

Expediente Núm. 176/2011
Dictamen Núm. 16/2012

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 26 de enero de 2012, 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 9 de junio 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 recibida en un centro hospitalario público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 25 de noviembre de 2009, el perjudicado presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la, a su juicio, deficiente asistencia recibida en el Hospital “X”.

Refiere que el día 3 de agosto de 2009 acude al Servicio de Urgencias del Hospital “X” tras haber sufrido una caída en la calle, “siéndole diagnosticada

una contusión (en la) pierna derecha (hematoma en resolución)”, pautándosele como tratamiento “reposo relativo y diversos antiinflamatorios, sin que por parte de los facultativos que le atendieron le fuera realizado ningún tipo de prueba complementaria, salvo la exploración física de forma somera (...), pese a las múltiples quejas proferidas” por el reclamante debido al dolor que sufría.

El día 3 de septiembre de 2009 acude de nuevo al Servicio de Urgencias del citado hospital, pues “el tobillo derecho se encuentra cada vez más inflamado y el dolor (...) es cada vez más insoportable, pese a (...) los medicamentos que le fueron recetados”. En esta ocasión “le realizan un estudio radiológico de la zona afectada” y le diagnostican “una fractura de maléolo peroneo derecho, la cual ya existía en el momento de recibir la primera asistencia en fecha 3 de agosto, siéndole pautada una férula posterior con yeso” y derivándolo “al Servicio de Traumatología para posterior valoración”.

Considera que se produjo una “grave negligencia médica” por parte de los facultativos que le trataron el día 3 de agosto de 2009, pues “no se le diagnosticó la fractura (...) que presentaba por una falta de adecuada exploración clínica y radiológica”, y consecuentemente “no recibió los apoyos terapéuticos necesarios que hubieran minimizado su deformidad actual”.

No cuantifica el importe de la indemnización.

Dice adjuntar copia de los informes del Área de Traumatología del Servicio de Urgencias del Hospital “X”, de fechas 3 de agosto y 3 de septiembre de 2009, que no obran incorporados al expediente.

2. El día 10 de diciembre de 2009, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica al interesado 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. Asimismo, le requiere para que en el plazo “de diez días, a contar desde el día siguiente al del recibo de esta notificación”, proceda a “la cuantificación económica del daño o, en su defecto, indicar las

causas que motivan la imposibilidad de realizarla”, significándole que de no recibirse contestación en el plazo anteriormente señalado se le tendrá por desistido de su petición”.

3. Con fecha 18 de diciembre de 2009, el reclamante presenta en una oficina de correos un escrito en el que solicita una indemnización por importe de treinta mil euros (30.000 €).

4. El día 28 de diciembre de 2009, el Gerente del Hospital “X” remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica del perjudicado.

5. Con fecha 13 de enero de 2010, el Gerente del Hospital “X” traslada al Servicio instructor una copia del informe emitido por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología ese mismo día.

En él se indica que “con fecha 03-08-09 el paciente (...) acudió al Servicio de Urgencias tras caída casual, presentando hematoma poscontusional a nivel de tobillo derecho. Al no presentar puntos óseos dolorosos no se solicitaron pruebas complementarias (...). El 03-09-09 acude de nuevo a Urgencias al persistir inflamación en el citado tobillo. Al presentar dolor en el maléolo peroneo se solicitaron estudios radiográficos que mostraron la existencia de una fractura espiroidea en esa área anatómica. Al no presentar indicación quirúrgica se inmovilizó con yeso (...). Los posteriores controles por los servicios médicos del Ambulatorio “Y” evidenciaron la curación radiográfica de la fractura y con fecha 20-10-09 se solicitó colaboración al Servicio de Rehabilitación. No hay anotaciones posteriores en el historial clínico”.

6. El día 8 de marzo de 2010, el Gerente del Hospital “X” remite al Servicio instructor una copia del informe elaborado por el Servicio de Rehabilitación con esa misma fecha.

En él se hace constar que el paciente fue enviado por "su traumatólogo a Rehabilitación el 6 de noviembre de 2009 por fractura de 1/3 d. peroné, yeso 2 meses./ Visto en mi consulta el 26 de noviembre de 2009, el paciente refería dolor e hinchazón de tobillo derecho./ En (la) exploración física apreciamos:/ Marcha con claudicación leve./ Tobillo derecho con un aumento de perímetro de 3 cm (respecto al contralateral) y con movilidad completa./ Trastornos vasculares en el otro miembro inferior./ Le pautamos tratamiento con fisioterapia (electroterapia), media elástica terapéutica, ejercicios domiciliarios y medicación./ Realizó tratamiento con fisioterapia desde el 2 de diciembre de 2009./ Fue revisado el 12 de enero de 2010. El paciente refería haber mejorado./ En la exploración física:/ Marcha no claudicante. El edema del tobillo le había disminuido 2 cm./ Le recomendamos seguir con medidas de drenaje vascular, media elástica y ejercicios y le dimos el alta".

7. Con fecha 10 de mayo de 2010, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él señala que se trata de un "paciente que acude el 3 de agosto de 2009 por hematoma posarticular de tobillo derecho, según informe del Servicio de Traumatología, al no presentar puntos óseos no se solicitan pruebas./ El 3 de septiembre de 2009 acude de nuevo al Servicio de Urgencias con dolor en maléolo peroneo diagnosticado tras Rx de fractura esporádica que no precisó tratamiento quirúrgico, inmovilizado con yeso hasta el 16 de noviembre de 2009 y posterior tratamiento rehabilitador, consiguiéndose curación radiográfica de la fractura y recuperación de la marcha no claudicante./ Entiendo que la actuación de los servicios médicos del servicio de salud implicado han actuado de acuerdo con una correcta *lex artis*, consiguiendo una recuperación completa de la extremidad afectada".

8. Mediante escritos de 17 de mayo 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 correduría de seguros.

9. Con fecha 2 de julio de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios solicita a la Gerencia del Hospital "X" una copia de las placas radiográficas realizadas al paciente el día 3 de septiembre de 2009, siendo remitidas las mismas por el Gerente del Hospital "X" el 9 de julio de 2010.

10. El día 31 de enero de 2011, el interesado presenta en una oficina de correos un escrito en el que solicita que se "proceda a dictar resolución (...) expresa".

11. Con fecha 25 de abril de 2011, 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. El día 27 de ese mismo mes comparece el interesado en las dependencias administrativas y obtiene una copia de aquel, compuesto en ese momento por ciento diez (110) folios, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto.

12. El día 13 de mayo de 2011, el perjudicado presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que se reafirma en los términos de su reclamación inicial y procede a efectuar una nueva cuantificación de la indemnización de acuerdo con el informe pericial que acompaña, consistente en seis mil trescientos cincuenta y ocho euros con catorce céntimos (6.358,14 €), que desglosa en los siguientes conceptos: "60,5 días impeditivos", 3.218,60 €; "20,5 días no impeditivos", 587,32 €, y "4,5 puntos de secuelas funcionales", 2.552,22 €. Adjunta un informe médico pericial de 22 de noviembre de 2010.

13. Con fecha 26 de mayo de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella afirma que “la actuación de los servicios médicos del servicio de salud ha sido acorde con una correcta *lex artis*, consiguiendo una recuperación completa de la extremidad afectada”.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de junio de 2011, registrado de entrada el día 14 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.

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 25 de noviembre de 2009, basándose en el diagnóstico de la fractura que se realiza el día 3 de septiembre 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.- Interesa el reclamante una indemnización por los daños sufridos a consecuencia de un retraso diagnóstico que imputa al servicio público sanitario.

A la vista de los datos obrantes en el expediente, resulta probado que con fecha 3 de septiembre de 2009 le fue diagnosticada al paciente una "fractura en maléolo peroneo derecho", dolencia que requirió un periodo de curación y tratamiento rehabilitador, a tenor de su historial médico. Consta igualmente que había acudido el día 3 de agosto de ese año al Servicio de Urgencias del mismo hospital, siendo atendido por "contusión" en la pierna derecha.

Ahora bien, la mera existencia 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 este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, 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 eventualmente pueda sufrir 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 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 concretos.

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 solo 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. 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 criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso

diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

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 esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

El interesado afirma en su escrito inicial, presentado el 25 de noviembre de 2009, que "la ausencia de diagnóstico" impidió que recibiera los "apoyos terapéuticos necesarios que hubieran minimizado su deformidad actual" y evitado las "secuelas" que dice sufrir. Ello obliga a acreditar un retraso diagnóstico que se habría producido por una infracción de la *lex artis* al no realizar las pruebas radiográficas complementarias en la atención recibida el día 3 de agosto, y además que tal retraso ha determinado las secuelas por él alegadas.

Con carácter previo, ha de advertirse que la Administración no pone en duda que la fractura detectada el 3 de septiembre de 2009 resulte de la "tórpid" evolución de la dolencia que sufría el día 3 de agosto del mismo año, pero no asume expresamente que dicha fractura hubiera existido en el momento de esa primera atención sanitaria recibida, y en ese sentido nada se prueba en el informe pericial aportado por el reclamante.

No obstante, aun aceptando que hubiese existido el retraso diagnóstico alegado, tampoco se ha demostrado irregularidad alguna en la omisión de una prueba radiológica en aquel momento. Al contrario, el informe emitido por el Servicio de Traumatología -asumido por el informe técnico de evaluación- justifica la falta de realización de pruebas complementarias durante la primera asistencia prestada en la ausencia en el paciente de "puntos óseos dolorosos",

circunstancia que consta expresamente en el informe de Urgencias realizado en la citada fecha de 3 de agosto. Dado que no se pronuncian sobre este extremo ni el dictamen pericial privado ni el interesado durante el trámite de audiencia, debemos entender que el criterio manifestado en el referido informe es el aplicable al caso, no habiendo resultado probado que la sintomatología presentada por el enfermo determinara la necesaria realización de pruebas radiológicas complementarias.

Además, ninguna incidencia se ha acreditado por un eventual retraso diagnóstico en la evolución de la dolencia ni en las secuelas alegadas. El dictamen pericial emitido por un especialista privado a instancia del perjudicado, de fecha 22 de noviembre de 2010, achaca el "50%" de las secuelas, así como de los días improductivos y no improductivos requeridos para la curación, al "retardo diagnóstico". Sin embargo, no justifica en absoluto tal afirmación, sin que su mera enunciación, carente de fundamento o explicación médica alguna que le sirva de soporte, resulte suficiente para tenerla por cierta. Al respecto, debe tenerse en cuenta, como se ha hecho a la hora de entender acreditada la producción de un daño efectivo, que dicho informe refleja datos que resultan contradictorios con otros que obran en la documentación que integra en el expediente. Así, se consigna como secuela la "limitación de la movilidad de tobillo derecho", mientras que en el informe emitido por el Servicio de Rehabilitación, fechado el 8 de marzo de 2010, se recoge que ya en la consulta del día 26 de noviembre de 2009 se aprecia "movilidad completa" en el mismo.

En definitiva, consideramos que no se ha probado ninguna vinculación entre el daño alegado y el servicio público sanitario, ya que, incluso admitido un eventual retraso en el diagnóstico, este no se habría producido en infracción de la *lex artis* ni habría tenido incidencia alguna sobre una secuela no acreditada.

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.