

Expediente Núm. 26/2016
Dictamen Núm. 50/2016

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 3 de marzo de 2016, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 15 de enero de 2016 -registrada de entrada el día 26 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por las secuelas que padece en una rodilla como consecuencia de un error diagnóstico.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 26 de febrero de 2015, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que atribuye a la actuación del servicio público sanitario.

Expone que “el día 23 de diciembre de 2012 me encontraba esquiando cuando mi esquí derecho quedó atrapado, hizo un giro y noté un chasquido en mi rodilla derecha con pérdida de fuerza en la pierna, que quedó doblada, resultándome imposible estirla y moverla, siendo atendida de urgencia en la propia estación de esquí”, donde se me colocó un vendaje.

Señala que fue “trasladada inmediatamente (...) al Servicio de Urgencias del Hospital donde, tras efectuarme una radiografía de la rodilla derecha, me fue diagnosticada gonalgia postraumática, prescribiéndome reposo, vendaje compresivo tipo funcional durante 8-10 días e Ibuprofeno”. Dada la persistencia de “intensos dolores” acude el 9 de enero de 2013 a su médico de cabecera, “quien solicitó, por gonalgia, con carácter preferente, una consulta al Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica”, “siendo citada para el día 30 de abril de 2013, es decir, cuatro meses después del accidente sufrido”. Ante la intensidad de las molestias decide realizar una resonancia magnética en un centro privado el día 11 de enero de 2013, de la que resultó la existencia de una “fractura con desprendimiento de fragmento de tubérculo intercondíleo tibial por tracción del ligamento cruzado anterior, el cual no presenta alteraciones significativas./ La fractura es compleja con varios trayectos fractuarios que afectan al platillo tibial externo”. A la vista de este diagnóstico acude a su centro de salud, que la remite al Servicio de Urgencias del Hospital, en el que ingresa el 17 de enero de 2013, confirmándose “el diagnóstico de arrancamiento de la espina tibial anterior derecha de tres semanas de evolución, efectuándose las pruebas preoperatorias oportunas, programándose mi intervención quirúrgica para el día 22 de enero de 2013, lo que, evidentemente, se tenía que haber hecho el mismo día del accidente, 23 de diciembre de 2012, cuando acudí” al referido Servicio.

De ello deduce la existencia de un “evidente error en el diagnóstico cometido por el Servicio de Urgencias del hospital” el día 23 de diciembre de 2013; diagnóstico que no “se correspondía con los evidentes síntomas que presentaba, inmovilidad de la pierna derecha y fuertes dolores, no indagando

el origen de dichas patologías al no efectuarme pruebas complementarias que explicasen dichos síntomas”. Añade que “fruto de lo anterior” se le “prescribió un tratamiento conservador y antiinflamatorio inadecuado e insuficiente” para su lesión, “ya que lo procedente, como se evidenció tres semanas después, era mi inmediato ingreso para ser intervenida quirúrgicamente, y, por último, es un hecho indiscutible el retraso de casi un mes en mi intervención, lo que influyó negativamente en la evolución de mis lesiones y en las secuelas que padezco”.

Afirma que “el día 21 de enero de 2013” ingresa para ser intervenida al día siguiente, pero que en esa fecha “se celebró una sesión clínica para discutir el mejor tratamiento para mi lesión, concluyendo que este es el quirúrgico: osteosíntesis mediante cerclaje, programándose” la intervención para el “día 24 de enero de 2013, fecha en la que se llevó a cabo”, causando alta el día 29 del mismo mes.

Manifiesta que acudió al Servicio de Rehabilitación a partir del mes de marzo de 2013, si bien en el mes de julio, “ante el fracaso” del tratamiento rehabilitador prescrito, fue intervenida nuevamente, realizándose “una artroscopia de la rodilla derecha”, a la que sigue una tercera operación en el mes de noviembre, concretamente una “artrolisis de rodilla”. Añade que “posteriormente los facultativos que me trataban me informaron de que se habían agotado las soluciones terapéuticas, pues si bien” existía la posibilidad de realizar una “cuadricéplastia (...) me indican que no me pueden asegurar su resultado”, por lo que no me aconsejan dicha operación y me derivan al Servicio de Rehabilitación, en el que causo alta el día 28 de febrero de 2014 con el diagnóstico de “rigidez en la rodilla derecha (...), importante atrofia del cuádriceps y (...) rodilla granulosa con flexo postural de 10º y flexión activa de 70º dolorosa, siendo erróneos los datos reflejados en el apartado evolución y comentarios de dicho informe, como lo demuestran todas las pruebas realizadas posteriormente”.

Reseña que en el mes de abril de 2014 realiza una nueva resonancia magnética en un centro privado, y que decide “recabar una segunda opinión médica” en un centro privado madrileño especializado en cirugía y traumatología deportiva, en el que se somete a una nueva intervención (“artroscopia artroscópica”) el día 3 de octubre de 2014. Tras ella y el correspondiente tratamiento rehabilitador “con fisioterapia y férula bivalva” consigue “un arco de movilidad de 0-105º, si bien, en la última revisión, efectuada con fecha 12 de enero de 2015” se le prescribe continuar con la rehabilitación.

Indica que “como consecuencia del error inicial y final en el diagnóstico del retraso en la aplicación de los tratamientos” sufre “dismetría en uno de los miembros inferiores (...), atrofia del cuádriceps con pérdida de movilidad (...), cojera” e “incapacidad parcial”. Resalta que hasta la fecha suma un total de 765 días impeditivos, a lo que añade “la pérdida de oportunidad curativa” que le supusieron “los iniciales y finales diagnóstico y tratamiento erróneos./ Por otro lado”, afirma que ha “tenido que abonar la cantidad de 9.605,52 € en concepto de gastos médicos (...) como consecuencia del negligente actuar de esa Administración”, reiterando que, a su juicio, ha existido un “error inicial en el diagnóstico y (...) retraso en el tratamiento”, el cual fue “tan inadecuado como ineficaz”. Recuerda que, pese a que en un momento se le comunicó el agotamiento de las posibilidades terapéuticas, “ello no era así, al haber ganado movilidad con la operación efectuada” en el mes de octubre de 2014.

Solicita una indemnización cuyo importe total asciende a ciento cincuenta mil euros (150.000 €), que desglosa en los conceptos de días hospitalarios e impeditivos, secuelas físicas y gastos médicos.

Adjunta copia de diversa documentación, entre la que se encuentra la relativa al proceso asistencial, tanto en centros públicos como privados, y las facturas correspondientes a la asistencia prestada en estos últimos.

2. Mediante oficio notificado a la interesada el 9 de marzo de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la interesada 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. El día 30 de marzo de 2015, el Gerente del Área Sanitaria VII envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una "copia de la historia clínica correspondiente a la asistencia prestada por este proceso".

Con fecha 29 de abril de 2015, le remite el informe elaborado por el Responsable del Servicio de Traumatología el 27 de marzo de 2015 "con una modificación que sustituye al enviado con anterioridad" -que no obra incorporado al expediente remitido a este Consejo-. En él se indica que la paciente fue vista en el Servicio por primera vez el día 17 de enero de 2013 a través del Servicio de Urgencias, cuando "aporta una resonancia efectuada en medios externos al hospital" en la que "se pone de manifiesto el arrancamiento de espina tibial anterior de rodilla derecha. Revisado el estudio radiográfico inicial" realizado en el Servicio de Urgencias el 23 de diciembre de 2012, "se comprueba la existencia del arrancamiento de la espina tibial, difícil de ver por la superposición ósea. Más fácil el apreciar dicha lesión después de haber realizado la resonancia./ Con el citado diagnóstico es ingresada en el Servicio para intervención quirúrgica que se programa para el día 22 de enero, tiene que posponerse la intervención por presentar una insuficiencia respiratoria de tipo asmático. Finalmente se realiza dicha intervención el día 24 de enero (...). Comienza tratamiento rehabilitador el día 25 de marzo./ En las revisiones posteriores se constata la consolidación de la fractura en su posición correcta pero evoluciona con una rigidez importante de la articulación". Tras dejar constancia de la artroscopia llevada a cabo el día 18 de julio de 2013, señala que "la paciente pierde paulatinamente flexión de la rodilla estancándose en 90º de flexión", y se realiza nueva intervención quirúrgica el

6 de noviembre de 2013 para la "extracción de material de síntesis y escisión de una calcificación del alerón rotuliano interno./ Se mantiene ingresada en el Servicio hasta el día 11 de noviembre (...), alcanzándose 117º de flexión", y se efectúa una resonancia de columna lumbar y rodilla por persistencia de dolores.

Precisa que "la paciente es evaluada en sesión clínica prácticamente antes de cada actuación quirúrgica. En la última intervención realizada se planteó la posibilidad de realizar una cuadriceplastia (intervención extraarticular muy cruenta con despegamiento de toda la musculatura del muslo)" y se informó a la paciente, "pero con más de 100º de flexión que presentaba nos pareció una actuación excesivamente agresiva y sin poder precisar la mejoría que se podría ganar, incluso existe la posibilidad cierta de un empeoramiento./ Es revisada en consulta el día 16 de febrero de 2015, donde se comprueba una leve mejoría de la movilidad, llegando casi a la extensión completa y menos rigidez de la rótula. No manifiesta haber sido intervenida./ Posteriormente acude a consulta (sin cita) el día 23 de febrero del mismo año (...) donde informa de la intervención realizada en (...) Madrid en octubre del año anterior y que sigue a control en el citado centro".

Afirma que "la paciente sufrió un grave traumatismo en la rodilla derecha desde el punto de vista funcional (...). La intervención realizada 30 días después del traumatismo, según nuestra opinión, no es la responsable de la rigidez de la rodilla, existen distintas escuelas traumatológicas con indicaciones distintas; en un caso se opta por intervenir de urgencia y en otros (por) demorar la intervención 3-4 semanas para que disminuya el edema y actuar en mejores condiciones (...). Pensamos que la rigidez que se ha producido es derivada del traumatismo inicial, muy severo para la articulación y la posibilidad de originarse rigideces y calcificaciones en toda intervención de una articulación, más en la rodilla como es este caso (...). Los posteriores tratamientos realizados son conforme a la *lex artis* en todo proceso de rigidez de una rodilla. En todas las intervenciones se ha tratado el caso, por su

evolución desfavorable, en sesión clínica, llegando a la indicación realizada de manera colegiada (...). En cuanto a la manifestación de que se habían agotado las posibilidades terapéuticas, ya expuse anteriormente que se le informó de la posibilidad de una cuadricepsplastia que finalmente no se realizó dado el rango de movilidad que presentaba (normalmente se realizan para rangos de movimiento muy por debajo de 90º) (...). De la información que aporta la paciente de la intervención realizada en (...) Madrid se desprende que se le practicó una artrolysis artroscópica, intervención similar a la realizada en este centro, y que según los datos que aporta la paciente prácticamente no se consiguió un aumento de la movilidad significativo, 5º, aunque refiere que disminuyeron los dolores; apreciación subjetiva que nos congratula (...). Se aporta copia del consentimiento informado inicial firmado por la paciente donde se subraya que una de las consecuencias del traumatismo sufrido puede ser la pérdida de movilidad de la articulación (...); complicación que desgraciadamente se ha producido en esta paciente”, y acompaña también “copia del consentimiento informado de la Sociedad Española de (Cirugía) Ortopédica y Traumatología donde se recoge la misma posibilidad”.

4. Con fecha 4 de mayo de 2015, la Médica Inspectora designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él afirma que “si bien el primer estudio radiológico que se le realizó a la paciente el 23-12-12 no fue correctamente informado (se apreciaba arrancamiento de la espina tibial y se informó como ‘no se aprecian fracturas’), lo cierto es que este tipo de fracturas son muy poco frecuentes y en ocasiones pasan desapercibidas inicialmente./ El abordaje” de las mismas “es variado, pudiendo optar por la intervención urgente o por demorar esta hasta que disminuya el edema, 3 ó 4 semanas./ En consecuencia, la rigidez pudo ser debida a la propia intervención, sin que los especialistas que la trataron consideren que la posible demora de la intervención pudiera ser la causa de esta rigidez./ Las intervenciones dirigidas a revertir esta rigidez no produjeron el efecto

esperado, desechando la realización de una cuadricepsplastia dada la movilidad superior a 90º que presentaba./ La paciente opta por intervenir en un centro privado, desconociéndose la situación actual funcional de la articulación”.

Concluye que “aunque el primer estudio radiológico que se le realizó no fue informado correctamente se adecuó a la *lex artis*, no considerando que la rigidez que presentaba tuviera como causa la demora del abordaje quirúrgico”.

5. Mediante oficios de 12 de mayo de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite una 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.

6. El día 29 de octubre de 2015, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia del expediente administrativo, al haberse interpuesto por la interesada recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Consta en aquel que se da cumplimiento a dicho requerimiento el 13 de noviembre de 2015.

7. Obra incorporado al expediente, asimismo, el informe emitido por dos especialistas, uno en Medicina Legal y Forense y otro en Cirugía Ortopédica y Traumatología el 1 de septiembre de 2015, a instancia de la entidad aseguradora. En él, tras realizar diversas “consideraciones” médicas respecto a las fracturas de meseta tibial y de espina tibial, se aborda el caso de la paciente, para cuyo análisis “se distinguen dos periodos bien definidos (...): desde que acude a Urgencias el mismo día de la caída” y “desde el momento del diagnóstico en adelante”. Señalan que la fractura tibial sufrida por la reclamante es “de las llamadas ‘articulares’”, precisando que “en lo referente

a la afectación del platillo tibial externo las indicaciones de tratamiento quirúrgico frente al conservador varían ampliamente según los traumatólogos. Y es que, dado el amplio abanico de posibles lesiones, no hay un único método que se recomiende en todos los casos. Como ya se ha expuesto, se han registrado buenos resultados con métodos tanto conservadores como quirúrgicos./ Sin embargo, en pacientes jóvenes suele indicarse cirugía, especialmente cuando hay además un desprendimiento completo de la espina tibial”, siendo la “reparación quirúrgica” el tratamiento por el que se opta para la paciente “desde el momento del diagnóstico (...); decisión adecuada y ajustada a la práctica médica habitual”, si bien “las complicaciones” en estos tratamientos quirúrgicos son “frecuentes”, así como “los síntomas residuales”, con independencia “del cuidado en la fijación o en la reducción de la fractura”. Entre ellas, destaca “la rigidez” que se produce en este caso, en el que la evolución fue desfavorable pese al inicio precoz “de la movilización articular y el tratamiento de rehabilitación”, y subrayan que figura recogida en el documento de consentimiento informado suscrito por la paciente.

También consideran adecuado el tratamiento que se realiza para la eliminación de la fibrosis, la artroscopia practicada el 18 de julio de 2013. No obstante, la evolución fue nuevamente “poco favorable”, procediéndose a efectuar una “nueva artrolisis” en el mes de noviembre de 2013. En esta segunda ocasión “solo se consigue en quirófano una movilidad de 100º que se atribuye a las posibles adherencias del cuádriceps./ En términos generales, cuando la rigidez de la rodilla es secundaria a la existencia de adherencias del cuádriceps estaría indicado hacer una cuadriceplastia. Así se lo plantea el equipo quirúrgico durante la intervención, según consta en la documentación remitida, pero decide posponer su realización para obtener previamente el consentimiento informado de la paciente. El aplazamiento de la liberación de las adherencias musculares resulta prudente, primero porque el paciente debía saber los detalles de la intervención y las posibles complicaciones y, segundo, porque el resultado no podía garantizarse (como por otro lado ocurre en toda

intervención médica)./ La paciente continúa en rehabilitación hasta el día 28 de febrero de 2014, que se da el alta por estabilización, habiéndose conseguido una extensión completa y una flexión de 117 grados./ En resumen, ante el diagnóstico radiológico de la lesión de la rodilla padecida (...) se ofrece en tiempo y forma el tratamiento quirúrgico y las medidas de rehabilitación apropiadas dirigidas a conseguir la recuperación anatómica y funcional de la articulación. Todo ello se realizó de forma rigurosamente ajustada a la *lex artis*. A pesar de ello, en la evolución se produce una rigidez importante que, como hemos visto, supone una complicación frecuente en estas fracturas, que la paciente conocía con carácter previo a la cirugía y que se abordó igualmente, como recomienda la práctica médica habitual”.

En cuanto a “la otra etapa del proceso asistencial (...), esto es, desde el día que acude a Urgencias a raíz de la caída de esquí, el 23 de diciembre de 2012, hasta el diagnóstico radiológico realizado por RMN el día 11 de enero de 2013”, indican que en la radiografía realizada en Urgencias, “y que fue informada como normal, se apreciaba la fractura de la espina tibial”, por lo que hubo un error en el diagnóstico. A pesar de ello, en el alta del día 23 de diciembre se le recomienda a la paciente que mantenga el vendaje “8-10 días, que acuda a control por parte de su médico de Atención Primaria y que en caso de empeoramiento vuelva a Urgencias”.

Destacan que la paciente no volvió a Urgencias ni solicitó valoración por su médico de cabecera hasta 17 días después de la caída, lo que resulta “difícil de explicar desde el punto de vista médico, especialmente si la evolución clínica desde el principio fue desfavorable”. Manifiestan que “cabría la posibilidad” de que la interesada hubiera decidido esperar a la finalización del periodo de 8 a 10 días de uso del vendaje, pero en ese supuesto “la primera cita con su médico habría sido entre el 31 de diciembre y el 2 de enero”. Ello les lleva a plantearse una “serie de interrogantes sobre la lesión inicial” y el “tiempo de 17 días” transcurrido entre aquella y la valoración por su médico de Atención Primaria, entre ellos que “se desconoce el grado de cumplimiento

del tratamiento prescrito y la evolución clínica en este tiempo". En todo caso, afirman que de los 19 días de retraso en el diagnóstico atribuyen solo "entre 8 y 10" al error diagnóstico inicial, subrayando que "el tratamiento prescrito es el mismo que se hubiera puesto en caso de optarse por tratamiento conservador, o incluso quirúrgico de haber sido diagnosticado" el día 23 de diciembre de 2012. Explican que "cuando no hay indicación de cirugía urgente, como es el caso, la intervención se realiza una vez se ha estudiado adecuadamente la lesión y planificado la intervención y ello puede suponer un aplazamiento de días o semanas".

Concluyen que, "dada la gravedad de la fractura de la rodilla (...), la rigidez posterior no puede en ningún caso considerarse secundaria a los 8-10 días de retraso terapéutico atribuibles al error diagnóstico inicial. Ni probablemente al tiempo total transcurrido desde que se produce la fractura hasta que finalmente se interviene. El déficit funcional residual debido a la rigidez articular debe considerarse una complicación de la propia fractura, posible e incluso frecuente en este tipo de lesiones, de la que la paciente fue informada y que se produjo en la evolución clínica a pesar de la actuación médica correcta".

8. Mediante oficio notificado a la reclamante el 19 de noviembre de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previa le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 24 del mismo mes, la interesada se persona en las dependencias administrativas para tomar vista del expediente acompañada de un letrado al que faculta, en comparecencia personal realizada en ese momento, para actuar en su representación.

El día 4 de diciembre de 2015, la reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que manifiesta que es un hecho incontrovertido el error

inicial de diagnóstico, considerando al respecto que debieron realizarse pruebas adicionales, como una resonancia, ante la sintomatología que mostraba

-“fuertes dolores (...), imposibilidad de estirar la pierna y el derrame que presentaba”-, así como una simple exploración clínica de la rodilla, que tampoco existió.

Discrepa a continuación de las conclusiones que los informes médicos alcanzan en relación con la falta de repercusión del retraso diagnóstico en las secuelas. En primer lugar, “porque no se (...) efectuaron todas las pruebas necesarias”, por lo que “es imposible conocer el real alcance de la lesión en el momento en que acudí al Servicio de Urgencias”; en segundo lugar, “porque todos los informes (...) concluyen que, independientemente de lo anterior, la lesión que sufrí era grave y, por tanto, requería una intervención urgente para reducir la fractura y proceder a una restitución *ad integrum*, lo que por el mal diagnóstico no se hizo, demorando mi intervención quirúrgica injustificadamente, lo que agravó mi estado”. En tercer lugar, porque (...) las conclusiones” de dichos informes “se desvirtúan por sí mismas, por cuanto el erróneo diagnóstico, en todo caso, me impidió conocer cuál hubiera sido la mejor opción terapéutica, por lo que he sufrido una evidente pérdida de oportunidad; mal puede concluirse, como se hace, que no tuvo incidencia el diagnóstico erróneo”, afirmando que se la privó “de conocer y elegir, tras ser informada por los facultativos”, la opción “que mejor pudiera convenir a mi situación, y ello sin perjuicio, reitero, de que la gravedad de mi lesión exigía mi urgente intervención quirúrgica, por lo que es evidente que no puede concluirse (...) que se eligió la mejor opción cuando es evidente que no había otra después de no haberme operado en el momento adecuado para ello”. En cuarto lugar, entiende que “no puede concluirse, como se hace, que la técnica quirúrgica a la que fui sometida era la más aconsejable, existiendo otras menos caducas (*sic*) que minimizan el riesgo de rigidez en la rodilla y, en definitiva, las secuelas que padezco, por ejemplo una cirugía artroscópica con

fijación con tornillo Herbert acompañada de una artrolosis y una movilización pasiva, por lo que si las secuelas que padezco, como se razona, son consecuencia de la técnica elegida, es evidente el nexo causal, por cuanto existían otras técnicas quirúrgicas que minimizaban dichos riesgos que ni siquiera fueron sometidas a mi consideración". Y en "quinto" lugar, señala que "las posteriores intervenciones practicadas, así como la rehabilitación, han sido totalmente ineficientes, dándome el alta con un flexo de 10º y flexión de rodilla de 70º cuando también se ha acreditado que existía un tratamiento, que no me fue ofrecido, y que a mi costa, recibí en la clínica (privada) que mejoró mi movilidad. En este punto es preciso evidenciar que en los informes que obran en el expediente administrativo se refleja que la posterior intervención a la que fui sometida y el tratamiento rehabilitador prescrito fue adecuado y agotó todas las soluciones terapéuticas, informando que la intervención y rehabilitación a la que me sometí en la citada clínica (...) de Madrid no mejoró sustancialmente la movilidad. Pues bien, a este respecto manifestar que se reconoce una mejoría de la movilidad, lo que de por sí ya justifica que se me hubieran ofrecido los tratamientos que recibí en dicha clínica, además de haberse mitigado los dolores que padecía; por lo tanto, es evidente que cuando recibí el alta tanto en el Servicio de Traumatología como en el de Rehabilitación no se habían agotado todas las soluciones terapéuticas, más allá de ser sometida a una cuadricepsplastia que los propios facultativos que me atendieron desaconsejaron, tal y como se refleja en los informes aportados al expediente administrativo".

Concluye que "es evidente la relación de causalidad entre el error en el diagnóstico y la tardanza en la intervención quirúrgica con las secuelas que padezco", y comunica la ampliación de la cuantía indemnizatoria solicitada en 2.380 €, correspondientes a "gastos médicos" posteriores a la fecha de presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

9. El día 14 de diciembre de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, basándose en los informes emitidos durante la tramitación del procedimiento.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de enero de 2016, 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 Sanidad, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 26 de febrero de 2015, constando en el expediente que la interesada obtuvo el alta en el Servicio de Rehabilitación el día 28 de febrero de 2014, por lo que, independientemente de la existencia de una cuarta intervención llevaba a cabo en el mes de octubre de 2014 en un centro privado, 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.

No obstante, advertimos que no se ha solicitado informe al Servicio al que se atribuye el error de diagnóstico -el de Urgencias-, al que la reclamante imputa también una inadecuada atención a la sintomatología que presentaba. Pese a esta omisión, entendemos que los informes incorporados al expediente abordan de forma suficiente las cuestiones planteadas, y que disponemos de los elementos de juicio necesarios para analizar la reclamación formulada, por lo que, en atención a los principios de economía y eficacia procesal, no resulta procedente la retroacción de actuaciones para la emisión de aquel.

Asimismo, 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.

Sin embargo, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en

los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

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

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

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

funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- La reclamante solicita una indemnización por los daños que atribuye al incorrecto diagnóstico emitido por el servicio público sanitario.

Consta en el expediente la existencia de un diagnóstico erróneo, consistente en la falta de apreciación en la radiografía realizada en el Servicio de Urgencias de un hospital público de la fractura de rodilla que sufría en ese momento la paciente. Resulta igualmente acreditado que el diagnóstico correcto se alcanzó a través de una prueba de imagen realizada en un centro sanitario privado. Debemos considerar, por tanto, la existencia de daños y perjuicios ciertos, pues la afectada presenta secuelas de dicha lesión y ha probado haber desembolsado el importe de la atención sanitaria privada recibida.

En relación con esta última cuestión, venimos afirmando reiteradamente (por todos, Dictamen Núm. 273/2012) la necesidad de distinguir entre el ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en supuestos de atenciones dispensadas fuera del Sistema Nacional de Salud y el de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Respecto a la primera, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización, determina, en su artículo 4.3, las condiciones para que sea exigible el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados "fuera del Sistema Nacional de Salud", disponiendo que el mismo solo resulta procedente en "casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital", y "una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción".

En el asunto examinado, la interesada ha calificado expresamente su solicitud como reclamación de "responsabilidad patrimonial por daños", y en ella persigue, de forma conjunta, el resarcimiento de los daños físicos derivados de las secuelas que presenta y el daño causado en forma de quebranto económico como consecuencia de la necesidad de recurrir a la asistencia privada. En consecuencia, la Administración califica y tramita la solicitud como una reclamación de responsabilidad patrimonial. En efecto, analizado el expediente constatamos que la asistencia privada que recibió la perjudicada en momentos distintos (antes del diagnóstico y después de la tercera intervención) no se produce en el contexto de una amenaza vital urgente que no pudiera ser resuelta por la sanidad pública, sino que fue debida, inicialmente, a que el servicio público sanitario le ofrecía un tiempo de espera que resultaba a su juicio excesivo y, después (tras la última intervención llevada a cabo en la sanidad pública), por la búsqueda de "una segunda opinión médica", por lo que nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial comprensiva del importe de los gastos sanitarios en los que haya incurrido a consecuencia de ello, si bien la misma ha de estar sujeta a idénticos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole. Consecuentemente, debemos determinar si nos hallamos ante un daño real, efectivo, evaluable económicamente y antijurídico -en definitiva, un daño que no tenga la obligación de soportar-, y si ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario.

Tal y como hemos señalado, no ofrece duda la efectividad del daño sufrido.

Ahora bien, 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, 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 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 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 -aunque no siempre pueda garantizarse que este sea exacto- 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, en relación con los síntomas presentados, 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 ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar los hechos en los que funda su pretensión, así como de probar 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.

Pese a la naturaleza señaladamente técnico-médica de las imputaciones que sostiene, y a que incumbe a quien reclama la prueba de las mismas, la perjudicada no ha desarrollado en vía administrativa ninguna actividad probatoria en relación con la supuesta infracción de la *lex artis* por los profesionales del servicio público sanitario en el proceso asistencial seguido. Por ello, este Consejo ha de formar su juicio al respecto de la posible existencia de una infracción de la *lex artis* y de su relación causal con los daños que se alegan sobre la base de la documentación que obra en el expediente.

Todos ellos coinciden en que las secuelas padecidas no derivan del reconocido error diagnóstico, sino de la gravedad de la lesión sufrida y de los propios riesgos asociados a su tratamiento, pues constituyen complicaciones características de las cirugías practicadas. Destacan que la "pérdida de movilidad" figura en el documento de consentimiento informado suscrito por la

reclamante con anterioridad a la operación como una de las posibles complicaciones. Entre ellas se encuentran además las de “acortamiento del miembro y/o mal rotación del mismo” y la necesidad de reintervención “para extraer el material colocado en la primera” (si bien al “año de la intervención”).

Por su parte, la reclamante, tras afirmar en su escrito inicial que el error de diagnóstico originó un “retraso en la aplicación de los tratamientos” del que derivan las secuelas, concreta sus reproches en las alegaciones formuladas con ocasión del trámite de audiencia y a la vista de los informes suscritos por los especialistas e incorporados al expediente. Procede entonces analizar uno a uno los cinco argumentos en los que desglosa su imputación.

En primer lugar, señala que no se le realizaron las pruebas necesarias en el Servicio de Urgencias, así como la falta de atención a la sintomatología que presentaba. Al respecto, ya hemos puesto de manifiesto la ausencia de informe de dicho Servicio, y advertimos también la falta de pronunciamiento específico en este punto por parte de los emitidos durante la instrucción del procedimiento. En todo caso, el informe del Servicio de Traumatología constata que, “revisado el estudio radiográfico inicial”, el “arrancamiento de la espina tibial” era “difícil de ver” pero apreciable. Por tanto, y al margen de que la resonancia permita un mejor diagnóstico de la fractura, lo cierto es que la prueba realizada ya posibilitaba su detección, y lo que existió fue un error en su interpretación.

En segundo lugar, declara que “todos los informes (...) concluyen” la gravedad de la lesión y, “por tanto, requería una intervención urgente”; aseveración que no encuentra respaldo en aquellos. Al contrario, los especialistas son unánimes al advertir que ante el traumatismo cabe la cirugía de urgencia o la demora para actuar “en mejores condiciones” una vez disminuido el edema (informe del Servicio de Traumatología). De forma más detallada, los facultativos que informan a instancia de la compañía aseguradora explican que “en ausencia de lesión neurovascular o síndrome

compartimental”, en los que sí se “requiere cirugía urgente”, lo que no era el caso, “el momento de la intervención es variable y depende primordialmente” de diversos factores que, en resumen, implican el estudio adecuado de la lesión y la planificación de la operación. De hecho, entre el momento en que el diagnóstico es conocido en el servicio público sanitario -17 de enero de 2013- y se practica aquella -24 de enero de 2013- transcurre una semana, y en ese periodo se abordó el caso en sesión clínica y se realizaron “las pruebas preoperatorias oportunas”.

A pesar de que -como acabamos de ver- la reclamante considera que debió realizarse la intervención el mismo día de la fractura, y con carácter urgente, en sus alegaciones señala haber sufrido la pérdida de oportunidad de elegir otro tratamiento quirúrgico. Cita a título de ejemplo una técnica concreta que, según su razonamiento, implicaría, pese a la urgencia de la cirugía, que pudiera “conocer y elegir, tras ser informada por los facultativos”. Sin prejuzgar la viabilidad de tal demanda, lo cierto es que la falta de justificación médica de la posibilidad planteada impide compartir este argumento.

En último lugar, la interesada destaca que aunque el Servicio interviniente le informó de la posibilidad de realizar una cuadriceplastia (desaconsejada por su agresividad), al recabar una segunda opinión médica se le recomendó la realización de una artroplastia, lo que ha supuesto una mejora en su movilidad. Sin embargo, los especialistas coinciden en que tal mejoría no es sustancial, y subrayan que la intervención que se llevó a cabo de forma privada ya se había realizado en la sanidad pública. Por otra parte, la propia especialista privada encargada de la operación advierte que “la fisioterapia posterior es fundamental”. De ello parece deducirse que la ligera mejoría no sería atribuible en exclusiva a la última intervención, y, en todo caso, no consta que la reclamante consultara la posibilidad de llevar a cabo una nueva artroplastia con el equipo que la venía tratando una vez recomendada la misma por un centro privado. Es más, no comunicó al Servicio de Traumatología la

realización de esta última intervención en la revisión posterior; actitud que no resulta comprensible. Por otra parte, tampoco se desprende de la historia clínica que el Servicio de Traumatología le informara del agotamiento de las opciones terapéuticas en la sanidad pública, en el sentido de haberle transmitido que no se le ofrecía ninguna otra alternativa. Lo que consta es que se contempló la cuadriceplastia en el marco de la tercera intervención y a la vista de los hallazgos de la misma. Al respecto, el informe emitido por los especialistas a instancia de la compañía aseguradora afirma tanto su indicación como la prudencia de su aplazamiento. Entendemos, por tanto, que la decisión de recurrir a la medicina privada para someterse a una cuarta intervención es una decisión libre de la paciente, pero no originada por infracción alguna de la *lex artis* por parte de los profesionales sanitarios que la atendían.

En suma, consideramos que no cabe atribuir al error diagnóstico la tórpida evolución de la paciente, sin que se haya probado que el retraso en el tratamiento quirúrgico (cuya decisión fue adoptada en el plazo de tres semanas posterior a la fractura) ha influido médicamente en las secuelas que alega la reclamante, y que, por otra parte, constituyen una complicación reflejada en el documento de consentimiento informado suscrito antes de la primera intervención.

No obstante, debe tenerse en cuenta que en su escrito inicial la interesada alude también a que “el erróneo diagnóstico inicial” determinó “la inadecuación del tratamiento prescrito” en el Servicio de Urgencias, que era “inadecuado e insuficiente” para su lesión, por lo que debemos analizar tal extremo.

Al respecto, observamos una evidente diferencia en las “recomendaciones” prescritas al alta los días 23 de diciembre de 2012 (folio 127) y 18 de enero de 2013 (folio 128). En las primeras, y ante el diagnóstico de “gonalgia protraumática”, se indica como tratamiento “reposo del miembro./ Vendaje compresivo de tipo funcional 8-10 días./ Ibuprofeno”. En

las segundas, una vez establecido el diagnóstico de “arrancamiento de la espina tibial anterior dcha. de 3” semanas de evolución, se prescribe “férula posterior + pierna elevada, mover tobillo y dedos activamente./ Caminar con ayuda de dos bastones ingleses en carga parcial de la extremidad./ Clexane 40 mg (...). Analgesia habitual”. Si bien en el informe emitido por los especialistas de la compañía aseguradora se indica sucintamente, en una nota al pie, que el tratamiento es “el mismo” en ambas ocasiones, no podemos compartir tal afirmación, pues aunque en ambos exista inmovilización no son idénticos y, en buena lógica, la diferente entidad de la patología diagnosticada en cada caso justifica la necesaria diferencia en el tratamiento.

Ninguno de los informes aborda de forma específica la relevancia del tratamiento en el periodo anterior a la intervención quirúrgica no urgente de una fractura, pero de sus aseveraciones se deduce que presenta cierta importancia. Así, el propio informe del Servicio de Traumatología advierte que la demora en la intervención permite “actuar en mejores condiciones”, y entendemos que el estado óptimo de un paciente para afrontar una operación como la llevada a cabo comprende, sin lugar a dudas, el seguimiento de las prescripciones médicas señaladas al efecto; opción que la paciente no tuvo en este caso. A su vez, el informe elaborado por los especialistas a instancia de la compañía aseguradora formula una “serie de interrogantes sobre la lesión inicial”, mencionando como factor relevante el desconocimiento del “grado de cumplimiento del tratamiento prescrito y la evolución clínica en ese tiempo”, en referencia a los “17 días desde la asistencia en Urgencias hasta la primera valoración” por su médico de Atención Primaria. De ello cabe inferir que ese periodo presenta cierta relevancia, si bien su incidencia en la evolución de la lesión tampoco se halla descrita.

Lo anterior nos lleva a concluir que la actuación médica inadecuada consistente en la errónea interpretación de la prueba de imagen realizada en el Servicio de Urgencias generó, a juicio de este Consejo Consultivo, una pérdida de oportunidad terapéutica que privó a la paciente de la posibilidad de

beneficiarse de un tratamiento más precoz y probablemente más eficaz del traumatismo, estrictamente en lo relativo al intervalo precedente a la intervención.

Por otra parte, resulta acreditado que el correcto diagnóstico requirió la realización de una prueba privada cuyo coste asumió la paciente, generando, por tanto, un perjuicio patrimonial por el que, como hemos señalado, también reclama.

La Administración reconoce su existencia, y la reclamante explica que tras acudir a su médico de cabecera y exponer la persistencia del dolor este solicitó consulta con carácter preferente al Servicio de Traumatología que se cursó el día 9 de enero de 2013, programándose la misma para el 30 de abril de ese año. Alega que sufría “fuertes dolores (...) que ni cedían ni se aliviaban con la medicación prescrita”, impidiéndole realizar “los actos más básicos” de su vida cotidiana, siéndole “inasumible” la espera hasta la fecha de la cita.

Hemos de comenzar por recordar que, tal y como manifestamos en nuestro Dictamen Núm. 56/2013, en supuestos similares al que nos ocupa los tribunales de justicia acuden al concepto de “pérdida de confianza” en el sistema público para justificar, analizando caso a caso, el hecho de que un paciente acuda a un servicio sanitario privado y pueda obtener, vía responsabilidad patrimonial de la Administración, el resarcimiento de los gastos generados. Se trata de supuestos donde se advierte una inactividad de la Administración sanitaria durante un largo periodo de tiempo o en los que, en cualquier caso, se ha producido un sensible empeoramiento de la salud del enfermo sin que la sanidad pública haya sido capaz de dar respuesta satisfactoria a tal deterioro; situaciones que justificarían la pérdida de confianza del paciente en los médicos del servicio público.

A la vista de lo expuesto, y con carácter previo al enjuiciamiento del asunto concreto, resulta preciso que establezcamos un parámetro de control objetivo que permita analizar la apelación a una pérdida de confianza legítima en el sistema público para abandonarlo optando por uno privado. Para ello

hemos de partir de la consideración de que la mera convicción subjetiva del paciente no basta para justificar jurídicamente el resarcimiento de los gastos privados, sino que han de darse también circunstancias objetivas susceptibles de verificación.

En línea de principio, desde que un paciente "entra en el sistema" público queda sometido a las decisiones de orden terapéutico del equipo médico asignado, quien asume la responsabilidad de esas decisiones, y en su nombre la Administración pública prestadora del servicio. No obstante, resulta indudable que aquel puede abandonar el "sistema" en cualquier momento y acudir a la medicina privada, y en ese caso asume las consecuencias del ejercicio de su libre elección; entre otras, las pecuniarias que corresponden a su coste. Ahora bien, el abandono de un proceso sanitario concreto en el que se está incurrido podría estar justificado en determinados supuestos en una "desconfianza legítima" en la labor de unos profesionales del servicio público, aunque esa percepción no puede implicar de modo automático que comprende una pérdida de confianza en el sistema en su conjunto. A nuestro juicio, para que un paciente que abandone la sanidad pública pueda repercutir a título de responsabilidad patrimonial los gastos abonados en la sanidad privada es necesario que concurren, además de las de carácter general -daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica, nexo causal y carácter antijurídico de la lesión-, determinadas circunstancias de carácter objetivo y subjetivo.

En primer lugar, desde el punto de vista objetivo, ha de constatarse la existencia de una infracción trascendente de la *lex artis* en el proceso diagnóstico o asistencial que justifique objetivamente esa pérdida de confianza, y ha de quedar igualmente acreditado que esa infracción de la *lex artis* es susceptible de producir un daño cierto en la salud del paciente, en sus posibilidades de curación o en su esperanza de vida, para lo cual hemos de efectuar un juicio de regreso sobre la entidad de la patología finalmente diagnosticada. Por ello, y desde esta perspectiva, no encontraríamos

justificada la reparación del desembolso generado en supuestos de causación de meras molestias o incomodidades en el curso de la atención de patologías comunes, no graves, que los pacientes del servicio público vendrían obligados a soportar.

De otra parte, desde el punto de vista subjetivo, ha de apreciarse que el paciente actúa de buena fe, ejerciendo una opción condicionada por las circunstancias del caso, sin que se perciba un ánimo premeditado de abandonar el servicio público invocando la desconfianza como pretexto para endosar el coste de su libre elección a la Administración pública y justificar la exigencia posterior de una reparación del daño patrimonial sufrido. Y para ello hemos de valorar si la desconfianza generada pudo haber sido resuelta en el seno del propio servicio público por los cauces habituales; juicio en el que constituye un indicio el hecho de si el paciente, por ejemplo, conocida la necesidad de una prueba diagnóstica o de una cirugía, abandona de modo inmediato el sistema público para realizar dichas prácticas en la medicina privada sin dar la menor oportunidad a aquel de efectuarlas, o el de constatar si se recurrió a la exigencia de una segunda opinión médica, aunque esta última ponderación no puede conducirnos, en el límite, a la paradoja de exigir a quien ha ido perdiendo paulatinamente la confianza que persista indefinidamente en su empeño.

Aplicado lo anterior al caso que nos ocupa, resulta constatado que la fractura existía ya en la radiografía realizada el día de la caída pero que no fue detectada. Tampoco ofrece duda la persistencia del dolor y las molestias que motivaron la derivación al servicio especializado, y que, pese al carácter preferente de la solicitud, la consulta no se programó hasta el día 30 de abril. En este contexto, entendemos que la decisión de la paciente de someterse a una nueva y distinta prueba de imagen, a la luz de la cual se alcanzó de forma definitiva el diagnóstico, se encuentra justificada, resultando entonces que la detección de la fractura requirió la intervención de medios privados. Por ello, consideramos indemnizable el daño asociado al erróneo diagnóstico que

determinó la necesidad de acudir a medios alternativos para una correcta detección; concepto que ha de añadirse a la pérdida de oportunidad derivada de la falta de instauración de un tratamiento adecuado a la existencia de la fractura con anterioridad a la intervención quirúrgica.

SÉPTIMA.- De acuerdo con lo expuesto y con la documentación presentada por la interesada, que incluye dentro de la cuantía solicitada “gastos médicos” entre los que se encuentran los correspondientes a la realización de la resonancia el día 11 de enero de 2013, cuya factura asciende a 190 €, consideramos que este gasto resulta indemnizable y que está debidamente justificado.

En cuanto a la pérdida de oportunidad asociada a la falta de seguimiento del tratamiento adecuado a la fractura antes de su intervención, no hay ninguna referencia en el procedimiento a las posibilidades de recuperación perdidas, y no se ha realizado ningún acto de instrucción tendente a valorar la incidencia que tal circunstancia tuvo en el estado de la paciente en orden a afrontar la necesaria operación.

Este Consejo carece de elementos de juicio para precisar el importe de la indemnización correspondiente a dicho concepto, si bien tampoco desconoce la dificultad que entraña su cuantificación, dado que se circunscribe a un periodo de tiempo muy concreto. En consecuencia, corresponde a la Administración autonómica, a través de los actos de instrucción que considere necesarios para la comprobación del citado extremo, fijar la cuantía de la indemnización total que ha de abonar a la perjudicada. Para el cálculo de la misma parece apropiado valerse del baremo establecido al efecto en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), en sus cuantías actualizadas, aprobadas por Resolución de 5 de marzo de 2014 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que, si bien no es de aplicación obligatoria, viene siendo generalmente

utilizado, con carácter subsidiario, a falta de otros criterios objetivos, y que, aunque está formalmente derogado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de Circulación, sigue siendo el aplicable, según determina su disposición transitoria, a los accidentes ocurridos con anterioridad al 1 de enero de 2016.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos anteriormente señalados.”

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.