

Expediente Núm. 278/2019
Dictamen Núm. 20/2020

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 29 de enero de 2020, 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 15 de noviembre de 2019 -registrada de entrada el día 20 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los costes de la medicina privada a la que acude por pérdida de confianza en la sanidad pública.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 24 de abril de 2019, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los costes sufragados en la medicina privada como consecuencia de una mala praxis del servicio público sanitario.

Expone que sufrió una caída el día 16 de agosto de 2018 y que fue trasladada al Hospital "X", diagnosticándosele "una fractura de Colles en la muñeca derecha" que se inmoviliza con yeso, y precisa que a los tres días acude de nuevo al Servicio de Urgencias del citado hospital "por hinchazón y dolor".

Indica que es atendida en su centro de referencia, el Hospital "Y", los días 24 y 31 de agosto de 2018, y que se estima una evolución correcta, pero que el 17 de septiembre se observa la necesidad de intervención quirúrgica por desplazamiento de la fractura, cirugía que se lleva a cabo el día 20 de septiembre. Manifiesta que acude a revisión el día 3 de octubre, y que se le comunica que "todo evolucionaba correctamente", procediéndose a la retirada de los puntos y de la férula. Los días posteriores sufre un gran dolor e inmovilidad en muñeca y brazo, por lo que vuelve a Urgencias el día 10 de octubre, quedando ingresada doce días "tras un diagnóstico previo de `distrofia simpático-refleja". Confirmado el diagnóstico, le indican "que se trataba de una enfermedad rara de origen desconocido que afecta a un 5 % de las personas que sufren una fractura, que se caracteriza por un fuerte dolor crónico de tipo neuropático, atrofia, pérdida de movilidad y osteoporosis local, siendo el único tratamiento posible la administración de medicación y la fisioterapia, y con un pronóstico de curación totalmente impredecible".

Señala que recibe al alta el día 22 de octubre de 2018 y que se le pauta "gran cantidad de medicación", enumerando hasta siete medicamentos, y que inicia rehabilitación el día 24 de ese mismo mes. Simultáneamente es atendida por el Servicio de Traumatología los días 14 de noviembre y 19 de diciembre, confirmándose el diagnóstico. Se le reitera que "al ser un dolor de tipo neuropático de causas bastante desconocidas no era previsible su remisión y podía durar meses o años. Me explicó que mi estado anímico y emocional era fundamental para combatir `la enfermedad`, pues al tratarse de una alteración del sistema nervioso periférico era fundamental que estuviese `lo más tranquila posible`. Por lo cual me aconsejaron buscar atención psicológica para vencer el

estado de ansiedad y convivir con el dolor”. En la revisión del Servicio de Rehabilitación de 2 de enero de 2019 se le informa de que “la movilidad había alcanzado el límite por encima del cual ya no se podía avanzar más con la rehabilitación”.

Añade que además de “la rehabilitación realizada en la Seguridad Social, y con la idea de poner todo de mi parte para revertir, en la mayor medida posible, la calamitosa situación en que me encontraba, estuve haciendo rehabilitación diariamente en un centro privado durante los meses de noviembre, diciembre y parte de enero. Este tratamiento, junto con las consultas médicas psicológicas recomendadas y la medicación pautada, me supuso un gasto superior a los 2.000 euros”.

Refiere percatarse de deformidad en la muñeca que vincula al dolor que soporta, por lo que decide pedir una segunda opinión, lo que la lleva a ser atendida en el Hospital “X” el día 11 de enero de 2019, donde el Jefe del Servicio de Traumatología le informa de la necesidad de una segunda operación “para retirar el material de osteosíntesis que estaba causando serios daños”.

Explica que, “visto que el servicio público de salud había sido el que, por la mala praxis de sus médicos, no solo había creado el problema, sino que había persistido en él sin ofrecerme más salida que la aceptación, decidí solicitar una nueva opinión médica fuera del ámbito del sistema público de salud”, por lo que el 16 de enero de 2019 acude a una clínica privada y se somete a una intervención quirúrgica el día 22 de enero, recuperando la movilidad gradualmente y sin dolor, con supresión de la medicación.

Invoca los dolores padecidos y la depresión “a la vista de un diagnóstico que solo vaticinaba pérdida de la extremidad y dolores constantes” por “una ‘enfermedad rara’ cuya causa prácticamente se atribuyó a mi ‘estado nervioso’, y avocada a vivir con una discapacidad funcional y un dolor crónico por tiempo indefinido”, a lo que “han de sumarse los gastos (...) tanto farmacológicos, como de rehabilitación, de asistencia psicológica y, principalmente, de la operación”.

Respecto al *quantum* indemnizatorio, indica que asciende a veinte mil cuatrocientos euros (20.400 €), que justifica mediante facturas y desglosa diferenciando entre la asistencia que sigue a la primera intervención (sesiones de fisioterapia y consultas de Traumatología y Psicología), que suman 1.750 €, y los gastos derivados de la segunda operación, que suponen 18.650 €.

Acompaña a su escrito copia de diversa documentación clínica, entre la que se incluye el informe emitido por el facultativo que la interviene en la clínica privada. En él se recogen el diagnóstico y la intervención, llevándose a cabo, entre otras prácticas, "incisión previa que se amplió a proximal, se extrajo material de osteosíntesis", reseñándose que "a las 24 horas se comenzó la movilización. Ha evolucionado de forma satisfactoria con desaparición inmediata del dolor distrófico y con movilidad casi normal".

2. Mediante escrito de 7 de mayo de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la interesada 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, el plazo de resolución del mismo y el sentido del silencio administrativo.

3. El día 7 de junio de 2019, la Gerente del Área Sanitaria VII remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica de la paciente y los informes emitidos por los Servicios de Rehabilitación y de Traumatología del Hospital "Y".

En la historia clínica aparece el documento de consentimiento informado para la práctica de osteosíntesis de fractura de muñeca derecha, donde se menciona genéricamente que toda intervención quirúrgica presenta riesgos que pueden requerir tratamientos complementarios, médicos o quirúrgicos, así como que dicha operación en particular (que se describe como "colocación de dispositivos de sujeción de la fractura, que suelen ser mecánicos, como

tornillos, agujas, clavos, placas”) puede conllevar una serie de complicaciones, enumerándose entre ellas la “consolidación en mala posición. Aflojamiento del material implantado”, y que “es posible que (...) sea precisa una segunda operación para extraer el material colocado en la primera”.

El Servicio de Rehabilitación remite el informe correspondiente a la consulta de 22 de abril de 2019, en el que se deja constancia de que en aquella fecha la flexión palmar es “de 20° y 15° de flexión dorsal. Inclinaciones laterales nulas./ Supinación 0° y pronación al 25 %. Todos los movimientos acompañados de dolor./ Faltan entre 1 y 2 cm para el puño completo con los dedos largos”. Consta en él también una anotación el 5 de marzo de 2019 en la que se refiere que “se inicia nuevo tratamiento fisioterápico con evolución favorable y mejoría sintomática”. En el apartado relativo a “evolución y comentarios” se señala que con fecha de 22 de abril de 2019 “se procede al alta de nuestro Servicio (...) con la siguiente exploración funcional:/ Flexión dorsal activa 70° (normal 80°)./ Flexión palmar activa 60° (normal 70°)./ Pronosupinación normal./ Realiza un puño completo con fuerza./ Todos los movimientos se acompañan de dolor al finalizar su excursión”. Como tratamiento, se recomienda fisioterapia.

El informe del Servicio de Traumatología, elaborado el 4 de junio de 2019, refleja que la paciente fue examinada clínica y radiológicamente, y que se observa una evolución satisfactoria el día 24 de agosto, que fue revisada el día 31 del mismo mes y que se la cita para dos semanas después. En el control de esa fecha se aprecia la necesidad de intervenir quirúrgicamente, lo que acontece el día 20 de septiembre sin incidencias (osteosíntesis con placa atornillada), pero “presenta tumefacción y dolor posoperatorio, habitual en este tipo de cirugía, siendo alta el día 24 de septiembre. Ante la persistencia de la sintomatología se decide ingresar a la paciente para control del dolor y descartar posibles complicaciones, realizándose un TAC en el que no se observa ningún hallazgo anómalo. Ante el cuadro de dolor de tipo neuropático (...) se diagnostica de dolor regional complejo, también conocido como algodistrofia

simpático-refleja, enfermedad de Sudeck”; síndrome que se manifiesta como una complicación de la cirugía de muñeca entre el 0,05 y el 35 % de los casos y que presenta una patogénesis y fisiopatología dudosas, resaltando que en el caso planteado se daban las circunstancias que lo caracterizan. Añade, respecto a las respuestas frente a esta enfermedad, que “todos estos tratamientos fueron utilizados en la paciente con ligera mejoría del cuadro, que se sabe que es de larga evolución./ Discutido el caso en sesión clínica del Servicio, se había decidido repetir las pruebas (...) para ver la actividad de los nervios periféricos. No obstante, la paciente decide por su cuenta acudir a una consulta privada y ser intervenida en la misma, no acudiendo a las revisiones prescritas”.

4. A continuación se incorpora al expediente el informe pericial librado por una facultativa a instancia de la compañía aseguradora de la Administración el 27 de agosto de 2019. En él se indica que, tras el análisis de la documentación, “no se han constatado actuaciones negligentes. No constan complicaciones intraoperatorias”, y señala que la mala evolución posoperatoria, junto con la característica del dolor y la presencia de osteopenia, “sugieren el diagnóstico de (distrofia simpático refleja)”. Repara en que en el informe del alta tras la segunda hospitalización en Traumatología figura una “sospecha de (distrofia simpático refleja)”, indicando que no se trata de un “diagnóstico definitivo ni excluyente. Ante la sospecha la indicación de tratamiento específico no supone mala praxis./ Posiblemente fue una orientación diagnóstica equivocada”. Subraya que posteriormente en el Hospital “X” “se informa (...) de la posibilidad de una nueva intervención. La paciente no prosiguió estudios ni nuevos controles (...) y decidió por voluntad propia acudir a la sanidad privada, donde fue intervenida con resultados satisfactorios”.

Afirma que atender esta reclamación “supondría un trato de favor para aquellos pacientes con posibilidades económicas que se lo puedan financiar”, y concluye que corresponde desestimar la reclamación.

5. Con fecha 23 de octubre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la interesada la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El día 30 de octubre de 2019, esta presenta un escrito de alegaciones en el que se reitera en el contenido de su reclamación. Aporta un informe médico emitido por el doctor que la atendió en la medicina privada “solicitado por el médico de cabecera para darme el alta médica”.

6. El 8 de noviembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al entender que la asistencia dispensada no incurre en mala praxis, estando recogido en el documento de consentimiento informado de la intervención quirúrgica practicada la aparición de complicaciones que pueden requerir una nueva operación, y que la decisión de acudir a una clínica privada fue tomada de forma libre y consciente por la reclamante, sin que pueda, por tanto, repercutir el coste en calidad de perjuicio generador de responsabilidad al servicio público de salud. Pone de relieve que acudió a este “en busca de una segunda opinión”, que se “informa a la paciente de la posibilidad de una nueva intervención” y que no existe “constancia en el expediente de haber proseguido estudios y/o nuevos controles en el (Hospital `X´) encaminados a la misma; por tanto, no teniendo opción de llegar a la orientación terapéutica adecuada mediante la intervención quirúrgica pertinente, que en este caso se ha realizado en centro privado, no encontrándose este supuesto incluido dentro de los casos excepcionales previstos en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud, referidos solo a aquellos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan tenido que ser atendidos fuera de dicho Sistema”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de noviembre 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 Salud, 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 la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 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 el día 24 de abril de 2019 por el daño que se anuda a un tratamiento dispensado en octubre de 2018 y a un error diagnóstico que se despeja en enero de 2019, por lo que es claro que la acción se ejercita 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 de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se observa 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 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.- Reclama la interesada el resarcimiento de los gastos satisfechos en la medicina privada, en la medida en que un desacertado tratamiento de una fractura de muñeca y un erróneo diagnóstico de distrofia simpático refleja (Sudeck) la empujaron a acudir primero a unos tratamientos complementarios y después a una cirugía en la sanidad privada, siendo intervenida satisfactoriamente.

Se constata -mediante las correspondientes facturas- el perjuicio consistente en haber afrontado gastos en la medicina privada que guardan relación con la patología de la que venía siendo tratada la paciente en el sanidad pública.

Enfrentándonos por tanto a una compensación de gastos, debemos recordar que este Consejo ya se ha referido en supuestos similares a la diferencia entre la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que se contempla de forma específica en el artículo 4.3 del 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, y la de responsabilidad patrimonial (por todos, Dictámenes Núm. 232/2013 y 93/2019). Respecto 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 sanitarios ocasionados “fuera del Sistema Nacional de Salud”, disponiendo que solo resulta procedente en “casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital”, y “una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción”.

En el supuesto planteado, sin embargo, la interesada ha calificado expresamente su solicitud como de responsabilidad patrimonial y persigue el resarcimiento del quebranto económico derivado del hecho de haber acudido a la sanidad privada para contribuir a la curación, en un primer momento, y tras el fracaso del tratamiento de la fractura y el equivocado diagnóstico de "Sudeck", posteriormente. Se constata, por tanto, que la asistencia privada no se produce en el contexto de una amenaza vital, urgente e inmediata que no pudiera ser resuelta por la sanidad pública, sino que ha sido debida a un abandono voluntario del sistema público sanitario. En consecuencia, si bien nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial comprensiva del importe de los gastos sanitarios satisfechos, su estimación debe someterse al cumplimiento de los mismos requisitos impuestos a cualquier otra reclamación de esta índole.

Entre ellos, es patente que la mera constatación de un perjuicio surgido en el curso de la actuación 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 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 (entre otros, Dictámenes Núm. 246/2017 y 146/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un

componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). 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 se constata que la interesada es tratada sin éxito de una fractura de muñeca con férula de yeso, siendo entonces intervenida mediante osteosíntesis con placa atornillada, tratamiento que también fracasa y conduce a la orientación diagnóstica equivocada de distrofia simpático refleja. En ese contexto, la enferma acomete gastos acordes con las pautas que recibe (rehabilitación y consultas de Psicología, que sugiere se le recomiendan), y ante la mala evolución de su dolencia (refiere percatarse de deformidad en la muñeca) interesa una segunda opinión médica al Servicio de Traumatología de otro hospital público, donde -según manifiesta- se le informa de la necesidad de una nueva operación “para retirar el material de osteosíntesis que estaba causando serios daños”. Sin embargo, la paciente acude, sin atender a las revisiones pautadas ni mediar otra consulta, a una clínica privada en la que es operada satisfactoriamente, lo que revela el error en el diagnóstico primigenio de “Sudeck”.

Se plantea, en suma, el resarcimiento de unos gastos que se efectúan en mérito a un diagnóstico equivocado y de otros que responden a una pérdida de confianza en la sanidad pública, al vincularse el padecimiento al material de osteosíntesis -y no a la distrofia- como causante del daño que padecía.

Deteniéndonos en los gastos asociados a la rehabilitación inicial, se repara en que la reclamante parece subsumirlos en aquella pérdida de confianza, pero es claro que son anteriores y se anudan precisamente al crédito que entonces dispensaban a la interesada las indicaciones de los facultativos. No obstante, aquella no concreta en qué consiste la mala praxis que denuncia, limitándose a señalar que la actuación médica “había creado el problema” y a deducir el reproche culpabilístico de la posterior constatación de un error diagnóstico.

Respecto a la imputación de haber “creado el problema”, procede aclarar que no nos enfrentamos a un caso de olvido de material quirúrgico tras una intervención, pues la osteosíntesis practicada consiste -tal como se recoge en el documento de consentimiento informado- en la “colocación de dispositivos de sujeción de la fractura, que suelen ser mecánicos, como tornillos agujas, clavos, placas”, y que solo ante complicaciones descritas deben extraerse mediante una segunda operación. Tampoco se advierte -ni se apunta por la perjudicada- ninguna mala praxis en la cirugía de osteosíntesis, observándose que la eventual necesidad de retirar la placa, en ocasiones por intolerancia o rechazo, y reintervenir la fractura es uno de los riesgos específicos contemplados en el documento de consentimiento informado firmado por la reclamante. Esto es, tal como se aprecia en todas las periciales incorporadas al expediente, se materializa aquí uno de los riesgos típicos de la osteosíntesis asumido por la paciente, sin atisbo de mala praxis en el abordaje quirúrgico.

Por otro lado, hemos de recordar que el servicio público sanitario no tiene la obligación de determinar la naturaleza de la enfermedad antes de la manifestación de sus signos clínicos típicos, ciñéndose el deber médico a la aplicación de los medios precisos en función de los síntomas mostrados por los pacientes. En otras palabras, y como venimos señalando de forma constante (entre otros, Dictámenes Núm. 76/2019, 146/2019 y 213/2019), el hecho de que sea la clínica la que determina el alcance de la obligación de medios excluye que pueda proyectarse *ex post facto* al juicio sobre la corrección de la actuación sanitaria el estado de situación ignorado al momento de la atención y conocido al formularse la reclamación. Como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2009 -ECLI:ES:TSJAS:2009:1386- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), “lo cierto es que el juicio que debe efectuarse no es el juicio *ex post* una vez conocido todo el desarrollo posterior, sino un juicio *ex ante* para en función de los datos y circunstancias conocidas en ese momento” saber si “la decisión hubiera sido o no correcta”. Por ello, quien persigue ser indemnizado por mala

praxis en la fase de diagnóstico debe acreditar que los síntomas o signos existentes al tiempo de recibir la asistencia que reputa deficiente eran sugestivos en aquel momento de la patología finalmente evidenciada -al menos en un grado de probabilidad suficientemente significativo-, y que tal sospecha diagnóstica imponía la aplicación de técnicas y medios distintos de los empleados. En este caso, no solo no se aporta pericial de parte que analice la posible incorrección de los actos médicos sobre la base de los datos objetivados en su momento, sino que la reclamante guarda silencio en torno a esos concretos extremos, y de las periciales obrantes en el expediente no se deduce infracción alguna de la *lex artis* médica, por lo que no puede este Consejo alcanzar una conclusión distinta.

En definitiva, si bien el esfuerzo de la perjudicada para “revertir” su estado -acudiendo a sesiones diarias de rehabilitación y consultas de Psicología- resultó inútil ante lo errado de la orientación diagnóstica, nada objetiva que la clínica que presentaba indujera a descartar el diagnóstico efectuado o fuera sugestiva de la patología que a la postre se detectó.

Respecto a la invocada pérdida de confianza en la sanidad pública, este Consejo ya se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre las circunstancias en las que esa desconfianza resulta legítima y, por tanto, puede dar lugar al reembolso de esos gastos privados. Así, ha manifestado (por todos, Dictámenes Núm. 56/2013 y 17/2017) que para considerar legítimo el abandono del servicio público sanitario hemos de atender a consideraciones objetivas y subjetivas. 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. Y para ello hemos de valorar si la desconfianza generada pudo haber sido resuelta en el seno del propio servicio público por los cauces habituales; juicio en el que constituye un indicio el hecho de si el paciente, por ejemplo, conocida la necesidad de una prueba diagnóstica o de una cirugía, abandona de modo inmediato el sistema público para realizar dichas prácticas en la medicina privada sin dar la menor oportunidad a aquel de efectuarlas”.

En el supuesto examinado, tal y como se ha razonado, la reclamante no concreta en qué consiste la mala praxis que denuncia ni aporta pericial alguna que desvirtúe lo manifestado por los técnicos de la Administración y su compañía aseguradora, por lo que no puede estimarse acreditada la infracción de la *lex artis*. A su vez, se constata que la perjudicada interesa una segunda opinión médica (aunque en rigor no es tal, ya que presenta sintomatología novedosa al percatarse de deformidad en la muñeca), para lo que acude al Servicio de Traumatología de otro hospital público, donde -según manifiesta- recibe unas indicaciones coincidentes con el tratamiento que posteriormente también se le pauta en el sector privado (descartando la distrofia simpático refleja y apuntando a la necesidad de reintervenir retirando el material de osteosíntesis), pero a continuación acude sin ninguna otra consulta ni revisión a la medicina privada, apartando así a la sanidad pública de la posibilidad de llevar a cabo el abordaje de la patología a la vista de las nuevas sospechas.

En suma, en el caso que analizamos no se cumplen los condicionantes señalados, toda vez que no se objetiva una infracción trascendente de la *lex artis* en el proceso asistencial, que genéricamente se invoca pero no se prueba, no se deduce ninguna pérdida de oportunidad terapéutica y lo actuado pone de relieve que la paciente no acude a la medicina privada como consecuencia de

una situación inabordable desde el sistema público, sino más bien motivada por la comprensible voluntad de revertir cuanto antes una “calamitosa situación” que, no obstante, pudo también acometerse desde el servicio público.

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 #reclamante#.”

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.