

Expediente Núm. 12/2011
Dictamen Núm. 249/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
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 21 de julio de 2011, 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 4 de enero de 2011, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en el Servicio de Salud del Principado de Asturias y en una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 25 de marzo de 2010, el perjudicado presenta en el registro del Área de Inspección de Gijón del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la deficiente asistencia prestada por el Servicio de Salud del

Principado de Asturias y una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

Inicia su relato refiriendo que el día 17 de abril de 2006, tras sufrir un accidente laboral, es atendido “en el Servicio de Urgencias del Hospital “X”, con diagnóstico de “hemartrosis rodilla izquierda con probable afectación del ligamiento lateral interno y fractura de séptimo arco costal”. El 25 de abril de 2006 le realizan en un hospital privado una resonancia magnética de rodilla derecha que muestra “edema óseo de aspecto poscontusional que afecta a cóndilo y meseta tibial externos con arrancamiento de las espinas tibiales mínimamente desplazado. Lesión II-III de la inserción proximal del ligamento lateral interno. Rotura de espesor parcial del tendón rotuliano en su inserción discal. Importante derrame articular. Plica rotuliana interna”. El 26 de abril le efectúan “una ecografía muscular en pierna derecha”, y el día 5 de junio “una electromiografía”, que se informan como “normal”, mencionándose explícitamente en el informe correspondiente a esta última la “ausencia de neuropatía de femorocutáneo izquierdo”.

La mutua de accidentes emite parte de baja por incapacidad temporal con fecha 17 de abril de 2006, permaneciendo el reclamante en esa situación hasta el 18 de agosto de 2006, fecha en la que la mutua le da el alta “por curación”. Disconforme con dicha decisión, “ya que las molestias perduraban y tenía gran dificultad de movilidad” presenta una “reclamación”, resolviendo la mutua que “su situación es compatible con el desarrollo normal de sus funciones laborales, por lo que se reafirma en el alta médica”. Añade que, “como no podía trabajar”, acudió “a los servicios médicos del Sespa, los cuales viendo mi situación y que la mutua no se hacía cargo, acordaron (una) nueva situación de (incapacidad temporal) por enfermedad común, con efectos a 23 de agosto de 2006”. Al entender que “el proceso era el mismo y las dolencias provenían de accidente de trabajo”, solicitó “el cambio de la contingencia de enfermedad a accidente ante el INSS con fecha 17 de enero de 2007 (...). El INSS resolvió (...) que la incapacidad temporal iniciada el 23 de agosto de 2006

era derivada de accidente de trabajo". En esta situación estuvo "hasta el 14 de junio de 2007, fecha en que (...) la Seguridad Social" le da el alta "con propuesta de invalidez".

El día 2 de octubre de 2006 un especialista del Servicio de Traumatología del Hospital "Y" considera que "no tiene indicación quirúrgica en ese momento y (le) remite a Rehabilitación", recibiendo tratamiento hasta el 18 de diciembre, fecha en la que es dado de alta dicho Servicio "sin ninguna mejoría", presentando "dolor a la flexión a partir de 20°-30°". En marzo de 2007 se le realiza una resonancia magnética objetivándose "una línea hiperintensa (...) sugestiva de gran fragmento óseo, secundaria a fractura osteocondral a nivel de la inserción de ligamento cruzado posterior, secundaria a arrancamiento o tracción que presenta un borde escleroso sin que se objetive edema óseo significativo en el control actual. Igualmente, señala la existencia de una rotura del asta anterior del menisco externo, así como un fragmento óseo en el espesor del tendón rotuliano sugestivo de enfermedad de Osgood Schlatter crónica o sin resolver". Añade que "por parte de Traumatología se recoge la pseudoartrosis (y) se recomienda ponerse en contacto con la Mutua (...), por tratarse de un accidente de trabajo".

Refiere que al alta de la incapacidad temporal, el día 14 de junio de 2007, "seguía teniendo grandes molestias y no (se) hallaba capacitado para nada", por lo que al considerar que no se le estaba atendiendo "correctamente", busca otra opinión "en el ámbito de la sanidad privada". Así, el 7 de agosto de 2007 un especialista en Traumatología indica "la cirugía para tratar de solucionar el problema, si bien entiende que se trata de un caso complicado técnicamente y de pronóstico sombrío por el tiempo de evolución". Al mismo tiempo, "ante la negativa" de la mutua a atenderle, presenta un escrito ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en el que pone en su conocimiento dicha circunstancia, a la vez que "solicita que, dado el carácter de contingencia profesional de las lesiones y por no estar recuperado" intervenga ante la mutua a fin de que proceda a prestarle "el tratamiento adecuado".

Además, presenta ante la Inspección Médica del Sespa otro escrito en el que “advierde que, ante el problema administrativo de tratarme y atenderme una u otra institución (...), la lesión puede llegar a ser absolutamente irreparable”. También se dirige a la “Dirección de Asistencia Sanitaria del Sespa” y al Gerente del Hospital “Y” solicitando que sus traumatólogos le “puedan intervenir quirúrgicamente y corregir (la) lesión, evitando así males mayores” para su salud.

El día 9 de agosto de 2007 se le concede una “nueva baja” por incapacidad temporal por parte de la Seguridad Social” hasta el día 10 de febrero de 2009, en que se le da el “alta con propuesta de incapacidad”. Finalmente, es intervenido quirúrgicamente el día 21 de julio de 2008, “más de dos años después del accidente (...), “lo que demuestra” que el estado de la rodilla no era compatible con la emisión de los partes de “alta médica”, pues “no podía realizar trabajo alguno”. Se le practica “refrescamiento de la pseudoartrosis + factores de crecimiento + osteosíntesis” y se le pauta “rehabilitación y ejercicios, caminando con ayuda de bastones”. El día 31 de marzo de 2009 “es alta del Servicio de Rehabilitación, considerándose estabilizadas las secuelas, con dolor que precisa tratamiento con Dolovoltaren, sensación de fallo y dificultad para cuclillas y otras posturas. Presenta atrofia cuadrípital”.

En mayo de 2009 se le realiza “RMN de rodilla derecha”, que muestra que “el fragmento de la meseta tibial posterior no está consolidado, objetivándose presencia del líquido entre el fragmento y la tibia y únicamente está fijado en posición correcta por el material de osteosíntesis, pero no hay signos de consolidación ósea”.

Considera que, debido al “largo proceso sufrido (...), la desatención y el retraso en la necesaria operación quirúrgica que finalmente (le) realizaron” y al “imperfecto diagnóstico que se (le) realizó en los primeros meses” después del accidente, le “han quedado graves secuelas anatómicas, funcionales y estéticas”, tales como “gonalgia y artrosis postraumática de rodilla” y

“pseudoartrosis de tibia sin infección”, a lo que añade los daños morales sufridos y la pérdida de su puesto de trabajo en la empresa en la que estaba empleado.

Solicita una indemnización por importe total de ciento cincuenta y seis mil novecientos sesenta y siete euros con sesenta céntimos (156.967,60 €).

Propone prueba Documental, “consistente en los distintos informes médicos y demás documentos aportados con la presente reclamación” y “que se requiera a los distintos hospitales “Y”, Hospital “X” y demás servicios y centros de salud del Sespa, mutua (que le presto la asistencia), Inspección de Trabajo e INSS, a fin de que aporten al expediente todos los informes existentes” en relación con el perjudicado” y testifical del doctor que identifica, con objeto de acreditar debidamente los hechos.

Adjunta fotocopia de numerosos informes médicos, de escritos dirigidos por el reclamante a la mutua de accidentes de trabajo y a diferentes órganos de la Administración, de resoluciones y del informe pericial emitido por un especialista en Traumatología.

2. Con fecha 20 de abril de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica al reclamante la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Ese mismo día, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita al Director Gerente del Hospital “Y” copia de la historia clínica del perjudicado, así como un informe del Servicio de Traumatología.

Con fecha 22 de abril de 2010, se dirige a la Gerencia del Hospital “X” requiriendo un informe sobre la asistencia prestada al perjudicado, especificando “si con posterioridad volvió a ser atendido en ese centro por

aquella dolencia” y “con cargo a qué entidad se produjo la mencionada asistencia urgente”.

4. El día 29 de abril de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias comunica al reclamante que se deniega la prueba testifical solicitada, al considerarla “manifiestamente improcedente e innecesaria, toda vez que puede realizarse la misma prueba en forma documental aportando cuantos dictámenes e informes estime pertinentes”, así como la práctica de la prueba documental consistente en “la solicitud de todos los informes existentes en relación con el reclamante a (la) mutua (que le prestó asistencia), Inspección de Trabajo e INSS”, al carecer esta Administración de competencias para solicitar la documentación que obra “en poder de los organismos” citados.

5. Con fecha 28 de abril de 2010, el Gerente del Hospital “Y” remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica del perjudicado.

6. Mediante escrito de 30 de abril de 2010, el Gerente del Hospital “X” remite al Servicio instructor una copia de los informes existentes en el mismo en relación con la asistencia prestada al reclamante, que declara que la “única” que se llevó a cabo lo fue por el Servicio de Urgencias el día 17 de abril de 2006, y “con cargo a la mutua”.

7. Con fecha 6 de mayo de 2010, el Gerente del Hospital “Y” remite al Servicio instructor una copia del informe emitido por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología el día 4 de ese mismo mes.

En él señala el Jefe del Servicio que “durante un largo periodo el paciente (...) alternó periodos de (incapacidad temporal) como enfermedad común y como accidente laboral tras sucesivas reclamaciones (...). En una de las revisiones en sanidad pública se solicitó nueva (resonancia magnética) que

se realizó en febrero 07. Los hallazgos muestran una fractura osteocondral de meseta tibial posterior en pseudoartrosis. Se indica tratamiento quirúrgico y al ser considerada la lesión como derivada del accidente laboral descrito se remite de nuevo a la mutua correspondiente. En escrito de reclamación se nos refiere la no asistencia por parte de los servicios médicos de su mutua, por lo que de nuevo se solicita sea intervenido en la sanidad pública./ Con fecha 04-2-08 se incluye en lista de espera quirúrgica y finalmente se realiza la cirugía el 21-7-08". Añade que la última revisión se realizó el 16-11-09 y, según consta en la historia clínica, "el tornillo permanece in situ fijando correctamente el fragmento que no ha consolidado".

Concluye que se trata de un "accidente de trabajo que finalmente fue diagnosticado y tratado correctamente en la sanidad pública, si bien por los continuos conflictos el tratamiento se dilató en el tiempo y ha conllevado que la fractura no haya consolidado".

8. El día 26 de mayo de 2010, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él tras describir los hechos, señala que "la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adaptada a los conocimientos científicos y a la lex artis y el Sespa no tiene por qué asumir ninguna obligación ni responsabilidad por la asistencia médica que presten las mutuas a sus asociados".

9. Mediante escritos de 2 de junio de 2010, 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 correeduría de seguros.

10. Con fecha 24 de septiembre de 2010, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por tres especialistas, uno de ellos en Traumatología y Cirugía Ortopédica y dos en Traumatología y Ortopedia. En él concluyen que el perjudicado "presentó una lesión metafisaria

posterior de tibia derecha con afectación de las espinas tibiales, ligamento lateral interno y lesión parcial del tendón rotuliano tras traumatismo de rodilla derecha en abril de 2006 (...). En la RMN de abril de 2006 se informa de edema contusional y arrancamiento de las espinas tibiales mínimamente desplazadas. Según la revisión bibliográfica, estos hallazgos son susceptibles de tratamiento médico conservador. No es necesaria la intervención quirúrgica en ese momento. (El perjudicado) no fue tratado quirúrgicamente tras el diagnóstico de su lesión (...). El tratamiento de la lesión de (ligamento lateral interno) LLI, lesión parcial de tendón rotuliano sobre Osgood-Schlatter y fractura de espinas tibiales sin desplazar obliga a inmovilización de la rodilla un tiempo variable de 4-6 semanas con seguimiento clínico y controles radiológicos y/o TAC RMN para descartar desplazamientos o inestabilidades secundarias que motivaría la intervención quirúrgica (...). Las lesiones metafisiarias de tibia proximal que generan hundimientos óseos y posible inestabilidad articular obliga a tratar la lesión de forma quirúrgica. En el estudio de RMN de marzo de 2007 se visualizaba la presencia de un fragmento óseo que podía generar inestabilidad del ligamento cruzado posterior y alteraba la congruencia articular de la rodilla. Esto motivó la intervención quirúrgica realizada. La indicación es correcta (...). En el caso analizado tiene vital importancia la exploración física de la rodilla y la situación funcional de la misma para la indicación quirúrgica. (El perjudicado) evolucionaba mal de su rodilla, por eso se propuso la intervención (...). Los fenómenos degenerativos de la rodilla no se pueden atribuir al retraso del tratamiento. La lesión en sí ya los motiva. (El perjudicado) presentaba problemas de rodilla antes del traumatismo (...). El grado de desplazamiento y hundimiento de los fragmentos fracturados en el estudio RMN orienta a la indicación quirúrgica. Los estudios de resonancia magnética realizados no hablan de desplazamiento de las espinas fracturadas ni grado significativo de incongruencia articular. En el primer informe se habla de arrancamiento de espinas tibiales mínimamente desplazadas. En el segundo (...) de una fractura osteocondral con gran fragmento óseo que no fue visualizada en el primer

estudio. Los hallazgos de la RMN cambiaron en este segundo estudio. Este nuevo hallazgo motivó la indicación quirúrgica. La indicación es correcta. La intervención se realizó para evitar potenciales inestabilidades e incongruencias articulares (...). En el tratamiento de estas lesiones se requiere colaboración del paciente. (El perjudicado) acudió a los Servicios de Urgencias en una ocasión con un cuadro de intoxicación etílica”.

11. El día 28 de octubre de 2010, se comunica al 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 10 de noviembre, se presenta este en las dependencias administrativas y obtiene una copia de aquel, compuesto en ese momento por doscientos cuarenta y nueve (249) folios, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto.

12. El día 16 de noviembre de 2010, el interesado presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que se reafirma en los términos expuestos en su reclamación inicial.

13. Con fecha 30 de noviembre de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella afirma que “en todo momento la asistencia prestada en el Sepsa ha sido correcta y (que) la dilación en el diagnóstico y tratamiento de la pseudoartrosis que padecía no puede ser imputada a dicho Servicio. El Sepsa se ha limitado a prestar asistencia en los momentos en que se dirigía a sus servicios indicándole en todas las ocasiones que esta correspondía a su mutua, al tratarse de un accidente laboral. Tras el diagnóstico definitivo en febrero de 2007 (...), a petición del interesado se aceptó realizar su tratamiento”. Manifiesta que “todo el proceso asistencial (...) ha sido adecuado. El plan terapéutico propuesto (...) fue correcto. La lesión se podía manejar de forma conservadora con el diagnóstico inicial siempre que no existiesen hundimientos

articulares, desplazamientos o inestabilidades. Tras una mala evolución, y con la presencia de ese fragmento epifisario posterior, realizar una osteosíntesis para fijación del mismo es correcto y está indicado (...). Estos datos no estaban presentes en el estudio inicial de RMN realizado en abril de 2006; por ese motivo no se planteó una intervención quirúrgica tras el traumatismo”.

Respecto a la legitimación pasiva, sostiene que “el reclamante, a pesar de imputar una deficiente asistencia a la mutua (...), interpone la reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio de Salud del Principado de Asturias basándose en que ambas entidades forman parte del Servicio del Sistema Nacional de Salud”; sin embargo “las mutuas no son Seguridad Social, sino asociaciones de empresas constituidas para facilitar la gestión de la Seguridad Social, que responden por sí mismas de todas sus obligaciones legales o contractuales”.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de enero de 2011, registrado de entrada el día 11 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 el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

Con respecto a la legitimación pasiva, hemos de partir del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba la Ley General de la Seguridad Social, que en su artículo 68.1 define las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social como asociaciones de empresarios que asumen una responsabilidad mancomunada con el principal objeto de colaborar en la gestión de la Seguridad Social. Por su parte, el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General de Colaboración en la Gestión de la Seguridad Social, en la redacción vigente en el momento en que tuvo lugar la primera atención médica -17 de abril de 2006, día del accidente laboral-, señala en su artículo 8 que “La responsabilidad mancomunada de los empresarios asociados se extenderá a todas las obligaciones que legal o contractualmente alcancen a la Mutua cuando ésta no las cumpliera a su debido tiempo, sin que los estatutos de la entidad puedan establecer ninguna limitación a este respecto”. En definitiva, las mutuas son entidades privadas dotadas de personalidad jurídica propia que colaboran en la gestión de la Seguridad Social.

Sobre la base de esa especial configuración jurídica, con elementos tanto públicos como privados, hemos de analizar a quién corresponde la competencia para conocer sobre los expedientes de responsabilidad patrimonial por los daños causados como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por una

mutua en los supuestos de accidente laboral, y al respecto constatamos que las soluciones son dispares en nuestra jurisprudencia. No obstante, este Consejo Consultivo entiende que las mutuas han de responder directamente de los posibles daños o perjuicios causados en el curso de su actividad asistencial, dado que son entidades privadas dotadas de personalidad jurídica propia, y no forman parte de la Seguridad Social, sino que colaboran con esta en la gestión del sistema. Compartimos por ello el mismo criterio que sostiene el Consejo de Estado (Dictámenes Núms. 817/2009 y 375/2010) al señalar que “las Mutuas responden directamente (sin perjuicio de los convenios o pactos que al efecto hayan podido acordar) y en su defecto lo hacen mancomunadamente los empresarios asociados, pudiendo el que se considere perjudicado dirigirse a la Administración sólo en caso de insolvencia de aquélla y para las prestaciones derivadas de accidentes de trabajo”.

Por lo expuesto, consideramos que el Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula la parte de la reclamación correspondiente a la asistencia sanitaria llevada a cabo por los servicios públicos sanitarios, y no apreciamos tal legitimación en relación con el resto de la reclamación, dirigida a la actuación de los servicios médicos mutuales.

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 25 de marzo de 2010, habiendo tenido lugar la estabilización de las secuelas que padece el reclamante el día 31 de marzo de 2009, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

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.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en 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.- El reclamante interesa una indemnización por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una atención sanitaria que reputa deficiente; en

concreto, imputa al Servicio de Salud del Principado de Asturias y a una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales un “imperfecto diagnóstico” en “los primeros meses” tras el accidente laboral sufrido -el día 17 de abril de 2006-, así cómo “una desatención” y un “retraso en la necesaria operación quirúrgica” -que se llevó a cabo el día 16 de julio de 2008-.

Los daños por los que reclama son los correspondientes a las secuelas funcionales y estéticas, a los días improductivos y a la rescisión de su contrato laboral, más los daños morales.

Alguno de ellos, que el interesado anuda al retraso en la atención, están acreditados -intervención quirúrgica después de dos años del accidente, días improductivos, lesiones permanentes no invalidantes-, por lo que hemos de dar por probada la existencia de daños, sin perjuicio de su cuantificación y valoración concreta, que realizaremos si el sentido de este dictamen fuese finalmente estimatorio de la responsabilidad patrimonial pretendida.

Sentado esto, el reclamante basa su argumentación en la existencia de un nexo causal entre el actuar de los servicios sanitarios -del Sepsa y de su mutua- y el daño acaecido, lo que nos lleva a analizar la cuestión de si el “retraso en el tratamiento y la dilación en el mismo”, que se imputa en el escrito de alegaciones a “la Administración sanitaria”, se produjo realmente, pues la mera constatación de un daño surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, ya que ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público. Por lo que se refiere al resto de sus imputaciones, su análisis no corresponde a la Administración autonómica, y en consecuencia no procede que este Consejo realice valoración alguna.

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, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, para efectuar este juicio imprescindible responde a lo que se conoce como *lex artis*. Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. 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 -aunque no siempre pueda garantizarse que este sea exacto- en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El interesado imputa a la administración sanitaria “un mal diagnóstico” y “retrasos continuados en la asistencia”, especialmente en la intervención quirúrgica llevada a cabo dos años después de haber sufrido el accidente laboral.

Una prudente valoración de la documentación incorporada al expediente nos indica que, a pesar de que el paciente afirma la existencia de un “mal diagnóstico”, en el informe médico por él aportado se concluye todo lo contrario, pues se señala expresamente, tras detallar las dolencias del reclamante, que los “diagnósticos son coincidentes con los llevados a cabo por parte de los diferentes servicios especializados de la sanidad pública”.

Con respecto a la imputación de retrasos en su tratamiento, con especial hincapié en la intervención quirúrgica, el reclamante se basa, en primer lugar, en un informe médico privado que reprocha la tardanza en la realización de la segunda resonancia, asegurando que se debería haber efectuado antes -de marzo de 2007-, dado que así “se hubiera podido encontrar lo que la primera resonancia no detectó”, y, en segundo lugar, en otro informe médico, de fecha 7 de agosto de 2007, en el que se indica que “desde un punto estrictamente quirúrgico puede intentarse la reconstrucción del fragmento óseo (...), y si se consigue la consolidación el resultado, en buena lógica, sería excelente. No obstante el largo tiempo transcurrido desde la lesión ensombrece el pronóstico”. En relación con ello hemos de poner de manifiesto, en primer lugar, que los especialistas de la sanidad pública prescriben un tratamiento quirúrgico de la lesión del perjudicado y, por tratarse de un accidente laboral, consideran que ha de ser la mutua correspondiente la que realice la operación. Sin embargo, ante la negativa de los servicios médicos de esta a practicarla, solicita ser intervenido por el servicio público. Por otra parte, y en lo que atañe a la urgencia de la intervención quirúrgica, los informes técnicos no resultan coincidentes, y así en el elaborado a instancia de la compañía aseguradora se cuestiona tal urgencia, ya que en el primer momento “no se habla de fracturas de platillos tibiales. No se habla de hundimientos, no se habla de separaciones de los platillos. Se habla de contusión y fractura de la eminencia intercondílea y lesión del LLI y lesión parcial del tendón rotuliano”, por lo que sus autores entienden que con ese diagnóstico “la intervención quirúrgica (...) no era necesaria”. Si bien, ante la no mejoría y no eficacia del tratamiento

rehabilitador, se lleva a cabo en la sanidad pública nuevamente una -resonancia magnética en marzo de 2007- en la que se constata que hay una lesión en el hueso que afecta a los ligamentos cruzados. Es decir, los hallazgos de la resonancia cambiaron en el segundo estudio, pero los propios especialistas añaden que no se puede descartar “que el apoyo de la rodilla o alguna maniobra inadecuada motivara el desplazamiento epifisario posterior de la tibia que se evidenció” en la segunda de las pruebas diagnósticas. Tras “una mala evolución y con la presencia de ese fragmento” -siguen informando-, realizar “una osteosíntesis para la fijación del mismo es correcto y está indicado”, añadiendo que “los fenómenos degenerativos de la rodilla no se pueden atribuir al retraso del tratamiento”, ya que “la lesión en sí ya los motiva”; además, el reclamante “presentaba problemas de rodilla antes del traumatismo”.

Ahora bien, como ya hemos señalado, el propio Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital “Y” afirma que el paciente “fue diagnosticado y tratado correctamente en la sanidad pública, si bien por los continuos conflictos el tratamiento se dilató en el tiempo y ha conllevado que la fractura no haya consolidado”.

Finalmente, y por lo que respecta a la falta de atención por parte del servicio público sanitario, hemos de indicar que realmente se trata de una afirmación que no se corresponde con el contenido de la reclamación, pues el propio interesado detalla las distintas ocasiones en las que fue atendido por los servicios públicos especializados -Traumatología, Rehabilitación, Cirugía Ortopédica- y centra sus críticas en la defectuosa prestación llevada a cabo por la mutua.

A la vista de ello, concluimos que el daño alegado no puede imputarse a un defectuoso funcionamiento del servicio público de salud, como pretende el reclamante, pues fue atendido por dicho servicio siempre que lo requirió, a pesar de tratarse de una atención sanitaria que, como él mismo reconoce, al derivar de un accidente laboral debería haber sido prestada por su mutua. No obstante, el servicio público sanitario aplicó los tratamientos acordes con los

resultados de las pruebas que se le practicaron en diversas ocasiones, y aun entendiendo que se ha producido una dilación, en ningún caso consideramos que esta resulte achacable a la sanidad pública.

En definitiva, hemos de concluir que no ha quedado acreditado que las secuelas que el interesado imputa a la Administración -no consolidación de la fractura- guarden relación de causalidad con la actuación de los servicios públicos sanitarios.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada -en lo que respecta al servicio público sanitario- 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.