

Dictamen Núm. 243/2020

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 octubre 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 14 de agosto de 2020 -registrada de entrada el día 3 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la asistencia recibida por parte del servicio público sanitario con ocasión del tratamiento de una patología de hombro.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 27 de septiembre de 2019, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los perjuicios derivados de la asistencia recibida en un hospital público.

Expone que el día 4 de febrero de 2017 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital “con un fuerte dolor en el hombro (...). Dicen que es una simple contusión. No hacen pruebas./ La derivan a su médico de cabecera. Tampoco hace pruebas y la remite al fisioterapeuta del mismo centro de salud (...). Comienza una rehabilitación de una semana donde le terminan rompiendo los tendones”. Precisa que el 7 de marzo de 2018 se le diagnostica una “fractura del tendón hombro”, siendo intervenida el día 10 de febrero de 2019 en el Hospital, y afirma que aún no se ha recuperado y que padece fuertes dolores.

En cuanto al nexo causal, considera que “no está obligada a soportar el daño producido en la rehabilitación que le rompe los tendones porque el médico de cabecera debería conocer el estado de los mismos. Lo habría sabido mediante una prueba que no hizo. Intuyendo que se trataría de una mera contusión y enviándola directamente a rehabilitar./ Lo que ha conllevado necesariamente a sufrir la lesión”.

Solicita una indemnización de ciento cincuenta mil euros (150.000 €), “más el factor de corrección del 10 %” por ingresos.

2. Previa petición formulada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, la Responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite, el 19 de noviembre de 2019, una copia de la historia clínica de la paciente obrante en Atención Primaria y el informe emitido por una facultativa del centro de salud al que pertenece.

Con fecha 5 de diciembre de 2019, le traslada una copia de la historia clínica de la afectada en el Hospital

3. A continuación obra incorporado al expediente un informe pericial elaborado a instancia de la compañía aseguradora por una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal, con fecha 21 de enero de 2020. En él expone

diversas consideraciones médicas con base en las cuales concluye que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y, por lo tanto, correspondería desestimar la reclamación”.

4. Concluida la fase de instrucción del procedimiento, el 9 de marzo de 2020 se notifica a la reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

No consta en el expediente que se hayan presentado alegaciones.

5. El día 9 de julio de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en los informes emitidos durante la tramitación del procedimiento.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 14 de agosto 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 el día 27 de septiembre de 2019, habiendo sido intervenida quirúrgicamente la perjudicada en el mes de febrero de ese mismo año, por lo que, con independencia de la fijación de la fecha de estabilización de las secuelas (que sería posterior a la formulación de aquella, puesto que el alta del Servicio de Traumatología tiene lugar en el mes de octubre de 2019), 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 del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, en relación con el informe emitido por el servicio afectado, es doctrina reiterada de este Consejo que ha de abordar explícitamente las imputaciones vertidas en la reclamación (por todos, Dictamen Núm. 184/2020). Al respecto, este Consejo Consultivo ya consideró necesario subrayar, dentro del capítulo de "Observaciones y sugerencias" de la Memoria correspondiente al ejercicio 2019, la relevancia de que los informes de los servicios sanitarios a los que se imputa el daño "resulten minuciosos, razonados -y no descriptivos- y referidos singularmente a los daños y nexos causales invocados por los reclamantes".

Con idéntico propósito esclarecedor, también hemos recordado con insistencia (entre otros, Dictamen Núm. 129/2015) que la finalidad de la instrucción del procedimiento no es otra que la de proporcionar al órgano competente para resolver los elementos de juicio imprescindibles para dictar una resolución acertada. Con tal propósito, la tramitación debe integrar la aportación de los elementos de decisión necesarios, de forma tal que al término de la misma deberán estar claros tanto los hechos y las circunstancias en que se produjo el daño que da lugar a la reclamación, como los fundamentos con arreglo a los cuales habrá de pronunciarse la resolución.

Sentado lo anterior, se advierte que en el supuesto examinado el informe emitido por la médica de Atención Primaria no se extiende a la actuación del fisioterapeuta, cuando la rotura de tendones por la que se acciona sobrevino en una sesión de fisioterapia cuya fecha exacta no se concreta. No obstante, esa omisión no se revela incongruente con la reclamación presentada, toda vez que la perjudicada dirige su reproche específicamente frente a la médica de Atención Primaria (a la que se imputa no haber verificado el estado del hombro

antes de recomendar la fisioterapia), sin que denuncie una mala praxis en la actuación del Servicio de Fisioterapia.

Asimismo, 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.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por una paciente que atribuye al servicio público sanitario el padecimiento de una lesión en su hombro derecho.

La documentación incorporada al expediente acredita que a la perjudicada se le practicó una intervención quirúrgica consistente en artroscopia de hombro derecho para el tratamiento de una patología que había requerido asistencia previa, por lo que debemos presumir que ello implica un perjuicio cuya concreción realizaremos en caso de ser estimatorio el sentido de nuestro dictamen.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público y si ha de reputarse antijurídico, en

el sentido de que se trate de un daño que la interesada no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ha señalado este Consejo Consultivo en ocasiones anteriores (por todas, Dictamen Núm. 218/2019), 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 concretos.

Por tanto, para poder apreciar si 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.

También viene reiterando 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. Esto es, ha de constatarse tanto el reproche culpabilístico como el engarce fáctico entre el tratamiento dispensado u omitido y el resultado dañoso.

En dicho sentido, y con carácter preliminar, debemos advertir ya en este momento que a pesar de que incumbe a la reclamante la carga de la prueba, no desarrolla actividad probatoria alguna al respecto, por lo que este Consejo Consultivo ha de formar su convicción sobre la base de los informes técnico-médicos que obran en el expediente. Informes que, por otra parte, aquella no rebate en el trámite de audiencia, sin que tampoco las historias clínicas avalen algunos de los datos que sustentan la reclamación.

La perjudicada imputa al servicio público sanitario una negligente actuación que, de forma sumamente concisa y vaga, centra tanto en el Servicio de Urgencias hospitalarias como en su "médico de cabecera". Según su relato, en el primero se habría omitido la realización de pruebas para el diagnóstico de la patología causante del "fuerte dolor en el hombro" que motiva la consulta. A continuación, reprocha que "su médico de cabecera (...) tampoco hace pruebas y la remite al fisioterapeuta del mismo centro de salud", comenzando "una rehabilitación de una semana donde le terminan rompiendo los tendones".

Frente a tales aseveraciones, la revisión de las historias clínicas permite contrastar, en primer lugar, que en el Servicio de Urgencias se le efectuó el día 4 de febrero de 2017 una radiografía en la que no se detectó fractura alguna. Además, la versión de la afectada también soslaya que la derivación a dicho Servicio se produjo desde Atención Primaria con la finalidad, según reitera el informe emitido con ocasión del procedimiento de responsabilidad patrimonial, de realizar pruebas de imagen "si procedía", como así se hizo.

Prescrito reposo y analgesia, la persistencia del dolor y la limitación funcional motivaron una nueva consulta en Atención Primaria, resuelta con la solicitud de una "ecografía por sospecha de patología tendinosa"; prueba que se lleva a cabo el día 22 de marzo de 2017 y que evidencia alteraciones en los

tendones que configuran el manguito de rotadores, pero no su rotura, solicitándose a la vista de estos resultados consulta “preferente” en el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica el día 3 de mayo de 2017. Un año más tarde se le efectúa una resonancia magnética que revela “hallazgos (...) propios de una tendinosis con rotura parcial del mismo”, por lo que se propone cirugía que se practica en febrero de 2019.

Lo expuesto permite constatar que sí se realizaron, tanto tras la primera asistencia como en momentos posteriores, diversas pruebas orientadas a un correcto diagnóstico (radiografía, ecografías, y resonancia magnética), cumpliendo así el estándar asistencial adecuado a cada nivel de atención sanitaria en atención a la sintomatología de la paciente en cada momento.

En consecuencia, el reproche que se formula frente al facultativo de Atención Primaria -por haber derivado a la enferma “directamente” sin previa realización de prueba alguna- no es riguroso, puesto que consta la solicitud de una “ecografía por sospecha de patología tendinosa”, que se practica el día 22 de marzo de 2017, y que evidencia alteraciones en los tendones que configuran el manguito de rotadores, pero no su rotura, solicitándose a la vista de estos resultados consulta “preferente” al Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica el 3 de mayo de 2017.

A mayor abundamiento, el informe pericial de la compañía aseguradora explica que “en la mayoría de los casos la rotura tendinosa es el resultado del desgaste del tendón a lo largo del tiempo, lo que se conoce como rotura degenerativa”. La facultativa informante también corrobora la corrección de las sucesivas decisiones terapéuticas y asistenciales adoptadas, y destaca que “la paciente no consultó a su médico por omalgia y/o impotencia durante los meses previos a la consulta con Traumatología”.

Por nuestra parte, solo resta advertir que otras manifestaciones de la paciente -en concreto, las referidas a su estado en el momento de formular la reclamación (en el escrito presentado el 27 de septiembre de 2019 alude a la persistencia de “tremendos dolores”)- tampoco concuerdan con la situación

reflejada en el informe de alta emitido por el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospitalen el mes de octubre de 2019, en el que se constata “muy buena evolución” y que está “contenta con el resultado final”.

En definitiva, concluimos que en el presente supuesto no se ha acreditado que la asistencia sanitaria prestada a la interesada incurra en infracción alguna de la *lex artis ad hoc*, toda vez que la interesada fue atendida en cada momento en atención a sus padecimientos y los daños alegados no guardan relación con una mala praxis médica.

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.