

Expediente Núm. 51/2019
Dictamen Núm. 198/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 5 de septiembre de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 22 de febrero de 2019 -registrada de entrada el día 27 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que atribuye al error diagnóstico de una pseudoartrosis.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 21 de junio de 2018, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida.

Expone que el día 3 de julio de 2016 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital derivado por la Clínica, “donde le diagnostican fractura de Bennett de 1.º dedo y luxación metacarpofalángica de 1.º dedo de mano

derecha, y posteriormente le derivan a Rehabilitación, apreciando durante la misma la continuación de dolor importante a nivel de muñeca derecha”.

Manifiesta que el 28 de julio de 2017 “le realizan prueba de Rx donde se aprecia pseudoartrosis vs. falta de consolidación de nervio cubital devengada en el siniestro de fecha 3 de julio de 2016 y que no fue apreciada por los facultativos hasta ese momento”.

Señala que “tras serle comunicado el evidente error de diagnóstico (...) fue intervenido quirúrgicamente el 17 de enero de 2018 con mal resultado de estiloidectomía cubital”, y que “debido al tiempo transcurrido desde la causación de la lesión hasta su diagnóstico, ya que ese periodo discurre desde que se causó la lesión (3 de julio de 2016) hasta la fecha de la intervención quirúrgica (17 de enero de 2018) (...), hubo de permanecer un total de 730 días de baja laboral”, restándole “como secuela pseudoartrosis de estiloides cubital en MSD, algias en MSD, pérdida de fuerza prensora, limitación de la movilidad y perjuicio estético”.

Fija la indemnización que solicita por el periodo de incapacidad temporal y las secuelas que sufre en cincuenta mil euros (50.000 €).

Propone, como medio de prueba, que se solicite su “historial médico” al Hospital

2. Mediante escrito de 29 de junio de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, el plazo máximo para resolver el procedimiento y el sentido del silencio administrativo.

3. Previa solicitud formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios, el día 23 de julio de 2018 el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica del perjudicado y los informes emitidos por los Servicios de Urgencias y de Cirugía Plástica.

En el informe elaborado por el Servicio de Cirugía Plástica, si bien se reconoce que “la imagen compatible con pseudoartrosis de estiloides cubital se halla en las radiografías iniciales al ingreso (3 de julio de 2016)”, se subraya que “el tratamiento fue enfocado, de urgencia, a tratar la lesión ósea aguda, dado que los síntomas no podían orientarnos a un problema en la estiloides cubital que precisase tratamiento urgente, pues no fueron referidos como motivo de consulta ni apreciados en la exploración física al ingreso. Solo fueron referidos pasados más de un año del traumatismo y en ese momento tratados de forma estandarizada y por circuito programado, al no tratarse de un problema urgente. La secuencia terapéutica, por tanto y a nuestro juicio, es la correcta, no habiendo indicación inicial de tratamiento de la pseudoartrosis de estiloides cubital, al no asociarse la imagen radiológica con sintomatología alguna.

4. El 13 de septiembre de 2018 emiten informe, a instancias de la compañía aseguradora, una especialista en Medicina Legal y Forense y una máster en Valoración del Daño Corporal. En él señalan que “la secuencia terapéutica fue la correcta, tratándose inicialmente la lesión aguda (fractura de Bennet) de manera urgente y posteriormente, al aparecer clínica, se intervino la lesión crónica (pseudoartrosis de estiloides)”. Concluyen que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y por lo tanto (...) correspondería desestimar la reclamación”.

5. Con fecha 23 de octubre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado la apertura del trámite de audiencia.

Tras examinar el expediente, el reclamante presenta el 14 de noviembre de 2018 un escrito de alegaciones en el que insiste en la existencia de un error en el diagnóstico inicial, sin aportar ningún documento nuevo.

6. El día 30 de noviembre de 2018, se incorpora al expediente el estudio radiológico efectuado el 3 de julio de 2016 y el informe sobre el mismo elaborado por el Jefe del Servicio de Radiología. En ese último se constata que tras el estudio de la muñeca derecha realizado en aquella fecha “se observan signos antiguos de fractura de apófisis estiloides que en esta radiografía simple pueden ser considerados como pseudoartrosis”.

Como consecuencia de la incorporación de esta nueva documentación al expediente, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado la apertura de un nuevo trámite de audiencia.

7. Con fecha 29 de enero de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas suscribe propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación. En ella señala que el tratamiento inicial de las lesiones agudas que el paciente presentaba se determinó por la sintomatología que él mismo refirió al ingreso, no existiendo mención alguna por su parte al dolor en el borde cubital de la muñeca hasta la consulta externa de 28 de julio de 2017, más de un año después de la relativa al traumatismo derivado de la actividad deportiva que le ocasionó la lesión y de la prescripción de su tratamiento.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de febrero de 2019, 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 interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “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 supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 21 de junio de 2018, habiendo sido intervenido el paciente de estiloidectomía cubital el día 17 de enero de 2018 y encontrándose aún pendiente de rehabilitación, es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- 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 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 del servicio afectado, 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 (27 de febrero de 2019) 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.

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 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, 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 un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se reclama una indemnización por los daños procedentes de un presunto error de diagnóstico. En síntesis, lo que el interesado reprocha a la Administración es que en la valoración de su lesión, efectuada el 3 de julio de 2016 y que determinó una fractura de Bennett, no se hubiese apreciado una pseudoartrosis *vs.* falta de consolidación de nervio cubital que sí fue advertida tras la correspondiente prueba de Rx practicada el 28 de julio de 2017.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 135/2018), 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 en el contexto de las circunstancias apreciadas en cada caso. 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 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 la mera constatación de un error médico o de un retraso diagnóstico entrañe *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 el supuesto examinado el interesado, a quien corresponde demostrar la falta de diligencia, propone como toda actividad probatoria la incorporación al expediente de su historial clínico. A instancias de la Administración, se unen al mismo los diversos informes emitidos por el Servicio de Salud del Principado de Asturias y la compañía aseguradora. El análisis de esta documentación no permite apreciar incorrección alguna en las actuaciones practicadas.

En efecto, a la vista de los informes elaborados por los Servicios de Urgencias, de Radiología y de Cirugía Plástica, así como el de la entidad aseguradora y la propuesta de resolución, entendemos que el diagnóstico de urgencia se ajustó a la buena praxis, pues el tratamiento inicial de las lesiones agudas que presentaba -fractura de Bennet- se determinó con urgencia a partir de la sintomatología manifestada por el propio paciente al momento del ingreso, no existiendo referencia alguna por su parte a otras lesiones de carácter crónico y no agudo en el borde cubital de la muñeca hasta la consulta externa de 28 de julio de 2017; síntomas que no fueron puestos de relieve por aquel ni resultaban apreciables como signos recientes de la fractura examinada en la exploración física en el momento inicial de su consulta en el Servicio de Urgencias. Por ello, la secuencia terapéutica fue correcta, tratándose inicialmente la lesión aguda (fractura de Bennet) de manera urgente y después, al aparecer la clínica, interviniéndose la lesión crónica (pseudoartrosis de estiloides).

Por tanto, los datos obrantes en el expediente, que no han sido contrastados ni contradichos por el reclamante, no permiten demostrar una mala praxis en el diagnóstico del día 3 de julio de 2016; al contrario, ponen de manifiesto que la actuación sanitaria practica fue ajustada a los protocolos médicos aplicables, resultando conforme a la *lex artis ad hoc*.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.