

Expediente Núm. 37/2017  
Dictamen Núm. 95/2017

**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 6 de abril de 2017, 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 23 de enero de 2017 -registrada de entrada el día 30 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños que achaca al error diagnóstico y terapéutico del servicio público sanitario en relación con un hombro doloroso.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** El día 13 de abril de 2016, la perjudicada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del error diagnóstico y terapéutico de su omalgia.

Refiere que el día 19 de septiembre de 2014 sufrió un accidente de tráfico que le causó “daños físicos sobre cuyo error de diagnóstico y

tratamiento versa la presente reclamación". Señala que el día 20 de septiembre de 2014 se le diagnosticó en el Servicio de Urgencias del Hospital ..... una "cervicalgia postraumática y contusión preesternal" cuando "en realidad presentaba rotura de labrum glenohumeral slap II, rotura parcial de supraespinoso (pasta) y síndrome subacromial hombro izquierdo".

Manifiesta que "si hubiera habido un diagnóstico correcto y tratamiento correcto esta parte no se habría visto abocada a tener que acudir a la medicina privada y a tener incluso que operarse, puesto que así deberían habérselo prescrito en el Hospital ..... (...), el mismo día que acude a Urgencias como consecuencia del accidente", lo que quedaría "corroborado" con el informe pericial que adjunta a la reclamación, el cual, según señala, "resalta de forma palpable el error (...) y la necesidad de operación para poder recuperarse de un error en el diagnóstico y tratamiento médico por parte de este Servicio de Salud del Principado de Asturias".

Solicita una indemnización de trece mil setecientos cincuenta y seis euros con sesenta y seis céntimos (13.756,66 €) que comprende "gastos médicos", por importe de 7.557,17 €; "53 días impeditivos", a razón de 58,41 €, y 4 puntos de "secuelas", a razón de 775,94 € por punto.

Adjunta, entre otros, los siguientes documentos: a) Informe de alta del Servicio de Urgencias del Hospital ....., de 20 de septiembre de 2014, en el que consta que ingresa por "malestar tras accidente de tráfico". A la exploración se aprecia "palpación dolorosa paraespinal cervical bilateral, no en espinosas significativamente (...). Moviliza las cuatro extremidades sin dolor ni dificultad", diagnosticándose una "cervicalgia postraumática y contusión preesternal". b) Hoja de episodios del centro de salud, en la que se anota, el día 22 de septiembre de 2014, que "refiere dolor en la región cervical y dorsal (...) y dolor en el hombro" izquierdo, constatando el facultativo que la atiende "movilidad del MSI dolorosa para realización de rotación y abducción a partir de los 80º". c) Informe de una clínica de fisioterapia privada, fechado el 25 de agosto de 2014, en el que figura que la paciente acude "con el fin de tratar un hombro doloroso. La molestia aparece en el hombro izquierdo, no responde a ningún

movimiento concreto y no mejora en exceso con el reposo". d) Informe de alta de una clínica privada, fechado el 14 de septiembre de 2015, en el que se consigna el diagnóstico de "rotura de labrum glenohumeral (slap II), rotura parcial de supraespinoso (pasta) y síndrome subacromial hombro izdo.", anotándose que la paciente "ingresa de forma programada por presentar dolor y limitación funcional a nivel de hombro izdo. rebeldes al tratamiento conservador tras accidente de coche el 19-9-14 (...). Se procede a realizar cirugía artroscópica". e) Informe pericial privado, fechado el 17 de enero de 2016, relativo al "estudio de las lesiones, periodo de curación y situación actual en relación con el accidente de circulación sufrido por la paciente", en el que se indica que "sufrió una caída accidental a mediados de agosto de 2014 con traumatismo sobre hombro izquierdo, diagnosticado el 17 de septiembre de 2014 de tendinitis del supraespinoso por (...) el Servicio de Rehabilitación del Hospital ..... (...). El accidente de circulación produce un traumatismo cervical y traumatismo esternal. El nexo causal se entiende como cierto, total y directo al cumplirse los criterios de causalidad (...). A la vista de los diferentes informes se puede concluir que (la) paciente sufrió las siguientes lesiones:/ Traumatismo cervical./ Traumatismo esternal (...). Estimo que (...) ha precisado 53 días para estabilizar sus lesiones, coincide con el alta del médico de (la compañía aseguradora) el 11 de noviembre de 2014. Todos ellos impedida para el desarrollo de sus actividades habituales (...). La paciente presenta cervicalgia postraumática (...), estimando 4 puntos de secuela". f) Facturas correspondientes a gastos médicos.

**2.** Mediante oficio de 28 de abril de 2016, el Gerente del Área Sanitaria II remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios (en adelante Servicio instructor) una copia del parte de reclamación de responsabilidad patrimonial y de los episodios de la historia clínica de los Servicios de Traumatología, de Urgencias y de Rehabilitación referentes a la asistencia prestada, junto con un informe del facultativo del Servicio de Urgencias que

atendió a la reclamante el día que sufrió el accidente de tráfico, fechado el 20 de abril de 2014 (*sic*).

En este último se señala que “en los antecedentes personales del informe de alta de Urgencias del 19 de septiembre de 2014 ya se recoge que la paciente tiene diagnóstico de una tendinitis postraumática del supraespinoso izquierdo, según consulta en Rehabilitación del 17 de septiembre de 2014. A este respecto, el antecedente traumático claro y reseñado en su historia clínica (...), tanto hospitalaria como de Atención Primaria, es una caída en Gijón el 19 de agosto de 2014 sobre el hombro izquierdo en abducción que le acarreó una impotencia funcional del mismo (...). Siguiendo con el informe de alta de Urgencias, en el apartado de enfermedad actual se recogen los datos obtenidos de anamnesis realizada a la propia paciente, y entre los que no figura que en ningún momento refiera dolor agudo en hombro izquierdo, ni mecanismo lesional en el accidente que lo haga sospechar. Solo aquejaba en ese momento molestias en cuello, región periorbitaria facial y preesternal torácica (...). En el apartado de exploración física del informe de alta de Urgencias se transcriben los datos de la exploración realizada por mí a la paciente en aquel momento, y se menciona expresamente que moviliza las cuatro extremidades sin dolor ni dificultad; exploración por cierto muy compatible con la realizada dos días antes en la consulta de Rehabilitación, donde se objetivó balance articular de ambos hombros conservados, con dolor en últimos grados de arcos del hombro” izquierdo.

Sostiene que, “ni de los dolores o molestias referidos por la paciente, ni del mecanismo accidental, ni de la exploración física, podía a mi entender derivarse en la atención urgente del día 19 de septiembre de 2014 diagnóstico de hombro doloroso agudo izdo. (...). Respecto a lo anterior, creo oportuno señalar aquí que el exquisito diagnóstico que se me reclama como no hecho por mí es muy probable y fundamentalmente derivado de una resonancia magnética del hombro izdo. (por cierto, prueba que no existe en el catálogo de Urgencias de nuestro hospital) realizada con posterioridad, pero (...) cuya causalidad exige un mecanismo lesional que implique una contusión del hombro

de cierta entidad o magnitud, e incluso luxación o subluxación glenohumeral del mismo; es decir, un dolor de hombro lo suficientemente intenso como para no ser obviado por la paciente en la anamnesis y no permitirle en fase aguda movilización adecuada de la extremidad. Cosas que vuelvo a recordar no presentaba (...) el 19 de septiembre de 2014 cuando fue atendida por mí en Urgencias, pero sí se recogen por ejemplo en su historia de Atención Primaria del traumatismo sobre hombro izdo. del 19 de agosto de 2014 (...). También creo oportuno recordar que la impresión diagnóstica de Urgencias se basa en un estudio de urgencia y no presupone un diagnóstico definitivo, el cual deberán establecerlo los médicos que realicen el seguimiento evolutivo de la paciente y para dicho seguimiento se remitió a su médico de Atención Primaria, como es práctica habitual de este Servicio”.

**3.** El día 18 de mayo de 2016, el Jefe del Servicio instructor comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y el plazo máximo de tramitación del procedimiento, con referencia a los efectos de la falta de resolución expresa.

**4.** Con fecha 11 de septiembre de 2016, emiten informe a instancias de la compañía aseguradora tres especialistas en Cirugía Ortopédica y Traumatología. En él señalan que, “puesto que la reclamación versa sobre un posible error diagnóstico (en el Servicio de Urgencias tras el accidente de tráfico), debemos destacar que la paciente no refirió en el momento de la exploración ninguna sintomatología sobre su hombro izquierdo, y la exploración realizada sobre dicho hombro no mostraba ninguna alteración, con movilización normal y no dolorosa de la extremidad superior izquierda. Por lo tanto, difícilmente se podía llegar a ningún diagnóstico de patología glenohumeral (...). Debemos recordar aquí que las roturas agudas traumáticas del manguito de los rotadores, al igual que las lesiones del labrum o del Hill-Sachs, solo se producen tras traumatismos

de alta energía asociadas a luxaciones o fracturas luxaciones glenohumerales, y generalmente en pacientes menores de 40 años”.

Subrayan que “la función de un Servicio de Urgencias no es vicariante de otras especialidades médicas, ni los diagnósticos realizados en dichos servicios son diagnósticos definitivos, sino impresiones diagnósticas que se completarán posteriormente por estudios específicos realizados por el especialista correspondiente, para lo que habitualmente se envía a los pacientes a control por su (médico de Atención Primaria), que es el que orienta (...) hacia la especialidad que corresponda, como se realizó en este caso. Por lo tanto, podemos aseverar que la actuación médica del Servicio de Urgencias del (Hospital .....) fue absolutamente correcta y ajustada a la *lex artis*”.

Manifiestan que “el tratamiento rehabilitador posterior al accidente es asumido por la mutualidad de accidentes de tráfico y menos de 2 meses después, ante la persistencia de molestias en el hombro, la paciente es enviada de nuevo por su (médico de Atención Primaria) al Servicio de Rehabilitación del (Hospital .....), que realiza nueva exploración e instaura plan fisioterapéutico con aparentes buenos resultados”.

Ponen de relieve que “entretanto la paciente acude a la medicina privada, donde se le realiza un estudio de imagen mediante RNM (...) que informa de lesiones que de manera sorprendente son absolutamente discordantes con los antecedentes (...) y su sintomatología, ya que las lesiones descritas solo se pueden originar en un episodio de luxación anterior de hombro; patología que la paciente nunca había sufrido y que dan lugar a sintomatología de inestabilidad glenohumeral que nada tiene que ver con los síntomas referidos (...) y signos explorados por los diferentes médicos que la asisten./ Ante la persistencia de mínimas molestias en el hombro la paciente es derivada al Servicio de Traumatología del (Hospital .....), que realiza nueva exploración destacando la ausencia de signos patológicos (objetivables por el explorador) en el hombro izquierdo, por lo que correctamente, ante la discordancia entre las pruebas realizadas (ecografía y RNM) y la clínica de la paciente, solicita nuevo estudio de imagen a realizar a través de la sanidad

pública”. Aclaran que “realizado este estudio se confirma la existencia de mínimos signos de tendinopatía degenerativa crónica a nivel insercional del tendón del supraespinoso, descartándose cualquier lesión secundaria a una luxación de hombro. Es cierto que se aprecia una imagen en la cabeza que en caso de haber existido una luxación de hombro previa (episodio que nunca existió) podría corresponder a una pequeña lesión de Hill-Sachs sin significado ni consecuencia patológica alguna./ Ante esta situación de mínima afectación sintomática dolorosa en arcos extremos de movilidad con fuerza y movilidad conservada, sin signos de compromiso subacromial alguno ni de inestabilidad glenohumeral y con una imagen que solo muestra alteraciones degenerativas insercionales del supraespinoso, en una paciente que ha mejorado con tratamiento rehabilitador y diagnosticada de un síndrome ansioso-depresivo, el traumatólogo del (Hospital .....) desaconseja formalmente la realización de intervención quirúrgica alguna, que solo podía empeorar la situación funcional del hombro, por otra parte mínimamente afectada, ofertando a la paciente un tratamiento local mediante infiltraciones; tratamiento que ha demostrado ampliamente su efectividad terapéutica en los casos de patología degenerativa inicial del manguito de los rotadores. La paciente rechaza el tratamiento propuesto, por lo que como alternativa se ofrece un tratamiento funcional mediante ejercicios de movilización, evitar cargas y analgésicos coadyuvantes”.

Reseñan que “posteriormente (...) acude *motu proprio* a la medicina privada, donde se realiza nueva exploración en la (que se) describen signos de atrapamiento subacromial y de inestabilidad de hombro que no estaban presentes solo un mes antes (¿agravamiento sintomático dramático?), con una movilidad absolutamente normal y dolor en movimientos extremos, y en base a la inaudita primera RNM realizada indican tratamiento quirúrgico. Tres meses después de la intervención la paciente presenta una limitación en todos los movimientos del hombro (rotaciones, abducción, antepulsión), tal y como era esperable y había anticipado el traumatólogo” del (Hospital .....).

Afirman no comprender “la referencia al informe pericial (...) existente en la reclamación, en la que de manera que no se ajusta a la realidad deducen que

se resalta de forma palpable el error diagnóstico y de tratamiento. Tras atenta lectura de dicho informe, (este doctor) solo establece un nexo de causalidad entre el accidente de tráfico (que no de la asistencia prestada) con la existencia de una cervicalgia postraumática, no haciendo referencia alguna al hombro izquierdo en las lesiones que describe”.

**5.** Mediante escrito notificado a la perjudicada el 1 de diciembre de 2016, el Jefe del Servicio instructor le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

El 9 de diciembre de 2016, la interesada se persona en las dependencias administrativas y obtiene un CD que contiene una copia completa de la documentación obrante en el expediente.

**6.** El día 15 de diciembre de 2016, la perjudicada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que afirma impugnar “las conclusiones más que discutibles de los firmantes del informe pericial que adjuntan (...), porque efectivamente sí existe un error de diagnóstico y así lo reconocen, añadiendo en primer lugar como bien conocen que la capacidad de resolución de una radiografía simple de hombro y de una resonancia magnética son diferentes y por este motivo hay lesiones óseas visibles en la resonancia magnética que no se aprecian en la radiografía simple”.

Sostiene que “el hecho cierto es que no tenía lo que le dijeron, no me dieron el diagnóstico correcto y estudiando con más detenimiento el caso, como se debería haber hecho en el ámbito público, en el ámbito privado con resonancias magnéticas el diagnóstico fue diferente, como también el tratamiento, se le operó (...) y quedó perfectamente bien, lejos del tratamiento que se le prescribió en el ámbito público, que era una auténtica pérdida de tiempo que en nada mejoraba a esta parte. Más bien todo lo contrario./ Refiere el informe que impugnamos que se le exploró (...) dicho hombro y que se documentó ausencia de signos o síntomas que hicieran sospechar ninguna patología de nivel, y cómo es posible se pregunta esta parte (...) cuando ha

quedado acreditado que sí lo tenía; existe un error claro en la actuación del profesional que no detectó la patología (...) que hubo de ser solucionada por la iniciativa privada, que modificó el diagnóstico equivocado (...) por otro acorde con la realidad y operó a esta parte de su dolencia, quedando perfectamente bien./ El diagnóstico de impresión (...) del Servicio de Urgencias es equivocado, así como el del especialista, puesto que el (...) que se dio en modo alguno se acomoda a la realidad, habiendo tenido que ir a la iniciativa privada a solucionar el problema médico que no se detectó”. Añade que en el propio informe se “reconoce que ante la discordancia entre la sintomatología y antecedentes de la paciente con los resultados de las pruebas realizadas (...) en la sanidad privada se solicitó un nuevo estudio de imagen que confirmó la existencia de una afectación del tendón del supraespinoso. Por tanto, existe error de diagnóstico que reconocen, ya que fue una vez remitidas las pruebas hechas por el informe enviado de la medicina privada cuando modifican y reconocen las dolencias de esta parte que anteriormente no veían en la medicina pública./ Es más, sabiendo todo esto (...), por la medicina pública se desaconseja el tratamiento quirúrgico; nuevo error, ya que es lo que ha hecho que esta parte se recuperara de su dolencia, a diferencia del tratamiento que se pretendía”.

**7.** Mediante oficio de 19 de diciembre de 2016, el Jefe del Servicio instructor remite una copia de las alegaciones presentadas a la compañía aseguradora.

**8.** Con fecha 4 de enero de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella señala que “la reclamante considera que se produjo un error diagnóstico con motivo de la asistencia prestada en el Servicio de Urgencias del hospital ..... con motivo de un accidente de tráfico. Tras las alegaciones ya no es posible saber a quién imputa la responsabilidad, ya que parece que también duda de los estudios radiológicos hechos en la medicina pública que ponen en evidencia el informe

de la resonancia privada y (...) de la actitud seguida por el Servicio de Traumatología y por Rehabilitación. Lo cierto es que todas estas afirmaciones las hace sin el más mínimo sustento de informes médicos y toda la reclamación la fundamenta en un informe privado que tuerce intentando que diga lo que no dice./ La reclamante afirma que el informe que aporta pone de manifiesto la existencia de un palpable error de diagnóstico cuando realmente el informe lo único que hace es poner en relación la cervicalgia que padece como secuela con el accidente de tráfico que tuvo, no haciendo referencia ni valoración alguna de la patología de hombro por la que realmente reclama ni el más mínimo reproche a la asistencia dispensada”.

Reseña que “en la asistencia prestada en Urgencias del hospital público el día que sufrió el accidente de tráfico, tras una correcta anamnesis y exploración física y radiográfica, fue diagnosticada de cervicalgia postraumática y contusión preesternal. La paciente no refirió durante su asistencia la existencia de sintomatología alguna sobre su hombro izquierdo. Se exploró dicho hombro, constando documentalmente la ausencia de signos o síntomas que hicieran sospechar ninguna patología a dicho nivel, ya que solo están descritas las lesiones agudas traumáticas del manguito de los rotadores en traumatismos de alta energía y en casos de graves fracturas./ La patología a la que hace referencia (...) en su reclamación es (...) de origen degenerativo crónico y no tiene relación alguna ni con el accidente de tráfico ni con el traumatismo previo que sufrió en el mes de agosto de 2014, siendo preexistente a dichos traumatismos, debutando sintomáticamente tras el primer traumatismo casual, como es habitual en las tendinopatías del manguito de los rotadores”.

Precisa que “ante la discordancia entre la sintomatología y antecedentes de la paciente con los resultados de las pruebas realizadas en la sanidad privada se solicitó un nuevo estudio de imagen que confirmó la existencia de una mínima afectación. Dada la ausencia de inestabilidad de hombro y de compromiso subacromial y la mínima sintomatología que presentaba (molestias a los movimientos extremos del hombro, con fuerza y movilidad normal) se

desaconsejó el tratamiento quirúrgico, que solo podía empeorar la prácticamente normal situación funcional del hombro, como de hecho sucedió tras ser intervenida en la medicina privada. Se ofertó tratamiento mediante infiltraciones locales, terapéutica que ha demostrado ampliamente su efectividad en el tratamiento de los estadios iniciales de la tendinopatía del manguito de los rotadores, que fue rechazado por la paciente, por lo que se instauró tratamiento funcional, tal y como propugnan todos los autores consultados y es práctica traumatológica habitual en estos casos. La asistencia prestada en la medicina pública se ajustó a las consideraciones de la *lex artis ad hoc*”.

**9.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de enero de 2017, 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 en soporte digital.

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.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de

octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante reclamación de la interesada presentada en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 13 de abril de 2016, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y al 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.

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJPAC, está la perjudicada 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 el día

13 de abril de 2016, habiendo tenido lugar el alta tras la intervención quirúrgica practicada en un centro privado el día 14 de septiembre de 2015, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. 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 audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución. En cuanto al informe de los servicios afectados, se recabó correctamente al inicio de la instrucción el del facultativo del Servicio de Urgencias que atendió a la perjudicada el día 20 de septiembre de 2014, puesto que su reproche se ceñía en el escrito inicial de solicitud al diagnóstico por él efectuado. Sin embargo, en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia extiende la imputación al "especialista" que posteriormente la atendió, sin que su informe haya sido solicitado por la Administración instructora. Pese a que la citada omisión obligaría a retrotraer el procedimiento al momento procesal oportuno para su subsanación, entendemos que tal retroacción no resulta necesaria en este caso, pues lo actuado aporta una constancia precisa del fundamento que sustenta la reclamación y de todos los elementos necesarios para su enjuiciamiento, por lo que, visto el contenido de la propuesta de resolución y atendidos los principios de eficacia y economía procesal, consideramos que procede dictaminar sobre el fondo de la pretensión deducida.

Ahora bien, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis

meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

**QUINTA.-** El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

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

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

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

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

**SEXTA.-** Se somete a nuestra consideración el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por una reclamación de daños que la perjudicada atribuye a la asistencia prestada para el diagnóstico y tratamiento de un hombro doloroso, que concreta en 53 días improductivos y 4 puntos de secuelas, más el reintegro de los gastos en que ha incurrido para el tratamiento de aquella patología en la medicina privada.

En lo que a la efectividad de los citados daños se refiere, puede desprenderse de los documentos obrantes en el expediente que la perjudicada estuvo incapacitada durante los 53 días que alega. También existe prueba de la realidad de los gastos abonados por la asistencia recibida en un centro privado. Sin embargo, ninguno de los informes médicos elaborados en el curso del proceso asistencial refleja que padezca dolor cervical como secuela; esto es, como daño permanente e irreversible o de reversibilidad incierta. En este sentido, es de destacar que el informe de alta del Servicio de Rehabilitación del Hospital ....., de 16 de febrero de 2015, no hace referencia alguna a la existencia de dolor cervical al alta, y por ello dicho daño no puede tenerse por cierto; máxime cuando se valora tal secuela en 4 puntos considerado un umbral máximo de 5.

Respecto del reintegro de los gastos correspondientes a la asistencia privada, venimos manifestando en ocasiones precedentes (por todos, Dictamen Núm. 20/2014) que es preciso distinguir entre el ejercicio de la acción de

reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en los supuestos de atenciones dispensadas fuera del Sistema Nacional de Salud y el de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En cuanto a los primeros, 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 ocasionados "fuera del Sistema Nacional de Salud", disponiendo que el mismo solo resulta procedente en los "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". Dicho procedimiento no está sometido al dictamen de este Consejo.

Siendo evidente que no nos hallamos ante un procedimiento de tal naturaleza, pues la asistencia sanitaria privada no se prestó en el contexto de una asistencia vital urgente, ello no impide la formulación por parte de la interesada de una reclamación de responsabilidad patrimonial comprensiva del importe de los gastos en los que incurrió al recurrir a un centro que está fuera del sistema para obtener un determinado tratamiento, si bien dicha responsabilidad patrimonial ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole. Consecuentemente, habrá que analizar, además de su efectividad, si nos hallamos ante un daño antijurídico -en definitiva, un daño que la perjudicada no tenga la obligación de soportar- y si ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario. Asimismo, tendremos que determinar si el recurso a la sanidad privada pudiera encontrarse justificado por existir una pérdida de confianza en el servicio público sanitario en los términos que este Consejo ha venido definiendo para considerar que se genera obligación de resarcir. Como hemos manifestado en dictámenes anteriores (por todos, Dictamen Núm. 56/2013), "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 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 (...). 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”.

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 en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También 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.

Adelantamos ya que en el caso concreto que examinamos no consta, teniendo en cuenta el contenido de los informes médicos librados durante la instrucción del procedimiento, que no han sido controvertidos por prueba pericial alguna aportada por la perjudicada, que haya existido infracción alguna

de la *lex artis* en el proceso diagnóstico o asistencial que haya podido tener trascendencia en su salud en forma de secuela o de días improductivos.

La interesada reprocha al servicio público un error en el diagnóstico de la dolencia que presentaba en su hombro izquierdo. Ya hemos puesto de manifiesto en la consideración cuarta que en el escrito inicial de solicitud la imputación se ciñe a la atención prestada por el Servicio de Urgencias el día 20 de septiembre de 2014 tras sufrir un accidente de tráfico, si bien en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia el objeto de la reclamación se amplía a la asistencia especializada posterior. Muy probablemente habrá influido en este cambio de estrategia el conocimiento por la parte de la reclamante de los informes recabados durante la instrucción, los cuales coinciden en destacar que, explorada la paciente de forma correcta en el Servicio de Urgencias y a falta de queja sobre molestia alguna en el hombro, la atención de aquel Servicio fue adecuada a la *lex artis ad hoc*. En efecto, este Consejo viene señalando reiteradamente que no existe obligación de anticipar el diagnóstico de una patología a la manifestación de sus signos clínicos típicos. A mayor abundamiento, debe tenerse en cuenta que la misión de los servicios de atención urgente no es la de alcanzar un diagnóstico de certeza, sino la de procurar una aproximación diagnóstica del proceso que constituye el motivo de la consulta, el cual será confirmado o modificado después a la vista de la evolución posterior evidenciada en el seguimiento que se realizará por otros servicios. Tampoco puede obviarse que en el caso de que se trata la patología que afectaba al hombro de la paciente no tenía un origen traumático que pudiera vincular la lesión al accidente sufrido, sino degenerativo.

Por otra parte, la perjudicada no ha acreditado que el Servicio especializado de Traumatología haya errado el diagnóstico, y tampoco ha realizado el más mínimo esfuerzo dirigido a probar que el pretendido error ocasionara los daños físicos cuyo resarcimiento impetra. A tal efecto, no puede pasarse por alto que el informe pericial que adjunta al escrito de reclamación en ningún caso vincula las lesiones cuyo resarcimiento se solicita a un error diagnóstico; pero es que además el hecho de que los hallazgos del informe de

resultados del estudio realizado en la medicina privada difieran de los de la exploración análoga realizada por el servicio público o la discrepancia existente en torno al tratamiento pautado no constituyen prueba del error alegado. No ofrece la reclamante motivo fundado alguno por el que tal disenso deba resolverse en favor del acierto de la sanidad privada, pues los especialistas que informan a instancia de la compañía aseguradora aducen una razón de ciencia que lo excluiría; en concreto, señalan que “las roturas agudas traumáticas del manguito de los rotadores, al igual que las lesiones del labrum o del Hill-Sachs, solo se producen tras traumatismos de alta energía asociadas a luxaciones o fracturas luxaciones glenohumerales, y generalmente en pacientes menores de 40 años”, y sucede que ninguna de dichas circunstancias se daba en el caso examinado.

El servicio público conoció el diagnóstico alcanzado en la sanidad privada y, puesto que sus hallazgos no concordaban con los antecedentes de la paciente ni con su sintomatología, procedió en correcta praxis médica, según se señala en el informe antes referido, a solicitar una nueva prueba, precisamente para resolver tal discrepancia y descartar el error que en su caso pudiera serle imputable. Tras confirmar la diagnosis inicial, el tratamiento pautado en el centro público -que la paciente decidió voluntariamente no completar- fue, según se señala en aquel informe, el adecuado a la patología existente, “tal y como propugnan todos los autores consultados y es práctica traumatológica habitual”, descartándose la solución quirúrgica, “que solo podía empeorar la prácticamente normal situación funcional del hombro, como de hecho sucedió tras ser intervenida en la medicina privada”, y se desprende del informe de alta que obra en los folios 39 y 40 del expediente.

Considerando todo lo anterior, hemos de concluir que la decisión personal de la perjudicada de acudir a la sanidad privada y la subsiguiente pretensión de repercutir su coste en la colectividad no pueden basarse en la contravención de la *lex artis* en el funcionamiento del servicio público, lo que impide que la reclamación de responsabilidad patrimonial pueda ser acogida, de modo que tiene la obligación de soportar a su costa el detrimento patrimonial

sufrido. Tampoco procede el resarcimiento de los daños irrogados por la secuela consistente en cervicalgia, la cual no ha resultado probada, o los correspondientes a los días en que estuvo impedida a causa de las lesiones desencadenadas por el accidente de tráfico; perjuicios todos ellos que ni se relacionan con el error diagnóstico y terapéutico de la omalgia que se encuentra en la base de la imputación, ni derivan de una actuación del servicio público que pueda considerarse disconforme con la buena praxis.

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

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.