

Expediente Núm. 60/2010
Dictamen Núm. 346/2010

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
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 23 de diciembre 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 26 de enero de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios causados a consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en un centro sanitario público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante escrito presentado el día 22 de octubre de 2008 en un registro auxiliar del Servicio de Salud del Principado de Asturias (Sespa), la reclamante formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados por el diagnóstico erróneo y tardío realizado por el servicio público sanitario.

Expone que el día 23 de abril de 2007 ingresó en el Área de Urgencias de Hospital "X" tras una caída casual, siendo diagnosticada de esguince en el tobillo izquierdo, pautando revisión en 10 días, por lo que acudió a consulta el 21 de mayo del mismo año, donde se le inmovilizó el pie. El 17 de junio ingresa de nuevo en el Área de Urgencias del mismo hospital "por una contusión en los dedos del pie izquierdo, reflejándose en el parte como antecedentes `control por esguince tobillo izquierdo en trauma´ (...) y en la exploración se objetiva `tumefacción tobillo derecho, no edema en empeine, medio y tibial conservado, movilidad dedos, no hematomas´". Continúa diciendo que "comoquiera que sus padecimientos, lejos de mejorar con los tratamientos prescritos en el Hospital `X´, empeoraron con el paso del tiempo, la paciente acudió al Servicio de Urgencias del Hospital `Y´ el 30 de agosto de 2007", en cuyo Área de Traumatología fue diagnosticada de "esguince de tobillo izquierdo, por traumatismo hace varios meses, observando dolor, edema e impotencia grave". Prosigue indicando que "el Servicio de Traumatología del Hospital `Y´ (...) diagnosticó artrosis subgastagalina, por fractura de calcáneo, practicando el 24 de abril de 2008 triple artrodesis en el pie izquierdo". Concluye afirmando que "de todo lo anteriormente expuesto se desprende que, pese al amplio historial de esguinces, contusiones y lesiones de partes blandas de la paciente (...) en ninguno de los partes" se ha "objetivado como antecedente personal de la interesada una fractura de calcáneo, que obviamente pasó desapercibida a los distintos facultativos que la examinaron, lo que desde luego causó a la postre la existencia de los daños por los que ahora se reclama", por lo que considera que ha existido un "diagnóstico erróneo".

Respecto a la indemnización que solicita, precisa que no puede ser determinada en ese momento, "al continuar a tratamiento las lesiones derivadas de la triple artrodesis producida por la fractura del calcáneo ignorada en los múltiples exámenes realizados", por lo que deberá esperarse al "alta médica".

2. Con fecha 5 de noviembre de 2008, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios (en adelante Servicio Instructor) notifica a la interesada la recepción de su reclamación y las normas del procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará en el referido Servicio, requiriéndosele para la subsanación de la falta de cuantificación económica del daño objeto de la reclamación.

3. Con fecha 29 de octubre de 2008, el Jefe del Servicio Instructor solicita a las Gerencias de los Hospitales "X" y de "Y" remisión de copia de la historia clínica de la perjudicada, así como informes de los Servicios implicados en su atención y, en el caso del primero de los centros, certificado de la vinculación de los facultativos intervinientes con el Sespa.

4. Con fecha 5 de noviembre de 2008, el Gerente del Hospital "Y" remite al Servicio instructor copia de la historia clínica de la paciente, en la que constan, entre otros, el informe de alta del Servicio de Traumatología, de fecha 6 de mayo de 2008, tras la intervención quirúrgica de "triple artrodesis en pie izquierdo".

5. Con fecha 13 de noviembre de 2008, la interesada presenta en un registro auxiliar del Sespa escrito en el que cuantifica la indemnización, según indica, con arreglo "al sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación recogido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor", solicitando un total de doscientos cincuenta y ocho mil ciento catorce euros con veintitrés céntimos (258.114,23 €) con arreglo al siguiente desglose: a) en concepto de "incapacidad temporal", 29.500,27 €, de los cuales 904,12 € corresponden a 14 días de ingreso hospitalario, "a razón de 64,58 €/día", y 28.596,15 € correspondientes a 545 días de baja impedida para sus ocupaciones habituales, "a razón de 52,47 €/día". b) En concepto de "secuelas",

48.497,40 €, correspondientes a un total de 35 puntos “a razón de 1.385,64 €/punto”, distribuyéndose los 35 puntos como sigue: 10 puntos, por la secuela, “triple artrodesis”, 8 puntos, por la secuela “artrodesis subastragalina”, 12 puntos, por la secuela “limitación de la movilidad de las articulaciones subastragalina y tibioperoneoastragalina” y 5 puntos “artrosis subastragalina”. c) Por el factor de corrección por pérdida de ingresos, 7.799,80 €, calculados a partir del “10 %” de “la incapacidad temporal y secuelas”. d) Por el factor de corrección “invalidez absoluta permanente”, 172.316,76 €.

6. Con fecha 18 de noviembre de 2008, el Gerente del Hospital “X” remite al Servicio instructor copia de la historia clínica de la perjudicada, informe emitido por el Servicio de Traumatología y certificado en el que se acredita que los facultativos intervinientes en el proceso asistencial pertenecen a la plantilla del centro, careciendo de vinculación alguna con el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

En el citado informe, cuya fecha de emisión no consta, se relata que fue atendida por primera vez en urgencias el día 23 de abril de 2007, tras haber sufrido traumatismo por caída casual. En esa ocasión, se realizaron “radiografías de pie y tobillo izquierdo en dos proyecciones, no apreciándose lesiones óseas traumáticas según informe de Radiología y de Urgencias”, diagnosticándose “esguince de tobillo izquierdo, realizándosele inmovilización con férula de yeso y recomendándose reposo con el pie elevado y tratamiento analgésico con antiinflamatorios y antitrombótico con heparinas de bajo peso molecular”. Acudió posteriormente a revisión los días 4, 15 y 25 de mayo de 2007, citas en las que se le prescribió reposo, retiró la férula de yeso y, finalmente, se le recomendó iniciar deambulación con apoyo progresivo; en el mes de junio de 2007 fue atendida nuevamente en Urgencias por “pequeño traumatismo en el pie lesionado, realizándose nuevo control radiográfico de pie izquierdo en dos proyecciones, en la cual según informe radiológico no se apreciaron lesiones óseas”. En la fecha de la última consulta, el 27 de junio, la

paciente refirió mejoría, recomendándose la “retirada progresiva del bastón, ejercicios de movilización del pie, baños de agua y sal” y nueva revisión en el plazo indicado, a la que no acudió. Señala que “revisando los estudios radiológicos realizados el día 23 de abril de 2007 y 17 de junio de 2007, a raíz del diagnóstico realizado en el Hospital “Y” de artrosis subastragalina por fractura de calcáneo, se aprecia fractura de calcáneo poco desplazada pero con afectación de articulación subastragalina y calcáneo cuboidea”, cuyo tratamiento “consiste habitualmente en una primera fase de reposo e inmovilización con la extremidad elevada para continuar progresivamente con movilización y apoyo en las siguientes semanas”. Concluye afirmando que es una “complicación frecuente y dependiendo de la lesión articular, la aparición de artrosis dolorosa a nivel subastragalino (...) puede llevar a la indicación de la realización de artrodesis”.

7. Con fecha 19 de noviembre de 2008, se remite al Servicio Instructor informe elaborado en la misma fecha por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatológica del Hospital “Y”. En el mismo se comunica que la paciente fue intervenida el día 24 de abril de 2008, practicándosele “triple artrodesis en el pie izquierdo”, siguiendo una evolución posoperatoria satisfactoria y controles en consultas externas, apreciando buena evolución radiográfica en la última revisión efectuada y estando pendiente de próximas revisiones.

8. Con fecha 17 de diciembre de 2008, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada como instructora solicita al Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS), a fin de esclarecer los hechos, la siguiente información y documentación: copia de la resolución en la que se le reconoce la incapacidad de la reclamante, así como copia de sentencia judicial en la que se le reconoce o deniega incapacidad permanente. No consta respuesta alguna.

9. Con fecha 24 de abril de 2009, el Jefe del Servicio instructor remite a la interesada escrito en el que se solicita remisión de la documentación acreditativa de tener reconocida una invalidez permanente absoluta, “dado que es uno de los factores de corrección que Vd. considera en la cuantificación del daño sufrido”.

En respuesta al mismo, la interesada presenta con fecha 21 de mayo del mismo año escrito aportando la siguiente documentación: a) Escrito dirigido al Juzgado de lo Social de Gijón, presentado el 13 de mayo de 2009, en virtud del cual la interesada interpone demanda contra el INSS y contra la Tesorería General de la Seguridad Social, frente a la Resolución de 8 de enero de 2009, del INSS, en la que se deniega la prestación de incapacidad permanente, y solicita la declaración de invalidez permanente en el grado de “incapacidad permanente absoluta”. b) Resolución de 7 de abril de 2009, del INSS, por la que se desestima íntegramente la reclamación previa formulada por la interesada contra decisión en materia de incapacidad permanente. c) Notificación a la reclamante de la Resolución de 8 de enero de 2009, y copia de la misma, en la que se determina el siguiente “cuadro clínico residual: caída 4-07: esguince tobillo iz x RNM 9-07: FX multifragmentaria calcáneo” izquierdo “con incongruencia de artic. subastragalina. El 24-4-08: triple artrodesis por artrosis subastragalina. RX: artrodesis subastragalina con 1 tornillo y mediotarsiana con 2 grapas”, las limitaciones orgánicas y funcionales “derivadas” del mismo y se resuelve que, “analizadas las secuelas descritas y las tareas realizables por el titular”, procede su “no calificación (...) como incapacitado permanente, por no presentar reducciones anatómicas o funcionales que disminuyan o anulen su capacidad laboral”.

10. Con fecha 26 de mayo de 2009, la instructora solicita a la Gerencia del Hospital “X” remisión de la siguiente documentación necesaria para completar el expediente: dos copias de las radiografías realizadas a la paciente los días 23

de abril y 17 de junio de 2007, e Informe del Servicio de Traumatología sobre la asistencia prestada a la citada paciente.

En fecha que no consta, se remiten las radiografías, y el 17 de junio de 2009 el nuevo informe del Servicio de Traumatología de este hospital, de fecha 5 de junio de 2009. En él, además de reiterar el contenido del emitido el 18 de noviembre de 2008, se precisa que revisando los estudios radiológicos realizados el día 23 de abril de 2007, “se aprecia fractura de calcáneo mínimamente desplazada con afectación de articulaciones subastragalina y calcáneo-cuboidea, prácticamente sin desplazamiento o con un desplazamiento inferior a 2 mm y sin pérdida de las relaciones anatómicas (altura del calcáneo y ángulo de Böhler conservados). En la radiografía realizada el día 17 de junio de 2007 la situación es la misma”. Señala el autor del informe que “a pesar de que no se realizó un diagnóstico correcto de la lesión” los días 23 de abril y 17 de junio de 2007, “diagnóstico por otra parte de evidente dificultad dado que ni los médicos del Servicio de Urgencias ni los traumatólogos que vieron a la paciente, ni los especialistas en Radiología que informaron las placas llegaron al mismo, debemos considerar que el tratamiento realizado sí fue correcto, con un periodo de inmovilización inicial suficiente y un periodo de progresiva movilización y carga dentro de los márgenes temporales propios de esta lesión”. Indica que “el porcentaje de casos con resultados no satisfactorios tras este tipo de tratamiento oscila alrededor del 15% según las publicaciones consultadas”, tratamiento que describe en detalle. Consiste “básicamente en un periodo de inmovilización corto con reposo, seguido de movilización activa del tobillo y pie en descarga con progresiva progresión hacia el apoyo y la deambulación”, no existiendo “consenso en la especialidad de Traumatología sobre cuál es el tratamiento óptimo para las fracturas de calcáneo, indicándose actualmente el tratamiento quirúrgico solo para fracturas desplazadas con escasa conminución y buen estado de partes blandas en gente joven”, siendo, en cambio, “el tratamiento conservador” el “más aceptado para las fracturas de calcáneo”, consistente en “vendaje y elevación del pie durante los primeros días

con movimientos activos y frecuentes de los dedos. A partir de la 3ª semana el paciente debe apoyar el pie en el suelo sin carga y aumentar progresivamente la presión según le permita el dolor, habitualmente el paciente consigue carga total entre la 4ª y la 8ª semana después de la lesión y normalmente se espera que el paciente consiga carga completa sin bastones a las 12 semanas del traumatismo. Si el paciente continúa con sintomatología después de 12 ó 18 meses de la fractura es reevaluado por si fuese necesario realizar algún gesto quirúrgico complementario (liberación de tendones perineos, artrodesis subastragalina u otro gesto quirúrgico)". Concluye afirmando que "es dudoso que el establecimiento de una actitud terapéutica distinta a la realizada hubiese supuesto cambio alguno en el resultado final de la lesión".

11. Con fecha 16 de junio de 2009, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. Tras la descripción de los hechos recogidos en la reclamación, procede a su valoración señalando en relación a las fracturas de calcáneo que considerando "las estadísticas de los distintos autores, correspondientes a los resultados obtenidos con los diversos métodos de tratamiento, se extrae la conclusión de que no hay ninguno tan satisfactorio como para adoptarlo de una manera sistémica, aparte de que tampoco son uniformes los criterios que se siguen en la valoración de los resultados". Por tanto, y a la vista del contenido del informe emitido el 5 de junio de 2009 por el Servicio de Traumatología del Hospital "X", "considerando que no existe consenso respecto al tratamiento óptimo de las fracturas de calcáneo, la dificultad de realizar el diagnóstico de la fractura sufrida por el reclamante, que la actitud terapéutica fue adecuada a la patología de la asegurada, que el establecimiento de otro tratamiento es dudoso que hubiese supuesto un cambio en el resultado final de la lesión y que el porcentaje de resultados no satisfactorios en este tipo de lesiones es del 15%", entiende que la reclamación debe ser "desestimada".

12. Mediante escritos de 26 de junio de 2009, por el Servicio instructor se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Sespa, y del expediente completo a la correduría de seguros.

13. Con fecha 31 de octubre de 2009, se notifica 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 expediente. Con fecha 12 de noviembre, se le reitera la apertura del trámite de audiencia y se remite una copia de los documentos que forman parte del procedimiento.

14. El día 4 de diciembre de 2009, la perjudicada presenta en un registro auxiliar del Sespa un escrito de alegaciones en el que sostiene que “la fractura multifragmentaria del calcáneo izdo. le fue diagnosticada tardíamente, después de seis meses de producirse”, al realizarse una resonancia magnética el día 25 de septiembre de 2007, “y por tanto cuando el proceso de consolidación espontánea ya se había producido, por lo que no pudo intentarse ningún tipo de tratamiento conservador”. Relata que a consecuencia de lo anterior, presenta “importantes secuelas definitivas e irreversibles (...): dolor, la claudicación, la cual le obliga a caminar apoyada en una muleta, la osteoporosis postraumática de Sudeck, la rigidez de todo el pie, con imposibilidad para subir y bajar escaleras, el edema, la impotencia funcional, la imposibilidad para caminar de puntillas y de talones o adoptar posición de cuclillas”. Insiste en que “las lesiones producidas (...) son consecuencia directa del inexcusable error de diagnóstico, pues, pese a todos los indicios, la resonancia magnética que permitió el diagnóstico adecuado, se produjo seis meses después del traumatismo, no pudiendo ya intentarse ningún tipo de tratamiento conservador al encontrarse ya la fractura en proceso de consolidación espontánea”, entendiéndose que “se ha perdido la oportunidad de efectuar” el tratamiento adecuado, “siendo absolutamente nulas las posibilidades de

obtener un resultado satisfactorio, seis meses después de haberse producido el traumatismo". Reitera, asimismo, el importe de la indemnización solicitada.

15. Con fecha 29 de diciembre de 2009, la reclamante presenta en un registro auxiliar del Sespa un escrito en el que confiere su representación a un letrado y al que acompaña Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 3, de Gijón, del día 3 del mismo mes, en la que se estima la demanda presentada por ella frente al INSS y se declara la incapacidad permanente total por accidente no laboral. La sentencia no es firme.

16. Con fecha 18 de enero de 2010, el Jefe del Servicio instructor elabora propuesta de resolución en sentido de desestimar la reclamación formulada, afirmando que "a pesar de que no se realizó un diagnóstico correcto de la lesión (...) el tratamiento realizado sí fue correcto, con un periodo de inmovilización inicial suficiente y un periodo de progresiva movilización y carga dentro de los márgenes temporales propios de la lesión". De acuerdo con la documentación examinada, establece "las siguientes consideraciones: que no existe un consenso respecto al tratamiento óptimo de las fracturas de calcáneo, la dificultad de realizar el diagnóstico de la fractura sufrida por el reclamante, que la actitud terapéutica fue adecuada a su patología, que el establecimiento de otro tratamiento es dudoso que hubiese supuesto un cambio en el resultado final de la lesión y que el porcentaje de resultados no satisfactorios en este tipo de lesiones es del 15%", sin que se aprecie la existencia de infracción de la *lex artis*.

17. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de enero de 2010, registrado de entrada el día 29 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 como titular del servicio público sanitario, que en el presente caso ha sido prestado por un centro asistencial con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de determinados usuarios del Sistema Nacional de Salud; siempre sin perjuicio de la repetición de los costes a que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento legal que corresponda. En el supuesto ahora examinado, aun cuando no se ha documentado, cabe deducir que la atención prestada a la reclamante en el

centro hospitalario privado lo ha sido en tanto que beneficiaria del sistema sanitario público y que los servicios prestados se encuentran incluidos en el convenio singular aludido. Por ello, a la vista del escrito presentado por la perjudicada, resulta correcta la tramitación del oportuno procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC.

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 22 de octubre de 2008, habiendo recibido la interesada el día 6 de mayo de 2008 el alta hospitalaria tras ser intervenida quirúrgicamente para la práctica de triple artrodesis en el pie izquierdo, por lo que es claro que ha sido interpuesta en el 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.

Por último, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen es este 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.

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 interesa indemnización por los daños ocasionados a consecuencia de la diagnosis incorrecta de su dolencia en el servicio público de salud.

A la vista del expediente, podemos considerar acreditado que, tras el tratamiento de la fractura de calcáneo izquierdo, la interesada presenta “material de osteosíntesis por triple artrodesis (...), pie izquierdo doloroso, claudicación a cargo del pie izquierdo, que acompaña con el uso de un bastón, engrosamiento del tobillo, movilidad de flexo-extensión hasta 6-10º y de inversión-eversión a 5º, en ambos casos con dolor”, permaneciendo en situación de incapacidad temporal por accidente no laboral desde el 23 de abril de 2007 hasta el 3 de noviembre de 2008, según consta en los hechos probados recogidos por Sentencia del Juzgado de lo Social condecorador de demanda de declaración de Incapacidad Permanente. Tales daños son reales y

efectivos, al margen de la cuantificación o valoración económica que, en su caso, deba efectuarse.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido con ocasión 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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. Este

criterio opera no sólo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Ello no comporta el derecho del paciente a que se le garantice un diagnóstico acertado y precoz, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

También hemos de señalar 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 ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

La perjudicada alega que el “error de diagnóstico” sufrido tras ser atendida por primera vez el 23 de abril de 2007 por traumatismo en el tobillo izquierdo, y el posterior diagnóstico de la existencia de fractura de calcáneo en el mes de septiembre de 2007, han supuesto la pérdida de la “oportunidad de” haber efectuado un tratamiento adecuado, pues entiende que “la resonancia magnética que permitió el diagnóstico adecuado, se produjo seis meses después del traumatismo, no pudiendo ya intentarse ningún tipo de tratamiento conservador al encontrarse ya la fractura en proceso de consolidación espontánea”.

No obstante, y entrando ya en el contenido de la reclamación, el Servicio de Traumatología del hospital en que recibe tratamiento entre los meses de abril y junio de 2007 reconoce la existencia del error de diagnóstico, al haberse apreciado, con base en las pruebas radiológicas realizadas, la existencia de un “esguince de tobillo” sin existencia de “líneas de fractura ni lesiones óseas”. En el mes de septiembre de 2007, y tras la realización de una prueba distinta, una resonancia magnética, se alcanza el diagnóstico definitivo de “fractura de calcáneo”, existente ya en abril de 2007 según informa posteriormente el

Servicio afectado, que considera que era de “evidente dificultad” su determinación.

Ahora bien, como ya hemos indicado, incumbe a la reclamante la carga de la prueba de la existencia del nexo causal directo e inmediato entre la infracción de la *lex artis ad hoc* y el daño alegado, lo que implica que no sólo debe acreditar la existencia de una violación de la *lex artis* médica sino, además, probar que a esa infracción -en el supuesto concreto que examinamos, la no apreciación de la fractura de calcáneo que “revisando los estudios radiológicos” realizados tras el traumatismo sí se observa- se anuda como efecto directo e inmediato el perjuicio cuya indemnización se reclama, en este caso, las secuelas descritas, que estima son consecuencia de la pérdida de oportunidad de realizar un tratamiento “adecuado (...) siendo absolutamente nulas las posibilidades de obtener un resultado satisfactorio seis meses después de haberse producido el traumatismo”. Sin embargo, la interesada no ha desarrollado la menor actividad probatoria al respecto ni aportado ningún documento o argumentación que sustenten la existencia de tal relación causal. No se ha probado, ni siquiera indicado, cuál habría de ser el tratamiento adecuado, ni en qué medida el prescrito pudo propiciar el resultado final y las secuelas padecidas. En consecuencia, este Consejo Consultivo ha de formar su juicio al respecto de la posible existencia de 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 han sido discutidos por la reclamante mediante la aportación de otros contradictorios.

En este sentido, los mismos informes que reconocen la existencia de un error de diagnóstico, concluyen, de manera sustancialmente parecida, tras constatar este y con independencia del mismo, en que resulta “dudoso que el establecimiento de una actitud terapéutica distinta a la realizada hubiese supuesto cambio alguno en el resultado final de la lesión”. Como tratamiento “más aceptado para las fracturas de calcáneo” señalan “el tratamiento conservador, que consiste en vendaje y elevación del pie durante los primeros

días con movimientos activos y frecuentes de los dedos. A partir de la 3ª semana, el paciente debe apoyar el pie en el suelo sin carga y aumentar progresivamente la presión según le permita el dolor, habitualmente el paciente consigue carga total entre la 4ª y la 8ª semana después de la lesión y normalmente se espera que el paciente consiga carga completa sin bastones a las 12 semanas del traumatismo”, siendo objeto de reevaluación si “continúa con sintomatología después de 12 ó 18 meses de la fractura (...) por si fuera necesario realizar algún gesto quirúrgico complementario”. En el caso de la perjudicada, consta que en la primera atención dispensada (el 23 de abril de 2007) se “realizó tratamiento consistente en reposo, inmovilización con férula de yeso, elevación de extremidad, analgésicos y descarga”; acudió a revisión el 4 de mayo de 2007, recomendándose continuar con reposo e inmovilización. El 15 de mayo se le retira la férula de yeso y se le coloca “vendaje elástico adhesivo para iniciar movilización en descarga”, vendaje que es retirado el 25 de mayo, “a las 4 semanas del traumatismo original (...), recomendándosele iniciar apoyo progresivo y revisión en 3 semanas”; en la última revisión a la que acude (pues no asiste a otra posterior que se encontraba programada), el 27 de junio, la propia paciente “refería mejoría pero precisar la ayuda de un bastón para caminar”, por lo que se le recomendó “aumentar la actividad y retirar progresivamente el bastón, así como realizar ejercicios para movilizar el pie y el tobillo y balneoterapia con agua y sal”. Todo ello lleva a compartir la conclusión de que “el tratamiento realizado sí fue correcto, con un periodo de inmovilización inicial suficiente y un periodo de progresiva movilización y carga dentro de los márgenes temporales propios de esta lesión”. No cabe admitir, por tanto, la imputación concreta realizada por la reclamante en cuanto existe una “pérdida de oportunidad” consistente en que “no pudo intentarse ningún tipo de tratamiento conservador”, pues este es, precisamente, el recibido por la interesada.

Por lo anteriormente expuesto, consideramos, en definitiva, que, enfrentados a un curso causal hipotético, no es posible afirmar que un

diagnóstico inicial certero de todas las lesiones de la interesada habría evitado o reducido las secuelas por ella padecidas, ya que el diagnóstico realizado no ha supuesto la aplicación de un tratamiento distinto al que la patología presentada hubiera requerido, ni la pérdida de oportunidad terapéutica a que podría haber dado lugar.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.