

Expediente Núm. 39/2016
Dictamen Núm. 85/2016

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José 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 7 de abril de 2016, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 1 de febrero de 2016 -registrada de entrada el día 5 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la asistencia sanitaria prestada por el servicio público de salud y una mutua de accidentes de trabajo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 26 de diciembre de 2014, el interesado presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial -frente al Servicio de Salud del Principado de Asturias y a una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social- por los daños sufridos como consecuencia de un “error de diagnóstico y tratamiento”. En el citado

escrito consta un registro de entrada en la Administración del Principado de Asturias el día 9 de enero de 2015.

Expone que el 29 de julio de 2013 sufre “un accidente de trabajo cuando, al bajar de un camión, pisó mal, sintió que se le trababa el pie derecho y pisó con dicho pie retorcido”. Ese mismo día acude al Servicio de Urgencias del Hospital donde, “tras la exploración física realizada y (la) Rx tobillo se informa (...) que no padece lesiones óseas agudas”, estableciéndose como impresión diagnóstica “esguince de tobillo” y prescribiéndosele “férula de yeso, hielo local, analgesia habitual (...) y control por su traumatólogo de la mutua mañana para valorar seguimiento y tratamiento”.

Manifiesta que “en la mutua (...) se insiste en su juicio diagnóstico, así como en el tratamiento, mencionando que porta férula bien conservada y no le practica prueba complementaria alguna habida cuenta su ya realización en el Hospital”. Explica que “se le retira la férula de yeso el día 7 de agosto de 2013 en el centro asistencial de (la mutua) de Avilés, le colocaron media elástica de compresión normal, pautándole seguir sin apoyo y deambulación con dos bastones”.

Señala que, según consta en el informe emitido el día 8 de agosto de 2013 por una “médico responsable (...) del centro asistencial de Gijón de los servicios médicos” de la mutua, a la exploración física presenta “inflamación importante bimalleolar y en dorso del pie, con limitación de la movilidad en todos los arcos del movimiento. Hematoma en cara interna de 1/3 inferior de la pierna, ambos bordes del pie que llega hasta los dedos y en zona interna de la planta del pie”. Refiere que inicia “tratamiento rehabilitador el día 12 de agosto de 2013 (...), si bien inicialmente con mala evolución y aumento de dolor, hematomas e inflamación”, y precisa que “ante la mala evolución se solicita a través del Servicio de Traumatología de (la mutua) estudio RM tobillo, realizada el día 26 de septiembre de 2013 (...), visualizando fractura de calcáneo con edema de sus fragmentos, no consolidada, asociándose a edema óseo en astrágalo y tenosinovitis del tibial posterior y flexor del primer dedo./

Posteriormente se solicita estudio de TAC calcáneo derecho, que se realiza (...) el 1 de octubre de 2013, apreciándose fractura compleja del calcáneo (...), apareciendo la fractura parcialmente consolidada, con presencia de pequeños fragmentos óseos en los planos blandos, situados inmediatamente por detrás del astrágalo y por encima del talón; discreta osteoporosis difusa y moderado edema de los planos blandos del tobillo y pie”.

Reseña que “se realiza nuevo estudio de RM de tobillo el día 15 de noviembre de 2013 (...), observándose fractura del calcáneo con persistencia de un importante edema óseo que afecta levemente al astrágalo”, y que el día 20 del mismo mes se practica un “TAC calcáneo (...), visualizándose pseudoartrosis de la fractura compleja con varios trazos que afecta al calcáneo y que ha provocado pérdida de altura de articulación subastragalina posterior en su vertiente lateral de 4 mm, con irregularidad de los bordes articulares; pequeño fragmento óseo adyacente a la región más superior y posterior del mismo de 4 mm y osteopenia difusa del calcáneo”. Finalmente, aclara que continua “con tratamiento rehabilitador diario en el centro asistencial de su mutua laboral en Gijón hasta el día 26 de diciembre de 2013 (...). En esa fecha fue alta por curación”.

Añade que “no obstante el alta médica por curación”, se sometió a “revisiones con posterioridad (...) por su mutua” y por un especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología “adscrito” a una clínica médica privada. Subraya que el citado especialista informa, el 26 de febrero de 2014, que “se trata de un paciente que a consecuencia de una caída de altura sufrió una fractura del calcáneo que afecta al cuerpo y presenta un hundimiento del hueso en la zona donde articula con el astrágalo. El diagnóstico inicial no acertado, el subsiguiente manejo inadecuado de la fractura y el retraso en conseguir un diagnóstico definitivo han facilitado que la fractura se haya impactado, produciendo un hundimiento con deformidad en la articulación subastragalina que condiciona un valgo del retropié (...). Dado el tiempo transcurrido no se considera que exista una indicación quirúrgica curativa de la fractura. La opción

quirúrgica se tendría en cuenta únicamente como alternativa paliativa para aliviar el dolor en caso de aparición de artrosis de la articulación subastragalina y consistiría en anular la movilidad a dicho nivel mediante una artrodesis”.

Indica que además consultó con un especialista en Valoración del Daño Corporal e Incapacidades Laborales, que informa que “el diagnóstico inicial es desacertado, el tratamiento realizado en los 2 primeros meses produce impactación de la fractura del calcáneo y consiguientemente hundimiento con deformidad de articulación subastragalina y valgo de retropié; retraso en la evolución de la fractura y consecuentemente las secuelas descritas”, concluyendo que “el nexo de causalidad para dichas secuelas (...) es (...) cierto porque las lesiones del accidente no son acertadamente diagnosticadas”.

Pone de relieve que sufre un “dolor constante en el pie accidentado, rigidez, inflamación, inestabilidad, cojera y dificultad para la deambulación y bipedestación”, y considera que “se dan todos los requisitos” para “declarar la responsabilidad patrimonial de esa Administración, habida cuenta el incorrecto diagnóstico realizado en el Hospital cuando el reclamante acudió tras el accidente”. Entiende que “ha quedado sobradamente acreditada la existencia de un daño real y efectivo originado por una conducta negligente de ese organismo a través del Hospital (...), cual es el error de diagnóstico o el establecimiento ante un accidente de un diagnóstico no acertado”.

Valora el daño sufrido en cuarenta mil trescientos treinta y cuatro euros con ochenta céntimos (40.334,80 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 151 días impeditivos, 8.794,24 €; 23 puntos de secuelas, 25.339,79 €; un 10% de factor de corrección, 2.533,97 €, y “un 10% (de) afección”, 3.666,80 €, y solicita una indemnización por ese importe, más “los intereses legales devengados desde la fecha de la presente reclamación”.

2. El día 13 de enero de 2015, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias traslada la reclamación al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios. En el

citado escrito consta un registro de salida de la Administración del Principado de Asturias de fecha 14 de enero de 2015 y un registro de entrada en la misma Administración el día 19 del mismo mes.

3. Mediante escrito notificado al interesado el 5 de febrero de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario le comunica la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias -19 de enero de 2015-, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. El día 3 de febrero de 2015, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado para elaborar el informe técnico de evaluación solicita a la Gerencia del Área Sanitaria III una copia de la historia clínica del perjudicado y “un informe del Servicio interviniente (Urgencias)”.

5. Mediante oficio de 16 de febrero de 2015, el Director Económico y de Recursos Humanos de la Gerencia del Área Sanitaria III remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica del perjudicado y el informe elaborado por el Jefe de la Unidad de Urgencias del Hospital

En el informe, carente de fecha, consta que “el paciente llegó a Urgencias el día 29 de julio de 2013 a la 01:56 horas, y fue atendido por la médica residente de Urgencias a las 02:03 h. Tras la oportuna anamnesis y exploración se practicaron radiografías de la zona lesionada, no objetivando fracturas. A pesar de todo, se cursó una interconsulta urgente al traumatólogo de guardia que tampoco objetivó lesiones óseas./ El tratamiento urgente prescrito en Urgencias con inmovilización de la articulación y descarga y revisión al día siguiente en su mutua estimamos que fue el correcto, independientemente de que no fuera advertida la fractura ósea./ Estimamos

que el manejo de la situación en Urgencias fue el adecuado, a la vista de los hallazgos evidenciados en esa consulta”.

6. El día 1 de junio de 2015, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él manifiesta que “el reclamante acude en la madrugada del 29-7-2013 al Servicio de Urgencias” del Hospital por “dolor en tobillo derecho tras torsión y tropezar en el escalón de un camión y saltar al suelo con el tobillo torsionado”. La exploración física mostró “edema bimalleolar con dolor a la palpación en ambos maleolos. Flexión dorsal limitada por dolor. Flexión plantar limitada en menor medida por dolor. Ambas rotaciones limitadas por dolor. No equimosis”. Por su parte, la radiografía no mostró “lesiones óseas agudas”. Además, “se solicitó interconsulta con el traumatólogo de guardia que confirmó el diagnóstico de esguince de tobillo. Se le colocó una férula de yeso y control por el traumatólogo de la mutua al día siguiente. Tras esta asistencia en el Servicio de Urgencias el reclamante no volvió a ser atendido por el servicio público sanitario por este motivo, quedando a cargo de su mutua”.

Explica que el perjudicado basa su solicitud de indemnización en que el “error diagnóstico” del Hospital, “al no detectar la existencia de una fractura de calcáneo (...), produjo un supuesto error en el tratamiento de la misma y (...) las secuelas que alega”.

Considera que “el hecho de no apreciarse la fractura no invalida el tratamiento efectuado, ya que la férula de yeso es el tratamiento adecuado tanto para el esguince de tobillo como para la fractura de calcáneo. Por otra parte, el interesado solo fue atendido una vez por el servicio público sanitario, desconociéndose la asistencia prestada posteriormente”.

Añade que “la reclamación estaría prescrita (...), ya que el reclamante en su escrito manifiesta que realizó tratamiento rehabilitador hasta el 26-12-2013, fecha en que fue dado de alta por curación, y la reclamación fue presentada el 9-1-2015”.

Concluye que la asistencia prestada por el Hospital “no ha tenido ninguna relación con las secuelas alegadas por el reclamante”, por lo que “la reclamación debe ser desestimada”.

7. Mediante escritos de 9 de junio 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.

8. El día 16 de julio de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas, atendiendo a la solicitud formulada por la compañía aseguradora, requiere a la Gerencia del Área Sanitaria III una copia de “las radiografías efectuadas al paciente”.

Dicha copia se envía al Servicio solicitante mediante escrito del Director Económico y de Recursos Humanos del Área Sanitaria III de 28 de julio de 2015.

9. Con fecha 26 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 recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

10. El día 30 de septiembre de 2015, a instancia de la entidad aseguradora, emite informe un especialista en Psiquiatría Forense. En él explica que “las fracturas de calcáneo se producen (...) por caídas desde escasa altura (1 - 1,5 m), en otras ocasiones por impacto directo sobre el talón (...). Los esguinces de tobillo (...) se producen por un mecanismo de inversión (torcedura del pie hacia dentro) o, menos frecuentemente, de eversión durante alguna práctica deportiva (...), o bien al ir caminando como consecuencia de pisar alguna

irregularidad del piso o resbalarse en suelo húmedo, etc./ Con relativa frecuencia ambos mecanismos van asociados”.

Señala que “en el caso que nos ocupa el mecanismo lesional fue un mecanismo combinado de caída de escasa altura (mecanismo típico productor de fractura de calcáneo) más ‘torcedura’ de tobillo; mecanismo típico productor de un esguince./ En la primera asistencia en Urgencias del H. no se diagnosticó la fractura de calcáneo, diagnosticando tan solo el esguince, que seguro también padecía y que, estadísticamente, es mucho más frecuente que la fractura de calcáneo./ Habiendo visto claro desde el punto de vista clínico el esguince de tobillo, seguro que la atención se centró en descartar fracturas a nivel del tobillo./ Aun así, el tratamiento realizado en Urgencias fue del todo correcto (téngase en cuenta que los diagnósticos efectuados en los Servicios de Urgencias pocas veces son definitivos o absolutamente acertados, debiendo ser corroborados por el especialista correspondiente durante el seguimiento del paciente)./ Al paciente se le colocó una férula de escayola, indicándole no apoyar y control por su mutua al día siguiente. Correcto. Incluso en el caso de haber diagnosticado la fractura de calcáneo, seguro que se hubiera procedido de idéntica forma”.

11. También a petición de la entidad aseguradora, el día 11 de noviembre de 2015 emite informe un gabinete jurídico privado. En él se concluye que “la actuación del equipo médico del Servicio de Salud del Principado de Asturias ha sido conforme a la *lex artis*, ya que se realizaron las pruebas protocolizadas dentro de una situación de urgencias, llegándose a una impresión diagnóstica adecuada a la misma, pero que tenía que ser confirmada por el traumatólogo al día siguiente. Además, el tratamiento pautado era válido tanto para un esguince como para una fractura de calcáneo”.

Se añade que “el paciente abandonó voluntariamente el tratamiento al no acudir posteriormente al traumatólogo, por lo que se ha producido una

interrupción del nexo de causalidad entre la actuación médica y los daños que se reclaman”, y entiende que “la reclamación se encuentra prescrita”.

Por ello, considera que “procede rechazar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada”.

12. El Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas, mediante escrito de 13 de noviembre de 2015, se dirige a la mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social afectada a efectos de concederle “un plazo de 10 días para efectuar las alegaciones que estimen pertinentes”, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.3 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial.

13. El día 3 de diciembre de 2015, un representante de la mutua presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que señala que “las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (...) son asociaciones de empresarios de naturaleza privada”, y que, “como tales, no les corresponde trámite de ningún expediente de los regulados en el Real Decreto 429/1993”.

Añade que “esta entidad (...), respecto de lo solicitado por (el reclamante) ya se posicionó y consta en las actuaciones judiciales seguidas, por lo que, respecto de la actuación de la mutua, entendemos que la Consejería carecería de competencia para dictar resoluciones”.

14. Mediante escrito notificado al interesado el 16 de diciembre de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas 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.

15. Con fecha 29 de diciembre de 2015, el perjudicado presenta en una oficina de correos un escrito en el que manifiesta que, a la vista del trámite de audiencia concedido, “no cabe sino alegar y poner en conocimiento de ese organismo que (...) ante el silencio administrativo (...) se interpuso en su día, en tiempo y forma, recurso contencioso administrativo (...), siendo (...) recurridos-demandados la Consejería de Sanidad (...), la mutua (...) y la compañía aseguradora”.

16. El día 4 de enero de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas traslada a la correduría de seguros una copia de las alegaciones presentadas por el interesado.

17. Con fecha 12 de enero de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella sostiene que “la reclamación podría considerarse extemporánea (...), ya que el reclamante finalizó el tratamiento rehabilitador el 26-12-2013, siendo dado de alta por curación, mientras que la reclamación fue presentada el 9-1-2015, es decir, más de dos años después de haber sido dado de alta”.

Considera que “la asistencia prestada por parte del servicio público sanitario (...) puede considerarse correcta y adecuada a la *lex artis*, ya que el tratamiento realizado en el Servicio de Urgencias” del Hospital “habría sido el mismo de haberse diagnosticado fractura de calcáneo”.

18. En este estado de tramitación, mediante escrito de 1 de febrero 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 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 y la mutua de accidentes de trabajo están pasivamente legitimados en cuanto titulares de los respectivos servicios sanitarios frente a los que se formula reclamación, integrados ambos en el Sistema Nacional de Salud.

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 propuesta de resolución formulada, de forma coincidente con el informe técnico de evaluación y con el informe jurídico emitido a instancia de la compañía aseguradora, estima que la reclamación es extemporánea, “ya que el reclamante finalizó el tratamiento rehabilitador el 26-12-2013, siendo dado de alta por curación, mientras que la reclamación fue presentada el 9-1-2015”. Sin embargo, tal afirmación parte de la consideración errónea de que la fecha de presentación de la solicitud es el 9 de enero de 2015, y efectivamente en dicho escrito figura un registro de entrada en la Administración del Principado de Asturias en tal fecha. No obstante, más allá de las observaciones relativas a los problemas con el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias -sobre los que insistiremos en la consideración siguiente-, tal fecha no puede ser utilizada a efectos de determinar la prescripción de la acción. Debe advertirse que la reclamación fue presentada en una oficina de correos el día 26 de diciembre de 2014. A estos efectos, el artículo 38.4.c) de la LRJPAC dispone que las “solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de las Administraciones públicas podrán presentarse”, entre otros lugares, en “las oficinas de Correos”. Por tanto, es esta la fecha que ha de ser tenida en cuenta para interrumpir la prescripción.

En cuanto al *dies a quo*, el reclamante manifiesta haber recibido el alta médica el día 26 de diciembre de 2013. Puesto que la documentación obrante en el expediente no incluye la correspondiente a la mutua de accidentes de trabajo que atendió al perjudicado, no resulta posible comprobar la veracidad de este extremo. Sin embargo, puesto que la Administración no lo cuestiona, debemos darlo por cierto.

Siendo así, basta con acudir al principio del *dies a quo non computatur in termino*, conforme a su interpretación jurisprudencial, para concluir que la acción se ha ejercitado dentro del plazo legal.

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 -entre los que se encuentran las mutuas de accidentes de trabajo- y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En el supuesto que analizamos se postula por parte del interesado una aparente concurrencia de dos sujetos (el servicio público de salud y la mutua patronal) en la causación de un daño. Si tal concurrencia efectivamente existiera la Administración ante la que se formula la reclamación habría de resolver todas las cuestiones planteadas, y, en consecuencia, debería pronunciarse sobre la responsabilidad de cada una de las “administraciones” (en sentido propio la Administración del Principado de Asturias y en sentido lato la mutua de accidentes de trabajo, dado que, según viene reiterando el Tribunal Supremo, las mutuas patronales “realizan su labor prestando un servicio público por cuenta del Sistema Nacional de Salud” -por todas, Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de octubre de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:7717-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), dando audiencia y participación en el procedimiento a la mutua afectada, a tenor de lo dispuesto en el artículo 1.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, en relación con lo establecido en el artículo 140.2 de la LRJPAC sobre “responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas”.

Ahora bien, en este caso concreto, aunque se ha concedido trámite de audiencia a la mutua interesada -en el que aquella se limita a afirmar que “la Consejería carecería de competencia para dictar resoluciones” sobre su actuación-, tal y como razonaremos en la consideración sexta, dicha concurrencia no existe, toda vez que es posible separar con claridad la actuación de cada uno de los organismos afectados.

En consecuencia, el interesado deberá dirigirse a la mutua para reclamar los daños que considere derivados de su intervención, pues, conforme razonamos en el Dictamen Núm. 82/2016, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial que imputan un daño como consecuencia exclusiva de las asistencias sanitarias prestadas por las mutuas patronales han de presentarse directamente ante estas, quienes han de tramitarlas y resolverlas, teniendo los actos finalizadores, ya sean expresos o presuntos, la consideración de actividad administrativa impugnabile ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En aplicación de la normativa citada, estimamos que la tramitación ha sido correcta y que 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 en la práctica administrativa, y en relación con el registro en la Administración del Principado de Asturias, los mismos problemas que ya pusimos de manifiesto en los Dictámenes Núm. 160/2015 y 163/2015, entre otros, y a las consideraciones allí realizadas nos remitimos.

Asimismo, 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.- En el presente caso, el interesado formula reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio de Salud del Principado de Asturias y a una mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social” por lo que considera un “error de diagnóstico y tratamiento”.

El perjudicado sufre un accidente de trabajo el día 29 de julio de 2013 y acude al Servicio de Urgencias del Hospital, donde, tras la realización de una radiografía del tobillo derecho en la que no se aprecian “lesiones óseas agudas”, se le diagnostica un “esguince de tobillo” y se le pauta “férula de yeso (...) y control por su traumatólogo de la mutua mañana”. A partir de entonces es atendido por los servicios médicos de su mutua de accidentes de trabajo, evolucionando su lesión de forma desfavorable hasta que, finalmente, es diagnosticado de una “fractura de calcáneo”. Manifiesta que en el momento de presentar la reclamación sufre “dolor constante en el pie accidentado, rigidez,

inflamación, inestabilidad, cojera y dificultad para la deambulación y bipedestación”.

Atribuye los daños sufridos al “diagnóstico inicial no acertado, el subsiguiente manejo inadecuado de la fractura y el retraso en conseguir un diagnóstico definitivo”. Pese a que el interesado plantea una aparente concurrencia en la producción de un único daño por parte del Servicio de Salud del Principado de Asturias y de la mutua de accidentes de trabajo, lo cierto es que pueden distinguirse las imputaciones que realiza a cada uno de ellos, y, por lo que se refiere a la tacha al servicio público, ninguna relación guarda su funcionamiento con el proceso asistencial prestado por la mutua, por lo que no cabe apreciar concurrencia alguna. En efecto, a tenor de su relato, imputa al Hospital “el incorrecto diagnóstico realizado (...) cuando (...) acudió tras el accidente de trabajo sufrido y (...) fue diagnosticado de esguince de tobillo”.

El primero de los requisitos que debemos valorar es el de la efectividad del daño, esto es, la existencia real y acreditada de un daño o perjuicio; requisito que constituye el núcleo esencial de cualquier reclamación de responsabilidad patrimonial. A este Consejo no le ofrece ninguna duda la realidad del esguince de tobillo derecho sufrido por el perjudicado, que ha quedado acreditada con los informes médicos obrantes en el expediente. Sin embargo, no es posible constatar la evolución de tal dolencia, la realidad del posterior diagnóstico, ni las secuelas sufridas en la actualidad, ya que, aunque estos datos figuran en la documentación elaborada por la mutua de accidentes de trabajo que le atendió, no obran entre aquella que nos ha sido remitida. La efectividad del daño resulta, por tanto, probada únicamente en cuanto al primero de los aspectos señalados.

Así pues, dado que tal daño acreditado coincide además con la única atención médica dispensada por el Servicio de Salud del Principado de Asturias, será a esta a la que debemos circunscribir el contenido de nuestro dictamen.

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 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 un hipotético defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes. 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 que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama. En este sentido, el interesado manifiesta disponer del informe emitido, el 26 de febrero de 2014, por un especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología y de otro elaborado, sin concretar la fecha, por un especialista en Valoración del Daño Corporal. Sin embargo, no adjunta ninguno de ellos a su reclamación, por lo que este Consejo Consultivo ha de formar su convicción sobre la base de los informes técnico-médicos que obran en el expediente.

Así las cosas, y aplicando lo razonado al supuesto que nos ocupa, nos encontramos con que el informe técnico de evaluación y el informe médico-pericial incorporado al expediente a instancias de la entidad aseguradora de la Administración resultan coincidentes en considerar adecuada a la *lex artis* la actuación realizada por el servicio público de salud.

En el informe emitido por el Jefe de la Unidad de Urgencias del Hospital se indica que "tras la oportuna anamnesis y exploración se practicaron radiografías de la zona lesionada, no objetivando fracturas. A pesar de todo se cursó una interconsulta urgente al traumatólogo de guardia, que tampoco objetivó lesiones óseas./ El tratamiento urgente prescrito en Urgencias, con

inmovilización de la articulación y descarga y revisión al día siguiente en su mutua, estimamos que fue el correcto, independientemente de que no fuera advertida la fractura ósea./ Estimamos que el manejo de la situación en Urgencias fue el adecuado, a la vista de los hallazgos evidenciados en esa consulta”.

Por su parte, el informe técnico de evaluación señala que “el hecho de no apreciarse la fractura no invalida el tratamiento efectuado, ya que la férula de yeso es el tratamiento adecuado tanto para el esguince de tobillo como para la fractura de calcáneo”. Por último, el informe pericial emitido a instancia de la compañía aseguradora reseña que “el tratamiento realizado en Urgencias fue del todo correcto (téngase en cuenta que los diagnósticos efectuados en los Servicios de Urgencias pocas veces son definitivos o absolutamente acertados, debiendo ser corroborados por el especialista correspondiente durante el seguimiento del paciente)./ Al paciente se le colocó una férula de escayola, indicándole no apoyar y control por su mutua al día siguiente. Correcto. Incluso en el caso de haber diagnosticado la fractura de calcáneo, seguro que se hubiera procedido de idéntica forma”.

Por tanto, hemos de concluir -en términos coincidentes con la propuesta de resolución- que la asistencia sanitaria prestada por el servicio público fue “correcta y adecuada a la *lex artis*”, por lo que procede la desestimación de la reclamación.

La anterior conclusión nos exime de realizar cualquier otra consideración acerca de la cuantía indemnizatoria demandada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, 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.