

Expediente Núm. 120/2018
Dictamen Núm. 207/2018

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

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de septiembre de 2018, 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 3 de mayo de 2018 -registrada de entrada el día 9 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados de la falta de diagnóstico de una lesión tendinosa.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 3 de noviembre de 2017, el perjudicado presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Consejería de Sanidad por los daños sufridos a causa del error diagnóstico que imputa al Servicio de Urgencias del Hospital “X”

Relata que los días 17 y 18 de octubre de 2015 sufrió sendas caídas en Madrid que afectaron a su pierna izquierda. A su vuelta a Asturias, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital “X” en el que le realizaron un estudio radiológico sin evidencia de lesiones óseas, recibiendo el alta con las pautas de

“hielo y rodillera”. Según señala, al quitarle los médicos importancia al proceso regresó a Madrid y allí volvió a caerse en dos ocasiones por fallarle la pierna dañada. Con motivo de la última de las caídas fue atendido en el Hospital “Y” en el que se apreció rotura del tendón rotuliano de la pierna derecha advirtiéndose, además, que el tendón del cuádriceps de la pierna izquierda estaba retraído y que esta última lesión la tenía desde “varios días antes”, por lo que los facultativos que le atendieron en aquel centro sanitario se extrañaron de que le dejaran “salir así de `X´”. Se trasladó nuevamente a Asturias para ser operado en el Hospital “X” quedándole secuelas a la finalización del proceso de curación.

Reclama al servicio público sanitario asturiano que le abone una indemnización de cuarenta y dos mil cuatrocientos ochenta euros (42.480 €) por todos los daños sufridos -que concreta en amiotrofia del cuádriceps izquierdo valorada en 10 puntos, 365 días impeditivos y una incapacidad permanente parcial- por no haber sido diagnosticado correctamente con ocasión de la primera atención en el Hospital “X” lo que, según afirma, le llevó a sufrir posteriores caídas con la consiguiente agravación de su estado.

Fija a efectos de la reclamación “el periodo de estabilización” en la fecha de alta laboral de 2 de noviembre de 2016, y adjunta a su escrito copia de los siguientes documentos: a) Diversos informes médicos en relación con la atención recibida a raíz del proceso que motiva la reclamación. b) Parte médico de alta de incapacidad temporal por contingencias comunes, en el que figura como fecha de baja el día 4 de noviembre de 2015 y como fecha de alta el 2 de noviembre de 2016. c) Informe pericial privado librado por un Traumatólogo Cirujano Ortopédico, con fecha 15 de abril de 2017, en el que se afirma que cuando atendieron al paciente en el Hospital “X” ya debía presentar una lesión en el cuádriceps aunque descarta que aquella consistiera en una rotura total, pues esta es una lesión tan evidente como incapacitante. Afirma que, en todo caso, la lesión que presentaba cuando acudió al Servicio de Urgencias tenía que haberse tratado mediante “cirugía o, al menos, reposo, inmovilización y AINEs” y que, si se hubiera procedido de este modo, el paciente no habría sufrido las

posteriores caídas con lo que las secuelas serían mucho menores o incluso inexistentes.

2. Mediante oficio de 23 de noviembre de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios notifica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Con fecha 27 de noviembre de 2017, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a la Gerencia del Área Sanitaria III una copia de la historia clínica del reclamante, así como un informe de los servicios intervinientes (Urgencias y Traumatología) sobre el concreto contenido de la reclamación presentada.

4. El día 14 de diciembre de 2017, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica del interesado junto con los informes librados por los Servicios de Urgencias y Traumatología del Hospital "X" con fecha 11 de diciembre de 2017.

En el informe del Servicio de Urgencias, que suscribe la Jefa de la Unidad, se concluye que la atención en dicho Servicio fue en todo momento conforme a la *lex artis*, ya que se solicitaron las pruebas complementarias disponibles en el Servicio de Urgencias y adecuadas a la patología que presentaba, pautándose el tratamiento apropiado al diagnóstico de presunción consistente en reposo, antiinflamatorios y hielo, con la recomendación de acudir para control y revisión a su médico de atención primaria, aunque tales pautas no fueron seguidas por el paciente.

En el informe del Servicio de Traumatología, firmado por el Jefe del Servicio, se describe el curso clínico del paciente significando que en la última revisión presentaba "buena movilidad en ambas rodillas (Derecha 100-0º, izquierda 90-0º)".

5. El día 12 de marzo de 2018 emite informe una Asesora médica de la división sanitaria de la aseguradora, en el que califica de correcto el manejo del paciente en Urgencias, al haberle realizado las pruebas que estaban indicadas. Significa que el enfermo no presentaba entonces signos de rotura tendinosa, pues no tenía deformidades y conservaba la movilidad, y que, sin embargo, tras nuevas caídas, ya presentaba deformidad e impotencia funcional, momento este en que se le realiza una ecografía que evidencia rotura tendinosa completa en ambas extremidades. De lo anterior deduce quien suscribe el informe que es posible que las múltiples caídas sufridas pudieran haber empeorado una lesión previa. En este punto destaca que el paciente no siguió la pauta de reposo relativo establecida por el Servicio de Urgencias del Hospital "X", pues volvió a Madrid a trabajar, y que tampoco acudió a su médico de Atención Primaria, que podría haber valorado su evolución y la necesidad de nuevas pruebas.

6. Con fecha 16 de marzo de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas dispone la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, lo que se notifica al interesado el día 22 del mismo mes.

7. El día 13 de abril de 2018 un letrado que actúa en representación del interesado, según consta en escritura de poder para pleitos, se persona en las dependencias administrativas y obtiene una copia del expediente según consta en diligencia extendida al efecto.

8. Con fecha 16 de abril de 2018, el representante del perjudicado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que se ratifica en la reclamación inicial.

9. Con fecha 24 de abril de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas propone desestimar la reclamación por considerar que la asistencia prestada al paciente fue acorde a la *lex artis*.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de mayo de 2018, 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, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo 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.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el perjudicado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial.

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

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en

adelante LPAC), teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

CUARTA.- 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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. 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 34 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 concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) que la acción se ejercite en plazo; b) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; c) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y d) que no sea producto de fuerza mayor.

QUINTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se interesa una indemnización por los daños y perjuicios que el reclamante atribuye a la falta de diagnóstico de una lesión tendinosa en el Servicio de Urgencias del Hospital “X”.

En cuanto al examen de los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, procede verificar, en primer lugar, si la acción ha sido ejercitada dentro del plazo establecido al efecto. La Administración sanitaria no analiza este aspecto, fundando la desestimación de la reclamación en que la asistencia fue correcta y acorde a la *lex artis*.

Planteada la cuestión en los términos expuestos, la respuesta que ha de dar este Consejo al respecto debe partir de lo establecido en el artículo 67.1 de la LPAC, a cuyo tenor “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 presente caso, el propio interesado, que presenta la reclamación con fecha 3 de noviembre de 2017, establece como *dies a quo* del plazo de prescripción la fecha del alta laboral, esto es, el día 2 de noviembre de 2016. En estas circunstancias ha de concluirse que la pretensión resarcitoria se ha ejercitado extemporáneamente y, en consecuencia, debe desestimarse.

No obstante, aunque hiciéramos abstracción de la conclusión anteriormente expuesta y partiésemos del supuesto de que la acción no hubiera prescrito, la reclamación habría de desestimarse igualmente por razones de fondo.

A la vista de los documentos obrantes en el expediente hemos de dar por acreditada la efectividad de ciertos daños, pues consta que el perjudicado estuvo impedido para el desempeño de su actividad profesional desde el día 4 de noviembre de 2015 hasta el 2 de noviembre de 2016 y, aunque su movilidad fuera "buena" al momento de presentar la reclamación, según resulta del informe del Servicio de Traumatología de 11 de diciembre de 2017, también se desprende del mismo informe que presentaba entonces cierto déficit de movimiento articular.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido con ocasión 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 en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, 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 favorables en relación con la salud del paciente.

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 es criterio firme de 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.

Afirma el perjudicado que el día en que acude por dolor en la pierna izquierda al Servicio de Urgencias del Hospital "X" (el 20 de octubre de 2015, según resulta del correspondiente informe) ya presentaba una rotura del tendón del cuádriceps que no fue diagnosticada, ocasionándole dicho error posteriores caídas que agravaron su estado. Manifiesta que la denunciada mala praxis quedaría evidenciada cuando acude al Hospital "Y" (el día 4 de noviembre de 2015, según consta en el informe obrante en las páginas 8 y 9 del expediente), donde los facultativos que le atienden aprecian que tiene el tendón del cuádriceps izquierdo roto y que la lesión es antigua, extrañándose de que no le hubieran diagnosticado tal patología en Asturias. Ahora bien, estas afirmaciones no resultan corroboradas por el contenido del informe correspondiente a la atención recibida en el hospital madrileño. En efecto, aunque en él se anota que las pruebas de imagen realizadas evidencian "escasa cantidad de líquido libre en el lecho de rotura, lo que podría indicar cierta cronología subaguda", tal observación se predica del tendón rotuliano de la pierna derecha, miembro este respecto del cual ninguna queja había verbalizado el paciente al momento de ser atendido en el Servicio de Urgencias del Hospital "X" catorce días antes.

Al contrario, ha de tenerse por acreditado que cuando el paciente acude al Servicio de Urgencias del Hospital "X" no presentaba signos de lesión tendinosa en la pierna izquierda pues, como destaca la Asesora médica que informa a instancias de la aseguradora, la extremidad afectada conservaba la movilidad y en ella no se observaban deformidades. Si bien no cabe excluir como hipótesis, según se reconoce en el informe que acabamos de citar, que aun sin existir signos de rotura el paciente tuviese el cuádriceps izquierdo algo dañado cuando fue atendido en el Servicio de Urgencias, ha de descartarse que la lesión que presentaba entonces fuera la misma que tenía el día en que acudió al Hospital "Y", esto es, una rotura completa del tendón, pues dicha patología es tan evidente e incapacitante que, según se expresa en el informe pericial privado, "sería muy difícil no reconocerla por cualquier médico".

En definitiva, el reproche de error diagnóstico que realiza el perjudicado no puede tenerse por probado.

A mayor abundamiento, aun en la hipótesis de que ya el día 20 de octubre padeciera una rotura tendinosa incompleta o parcial, las pautas dadas al paciente en el Servicio de Urgencias del Hospital "X" -reposo, hielo, antiinflamatorios y control por su médico de atención primaria- no pueden considerarse incorrectas, pues todos los informes médicos obrantes en el expediente, incluida la pericial privada aportada por el perjudicado, coinciden en calificarlas como adecuadas. Ahora bien, según se desprende del propio relato del reclamante, sucedió que éste decidió no atender la recomendación de reposo, con lo que volvió a sufrir nuevas caídas que con toda probabilidad fueron las causantes de los perjuicios por los que reclama. Tampoco consta que acudiera a consulta con su médico de Atención Primaria, quien podría haber seguido su evolución. Por ello, ha de concluirse que corresponde al perjudicado soportar las consecuencias dañosas sufridas, las cuales no pueden imputarse a un funcionamiento anormal del servicio público sanitario sino a su propia falta de cuidado.

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.