por los que se reclama y nos exime de realizar cualquier otra consideración acerca de la cuantía indemnizatoria demandada.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,