

Dictamen Núm. 126/2020

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 28 de mayo de 2020, por medios electrónicos, 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 3 de enero de 2020 -registrada de entrada el día 15 de ese 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 retraso en el tratamiento de una escara necrótica y de un edema óseo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 5 de abril de 2019, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que atribuye a la asistencia sanitaria recibida tras ser “atropellada por una furgoneta que le pasó con una rueda en dos ocasiones por encima de la rodilla izquierda”.

Expone que el día del accidente, 26 de septiembre de 2018, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital “X”, que le diagnosticó “policontusiones” con

expresa referencia a que no había signos de fractura, recibiendo el alta médica el mismo día.

Señala que el 3 de octubre de 2018 acude al Servicio de Urgencias del Hospital "Y" ante la persistencia de "fuertes dolores en la extremidad izquierda", diagnosticándosele una "fractura proximal de tibia izquierda parcial articular (...), depresión en platillo interno", siendo derivada al Hospital "X" "para la realización de un estudio y valoración y tratamiento de la escara necrótica que presentaba en esa misma pierna".

Manifiesta que "los dolores en la zona de la herida eran cada vez más fuertes", y que "ante la inacción del personal" del Hospital "X" "el día 6 de octubre de 2018 (...) acude nuevamente al Hospital "Y", donde (...) se observa la existencia de una escara necrótica externa en la pierna con área de sufrimiento cutáneo que tiene probable relación con un hematoma sobreinfectado".

Reprocha al personal del Hospital "X" que "no solo no se diagnosticó correctamente la fractura que (...) presentaba sino que se omitió cualquier tipo de tratamiento sobre el edema (...), limitándose a revisarlo y pautar una medicación sin realizar ningún (tipo) de intervención sobre el mismo". Sostiene que se ha puesto "en claro riesgo" su salud "por una deficiente atención médica, al no haber actuado diligentemente en el diagnóstico y tratamiento de (sus) lesiones".

Por todo lo anterior solicita que se depuren "las responsabilidades a que tales actos puedan dar lugar" y se la indemnice "por los daños y perjuicios derivados de todo ello".

Adjunta a su escrito los informes médicos relativos al proceso asistencial objeto de reclamación.

2. Con fecha 10 de abril de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas envía una copia de la reclamación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

3. Mediante oficio de 12 de abril de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas concede a la interesada un plazo de diez días para que proceda a “la cuantificación económica del daño o, en su defecto, indicar las causas que motivan la imposibilidad de realizarla”, con la advertencia de que si así no lo hiciera se la tendrá por desistida de su reclamación.

El 2 de mayo de 2019, la perjudicada presenta un escrito en el que cuantifica el daño sufrido en quince mil euros (15.000 €).

4. Con fecha 20 de mayo de 2019, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

5. Previa petición formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el 23 de mayo de 2019 el Gerente del Área Sanitaria V le remite un CD que contiene el informe elaborado por la Jefa de la Unidad de Urgencias del Hospital “X” y una copia de los informes relativos a la asistencia dispensada en dicho hospital y en el Hospital “Y” y de la historia clínica obrante en atención primaria.

6. A continuación obra incorporado al expediente el informe pericial elaborado a instancias de la compañía de seguros por una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal, el 17 de julio de 2019. En él señala, en relación con la fractura, que “el diagnóstico que se realizó en el (Hospital “Y”) era erróneo”, ya que cuando el día 6 de octubre de 2018 acude al Servicio de Urgencias del referido centro “no se hace alusión a la citada fractura” y “tampoco en la reclamación menciona tratamiento alguno de la hipotética fractura”.

En cuanto a la escara-infección de la pierna, indica que la evolución posterior “fue favorable durante el ingreso en el (Hospital “Y”) con intervención del Servicio de Cirugía Plástica”.

Concluye que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis*”.

7. Mediante oficio notificado a la interesada el 30 de octubre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

Tras examinar el expediente, el 14 de noviembre de 2019 presenta la perjudicada un escrito de alegaciones en el que manifiesta su disconformidad con los informes emitidos por la Jefa de la Unidad de Urgencias y la especialista que informa a instancias de la entidad aseguradora. En cuanto a la fractura de la meseta tibial izquierda, señala que “el diagnóstico definitivo es el de edema óseo, determinado tras la realización el 29-11-2018 de una resonancia magnética” en un centro privado (acompaña informe de la resonancia y factura).

Finalmente, subraya que también es objeto de esta reclamación “el daño moral ocasionado” tanto a la reclamante “como a su familia más directa por el dolor, angustia y padecimientos infringidos por la más que evidente actuación imprudente del personal” del Hospital “X”.

8. Con fecha 11 de diciembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. A la vista de los informes emitidos por los especialistas que han analizado el caso, razona que “la reclamante sabía cuando puso la reclamación que no existió nunca una fractura y sin embargo centra en este hecho toda la reclamación. Cuando puso la reclamación el 5 de abril de 2019 afirma que no se diagnosticó la fractura que padecía y, sin embargo, ya sabía por una resonancia hecha privadamente el 29 de noviembre de 2018 que no tenía fractura y que padecía un edema óseo, lo que se corresponde con el diagnóstico hecho en la sanidad pública”.

Respecto al desbridamiento de la úlcera, subraya que ya en el Hospital “X” “se le informó que podría ser necesaria”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de enero de 2020, 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 como titular del servicio público sanitario.

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 5 de abril de 2019, habiendo tenido lugar la asistencia sanitaria que la motiva el día 26 de septiembre de 2018, por lo que 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 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 21.1 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.

SIXTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se interesa una indemnización por los daños que la reclamante atribuye a un retraso en el diagnóstico y tratamiento

de las lesiones sufridas en su pierna izquierda tras ser atropellada por una furgoneta.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que el 26 de septiembre de 2018 la perjudicada acude al Hospital "X", "tras atropellamiento en la calle", refiriendo "dolor en MII de rodilla para abajo". Se le realiza una radiografía de tibia, peroné y tobillo izquierdo que no muestra "signos de fractura", siendo el diagnóstico principal de "policontusiones". Una semana después acude al Servicio de Urgencias del Hospital "Y" "por persistencia de dolor en rodilla izquierda (...), edema intenso (...) y escara necrótica en región medial de pantorrilla izquierda", apreciándose en la radiografía una "fractura de meseta tibial izquierda". Sin embargo, según la opinión de los expertos que han analizado el caso dicha fractura nunca llegó a existir, y así lo reconoce la propia interesada. Al respecto, la Jefa de la Unidad de Urgencias del Hospital "X" señala que "con las radiografías simples realizadas en Urgencias" no se puede concluir que haya fractura, y que en la plataforma informática de los hospitales que atendieron a la paciente no se recoge consulta para valoración de la misma. Por su parte, la facultativa que informa a instancias de la compañía aseguradora afirma que el diagnóstico alcanzado en el Hospital "Y" "era erróneo", ya que en los informes relativos al ingreso hospitalario el día 6 de octubre de 2018 cuando acude de nuevo al Servicio de Urgencias del referido centro "no se hace alusión a la citada fractura" y "tampoco en la reclamación menciona tratamiento alguno de la hipotética fractura", apreciándose la existencia de una escara necrótica externa en la pierna con área de sufrimiento cutáneo que tiene probable relación con un hematoma sobreinfectado. La propia perjudicada manifiesta en el trámite de audiencia que una resonancia magnética efectuada el 29 de noviembre de 2018 en un centro privado arrojó el "diagnóstico definitivo (...) de edema óseo", evidenciándose que nunca llegó a sufrir una fractura tibial, de lo cual ya era conocedora en el momento de formular la presente reclamación.

Descartado que la pretensión resarcitoria pueda fundarse en el retraso diagnóstico de una lesión inexistente, se concluye que la reclamante acciona

por la omisión de “cualquier tipo de tratamiento sobre el edema que presentaba”, y el daño cuyo resarcimiento impetra consiste en que se ha puesto “en claro riesgo” su salud. En su escrito de alegaciones la interesada explicita que el objeto de su reclamación es “el daño causado (...) al poner en peligro la integridad física”, al que se añade una demora en “el proceso de curación” y un “daño moral” ocasionado por la “actuación imprudente del personal” del Hospital “X”. Precisa además que el diagnóstico de edema óseo “pudo haber sido establecido con mucha antelación si se hubieran prescrito las pruebas señaladas en el protocolo”, pero no concreta en qué consiste el daño por el que reclama, aparte de la genérica invocación de que “se ha puesto en claro riesgo” su salud. Se limita a formular ciertas imputaciones vagas o hipotéticas, tales como que “podría haber perdido hasta la pierna” o que se ha producido “una demora significativa para la recuperación”, pero nada alcanza a objetivar la efectividad del daño reclamado, pues ni se constata el pretendido riesgo para su integridad ni el supuesto retraso en el abordaje del edema se revela idóneo para postergar su curación tras el atropello sufrido.

Como viene reiterando este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 10/2014), el primer requisito que debe satisfacer toda reclamación de responsabilidad patrimonial es que el daño alegado ha de ser efectivo, esto es, real, y que su existencia ha de quedar acreditada en el expediente. Este requisito constituye el núcleo esencial de cualquier reclamación, de modo que su ausencia determina el fracaso de toda pretensión indemnizatoria que se sustente en meras especulaciones, lo que implica que, por regla general, únicamente sean indemnizables los perjuicios ya producidos.

Con relación al daño moral, tampoco ha acreditado la perjudicada la existencia de manifestaciones físicas o psíquicas de entidad suficiente como para hacer real, efectivo y evaluable económicamente ese malestar. Este Consejo viene señalando reiteradamente (entre otros, Dictámenes Núm. 3/2008 y 134/2017) que la exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante, aun siendo liviana, existe, y aunque se atempere la carga de su demostración a la vista de las circunstancias de cada caso en particular no basta con su mera afirmación para tenerlo como cierto. La jurisprudencia

viene descartando las situaciones de mero malestar, incertidumbre e incomodidad, y exige una prueba específica fuera de los casos en que se infiera del propio "supuesto de hecho" (Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de febrero de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:516-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), sin que del sustrato fáctico aquí analizado se deduzca en modo alguno un daño resarcible.

Cabe presumir o deducir la realidad del daño moral en atención a la gravedad de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto cuando el daño invocado reviste tal entidad que permite su apreciación, sin necesidad de prueba específica, que ejemplificábamos en los supuestos de fallecimiento de familiares directos (Dictamen Núm. 51/2018) o en un aborto natural (Dictamen Núm. 108/2015). También hemos considerado la existencia de daños morales en los familiares cercanos por la pérdida de restos en un cementerio (Dictámenes Núm. 91/2008 y 104/2015) y en los casos de anulación de procesos selectivos con la obligación de reiterar las pruebas en especiales circunstancias (entre otros, Dictámenes Núm. 13 y 17/2019).

A mayor abundamiento, aunque se apreciara la concurrencia de algún daño nuestro pronunciamiento no variaría. Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 80/2020), 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 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 (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) 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*). Fuera de estos supuestos, 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 invocado retraso diagnóstico del edema óseo no puede ser acogido, toda vez que en el informe del Servicio de Urgencias del Hospital "X" de 3 de octubre de 2018 -casi dos meses antes de

que acudiera al centro privado- ya se recoge que la paciente presenta un "edema intenso en pierna y dorso de pie" (folio 9 de la historia clínica obrante en dicho hospital). En cuanto a la evolución posterior de la lesión, no consta que la perjudicada haya sido tratada por este motivo en la sanidad pública, sino que según la documentación remitida está a seguimiento por la mutua del seguro del automóvil que la atropelló, por lo que ninguna consideración procede efectuar al respecto.

Respecto a la falta de tratamiento de la lesión necrótica de la pierna izquierda, la interesada no aporta prueba alguna que sustente sus imputaciones de mala praxis. Por ello, nuestro enjuiciamiento acerca de la regularidad del quehacer médico ha de basarse en el análisis de las anotaciones que figuran en la historia clínica y los criterios técnicos contenidos en los informes obrantes en el expediente, procedentes todos ellos de la Administración y de su compañía aseguradora. La Jefa de la Unidad de Urgencias del Hospital "X" señala en su informe que "la primera vez que la paciente hace notar su dolor por la lesión cutánea es el día 3-10-2019", siendo valorada ese mismo día por el traumatólogo, que "realiza cura" y "le explica que en caso de empeoramiento de la lesión acuda sin cita para valoración urgente". Al día siguiente acude nuevamente al referido hospital y "se le hace ver (...) que en caso de mala evolución (hecho que puede ocurrir ante un traumatismo) pudiera ser necesario realizar desbridamiento de la escara". En efecto, en las notas de curso clínico que obran en la historia de la paciente en el Hospital "X" (folio 12) consta que el 4 de octubre de 2018 fue valorada por el traumatólogo, apreciándose "escara necrótica, delimitándose en cara int. pierna con bordes algo eritematosos", por lo que se pauta cobertura antibiótica y seguir con las curas "hasta delimitación de escara", con la indicación de volver "en una semana para valorar desbridamiento" y "en caso de empeoramiento o (síndrome) febril acudirá al (Servicio) de Urgencias". Sin embargo, dos días después la paciente decide acudir voluntariamente a otro centro hospitalario desoyendo las indicaciones del especialista del Hospital "X" y privando a este centro de la opción de dispensarle el tratamiento pertinente.

Por su parte, la facultativa que informa a instancias de la compañía aseguradora de la Administración aprecia que “la evolución posterior de la escara-infección de la pierna fue favorable durante el ingreso en el (Hospital “Y”) con intervención del Servicio de Cirugía Plástica”. Y, analizada la documentación médica aportada, no detecta “negligencias ni infracciones de la *lex artis*”, habiéndose “actuado de manera correcta según la clínica que presentaba la paciente en cada momento”.

En definitiva, y reiterando que la efectividad del daño no resulta acreditada a la luz de los informes médicos incorporados al expediente, la actuación del servicio público sanitario fue adecuada y conforme a la *lex artis ad hoc*, por lo que la pretensión no puede ser acogida.

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.