

Dictamen Núm. 275/2021

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 23 de diciembre de 2021, 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 septiembre de 2021 -registrada de entrada el día 29 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, para el resarcimiento de los daños que achaca a la falta de diagnóstico de una rotura tendinosa por parte del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 21 de enero de 2021, la interesada presenta en el Registro General de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial para el resarcimiento de los daños sufridos a consecuencia de la ausencia de diagnóstico de una lesión tendinosa.

Refiere que el día 25 de mayo de 2020 sufre un accidente al torcerse un tobillo y caerse al suelo “con el brazo izquierdo estirado”. Al día siguiente, “viendo que el dolor no remitía con analgésicos”, acude al centro de salud, donde la atiende su médica de cabecera, quien le coge “ambas manos, estirando

los brazos” y le dice que le duele “por el golpe (...) y que con el tiempo se (...) pasaría”. Según relata, al finalizar la exploración le pide a la doctora que le ayude a ponerse la chaqueta, pues el dolor le impide hacerlo ella sola, y esta le responde que no puede tocarla por el COVID-19.

Manifiesta que a los dos días el brazo le seguía doliendo y que va a un fisioterapeuta, a la semana siguiente a otro distinto y, puesto que el dolor no cedía ni recuperaba movilidad, en el mes de julio recurre a un tercer fisioterapeuta que le hace una ecografía en la que aprecia “algunas fibras rotas”, indicándole que “los masajes no servirían de mucho”. A principios de septiembre visita a un cuarto fisioterapeuta que le recomienda “ir a un traumatólogo” para valorar “el alcance de la lesión y su localización exacta”.

Señala que con toda esa información vuelve a pedir consulta con su médica de Atención Primaria, comunicándole que las algias no han cesado y que la movilidad del brazo está disminuyendo. La doctora le indica que haga “ejercicios moviendo el brazo” y que si le duele tome “paracetamol”, mencionándole la paciente que “llevaba cuatro meses haciendo ejercicios y (que) había ido a cuatro consultas de fisioterapia y no había mejorado, por lo que no estaba de acuerdo con la solución”, ante lo cual aquella le pide una radiografía. Al día siguiente de realizarse la prueba la llama por teléfono para comunicarle que “tenía una tendinitis y algo de líquido en la articulación, pero que no tenía calcificaciones y que con la edad que tenía no podía esperar otra cosa (...). Nunca me mandó a la consulta de un traumatólogo”. Ante la falta de derivación al especialista acude a la consulta de un facultativo privado que le pauta una resonancia magnética del hombro. Realizada esta prueba se evidencia que “el tendón del hombro estaba parcialmente roto, más de la mitad, tenía líquido en la articulación y principio de artrosis en la clavícula”. El tratamiento indicado es “operar el supraespinoso para poder coserle y después de tres semanas inmovilizado hacer fisioterapia”. Precisa que es intervenida el día 12 de noviembre de 2020 y que en la actualidad está a tratamiento de fisioterapia, observando que el brazo le está “dejando de doler” y que va recuperando movilidad.

Significa que todo esto le ha supuesto “un desembolso notable” que “pasa de los 8.000 euros” y “una sensación de impotencia ante una (...) médica prepotente y poco trabajadora”.

Solicita que “se acuerde de inmediato la apertura de un expediente informativo a los efectos de evaluar la conducta” de la facultativa por “posibles negligencias infractoras, así como el contenido económico de la lesión de (sus) derechos como consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración”.

Adjunta diversa documentación médica y facturas correspondientes a la asistencia recibida en la sanidad privada por un total de ocho mil noventa euros con cincuenta y cinco céntimos (8.090,55 €), cuyo resarcimiento reclama.

2. Con fecha 22 de febrero de 2021, 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 máximo para la resolución y notificación del mismo y los efectos del silencio administrativo.

3. Atendiendo a la 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 una copia de la historia clínica de la paciente obrante en su centro de salud y el informe suscrito por la médica de Atención Primaria el 15 de marzo de 2021, al que le faltan páginas.

Advertida esta circunstancia por el Inspector de Prestaciones Sanitarias, la doctora le remite el informe completo. En él consta que el día 26 de mayo la paciente solicitó “consulta telefónica, comentó que había caído el día anterior y (le) dolía el brazo, (la) cité en mi consulta para verla presencial ese mismo día. Veo anotado que no observé hematoma ni deformidad y que la movilidad era normal, por lo que de momento indiqué analgesia y observación./ La movilidad en el caso del hombro consiste en decir al paciente que se desvista de cintura para arriba, observar si hay deformidades, hematomas o heridas y posteriormente, sentada frente al paciente, invitarle a que movilice ambos

brazos en todas las direcciones. El izdo. no lo elevaba por dolor, pero ante la inexistencia de signos externos de que hubiese sido un traumatismo fuerte recomendé tomar analgesia y ver evolución. La movilidad pasiva de ambos brazos era normal en las tres direcciones, abducción, elevación y retroflexión./ Hasta el 3 de septiembre no volvió a contactar conmigo, ni a retirar paracetamol de la farmacia en todo este tiempo; lo comprobé mirando a través de la receta electrónica la dispensación en farmacia de dicho fármaco. En esta ocasión me comentó dificultad para la elevación del hombro, estaba, según relató, a (tratamiento) con fisioterapia, no se veían vientres musculares sueltos y su fisio le comentó que pudiese ser que tuviese rotura de fibras o tendinitis del supraespinoso./ Pedí radiografía para descartar lesiones óseas antiguas y/o calcificaciones, que son la causa más común de dicha tendinitis. Tardaron en darle la cita para la Rx. Dejé copia de mi petición del día que llamó de nuevo en administración, la hicieron el 23 y el 24 llamé con el resultado. No tengo anotado, ni recuerdo que solicitase cita con Traumatología./ El 21 de diciembre solicitó copia de su historial, hice la copia y la dejé en el área administrativa, supongo que es la que utilizó para presentar en la documentación que acompaña a la presente reclamación, junto a los informes de asistencia en el área privada”.

Manifiesta que, “aunque la reclamante refiere en su escrito haber acudido a los dos días del hecho traumático (25-02-2020) a un fisioterapeuta y posteriormente a tres más, solamente acredita documentalmente la asistencia por este profesional el 01-09-2020 en la ciudad de Ávila. Desconozco las circunstancias que pudieron acaecer sobre esa articulación (hombro izquierdo) dado el lapso prolongado de tiempo en que no me solicitó consulta para valoración y en el que no retiró de la farmacia analgesia, al menos a través de la receta electrónica que le extendí./ El resultado de la Rx, como se puede ver en la copia del informe del radiólogo que aportó, es de pinzamiento del espacio subacromial, signos de artrosis del mismo. No informaron ni de derrame ni de aumento de partes blandas, como dice ella en su escrito./ Reseñar que en ningún momento fui informada por la paciente de los resultados de la prueba (eco de hombro que veo en los documentos que aporta ahora), realizada en el

ámbito privado. De haberlo hecho naturalmente no habría solicitado el estudio radiográfico y la habría derivado al servicio especializado correspondiente para valoración y tratamiento./ A partir del 24 de septiembre no tuve más contacto con la paciente, en ningún momento tengo reflejado en la historia tensiones verbales ni de conducta entre la paciente y yo. Suelo ayudar a vestirse y desvestirse a mis pacientes cuando lo necesitan, independiente del COVID, para ello usamos el material que tenemos (guantes y desinfectante), por lo que rechazo totalmente las acusaciones que vierte en su relato./ Los médicos tomamos nuestras decisiones en base a algoritmos diagnóstico/terapéuticos y, para ello, es imprescindible que los pacientes nos faciliten toda la información de que disponen (incluida la procedente del ámbito privado) al objeto de fundamentar adecuadamente nuestras decisiones”.

Adjunta el informe de resultados de la prueba de imagen en la que consta como hallazgo “pinzamiento del espacio subacromial”.

4. Mediante oficio notificado a la interesada el 18 de mayo de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una copia de los documentos obrantes en el expediente.

5. El día 28 de mayo de 2021, la reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que rebate las afirmaciones de la facultativa de Atención Primaria. Señala que “era imposible” que la doctora “viera si había hematoma, ni deformidad porque no (...) miró el hombro, solamente (...) cogió ambos brazos por las muñecas y las rotó. Cómo iba a ser la movilidad normal si no podía mover el brazo del dolor que tenía”.

Respecto a la afirmación de aquella de que “la movilidad en el caso del hombro consiste en decir al paciente que se desvista de cintura para arriba” y sentada frente a él “invitarle a que movilice ambos brazos en todas direcciones”, aclara que “nunca” le mandó desvestirse de cintura para arriba, ni sentarse en la camilla, ni movilizar el brazo en ninguna dirección, solamente rotar “las dos

muñecas, por lo que todo eso es falso y, mucho menos, ver si había hematomas o heridas”.

Sobre el comentario de que ante “la inexistencia de signos externos de que hubiese sido un traumatismo fuerte” recomendó “tomar analgesia y ver evolución”, manifiesta que “desgraciadamente era un traumatismo fuerte” y que con la exploración que le hizo, “como no tuviera visión de rayos X, era imposible que lo viera a través de la ropa. Y con respecto a la evolución, jamás (le) volvió a preguntar cómo estaba”.

En relación con la manifestación de que “la movilidad pasiva de ambos brazos era normal en las tres direcciones, abducción, elevación y retroflexión”, pone de relieve que no sabe lo que es “la movilidad pasiva, quizá lo de la rotación de las muñecas, pero es realmente llamativo decir que hay ‘movilidad normal’ en un brazo que casi no podía desprenderse del cuerpo por el dolor”.

En cuanto a la anotación de que no retiró “paracetamol en la farmacia”, indica que claro que no lo hizo porque “tenía en casa” y no tuvo necesidad, y que luego se cansó “de tomar pastillas que no (le) hacían ningún efecto y el brazo (le) seguía doliendo”.

Cuando la facultativa indica que “en esta ocasión (...) comentó dificultad para elevación del hombro, estaba, según relató, a (tratamiento) con fisioterapia (...) y su fisio le comentó que pudiese ser que tuviese rotura de fibras o tendinitis del supraespinoso”, se pregunta “por qué no se tomó en serio” su “dificultad y la sospecha del fisio y no (la) mandó al especialista” sino que le recomendó “ejercicios después de haber ido a cuatro consultas de fisioterapia”, y luego cuando ve su insistencia le “propone hacer una radiografía de la que se desprende el mismo tratamiento inútil, añadiendo si se “tenía que conformar” con quedarse “con el hombro inmovilizado”.

Manifiesta la médica que no recuerda que “solicitase cita con Traumatología”, cuestionándose si es “el paciente el que debe solicitar cita con el especialista” y “para qué sirve el médico de cabecera”, y subraya que si “el dolor no se (...) quita con analgésicos, ni con ejercicios, después de cuatro meses lo más normal es que el médico tome otra decisión, y si su saber no llega a más,

pues no se puede controlar todo, solicite la ayuda del especialista; el paciente no tiene por qué saber cuándo es necesaria dicha ayuda”.

Reseña que solamente acredita “la documentación de un fisioterapeuta porque fue el único que (le) hizo una ecografía y el que más se aproximaba al diagnóstico, los demás se limitaron” a darle masajes y a recomendarle, “con mucho acierto, la visita al traumatólogo”.

Considera indignante la aseveración de la facultativa de que desconoce “las circunstancias que pudieron acaecer sobre esa articulación (hombro izquierdo) dado el lapso prolongado de tiempo en que no (...) solicitó nueva consulta para valoración y en el que no retiró de la farmacia la analgesia”, sobre todo cuando no tuvo “la más mínima empatía después de un verano lleno de dolores y con la poca esperanza de poder recuperar la movilidad y “en septiembre (...) la valoración fue la misma, ‘analgésicos’, después de la radiografía más analgésicos y más dolor, y más enfado y menos movilidad”, e insiste en que la explicación que le ofreció la doctora al comunicarle “los resultados de la radiografía fue que era normal que (le) doliera con la edad que tenía”, destacando que “no es (su) costumbre, ni (su) carácter, exteriorizar el enfado ante una situación injusta, mucho menos de conducta”.

No duda de que la facultativa ayude “a vestirse y desvestirse” a sus pacientes cuando lo necesitan, pero quiere dejar constancia simplemente de que a ella no le “brindó esa ayuda” cuando se lo pidió y a duras penas se pudo poner la chaqueta, que por otra parte fue lo único que se quitó, reiterando que la contestación había sido que “no lo hacía a causa del COVID-19” y que se la pusiera ella sola.

6. Con fecha 1 de junio de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella señala que “la asistencia fue correcta y adecuada a la *lex artis* y de acuerdo a los síntomas y signos que presentaba. La paciente se mostró poco colaboradora con su facultativa de Atención Primaria, ocultando datos de su asistencia en la medicina privada”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de septiembre de 2021, 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 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 enero de 2021, habiéndose evidenciado el presunto error diagnóstico al que se imputan los daños sufridos, y del que derivaría el abordaje inadecuado de la dolencia, en el informe privado de la resonancia magnética efectuada el 28 de septiembre de 2020, 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.

SEXTA.- La pretensión que da lugar al procedimiento que analizamos va dirigida a obtener el reintegro de los gastos generados a causa del tratamiento de una rotura del tendón del supraespinoso en la sanidad privada, a la que acudió la paciente ante la desatención y falta de diagnóstico de su dolencia por el servicio público sanitario.

En lo que a la efectividad del daño se refiere, las facturas emitidas por el centro privado acreditan el desembolso por la interesada de la cantidad reclamada, cuyo importe asciende a 8.090,55 € por los conceptos de consultas médicas, pruebas diagnósticas y tratamiento quirúrgico en una clínica privada.

Acreditada la realidad del daño material que se reclama, correspondiente al reintegro de los gastos desembolsados por la asistencia recibida en un centro privado, hemos de recordar una vez más (por todos, Dictámenes Núm. 232/2013 y 51/2021) que es preciso distinguir entre el ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en supuestos de atenciones dispensadas fuera del Sistema Nacional de Salud y el de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Respecto a la primera, 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 el mismo 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”. Dicho procedimiento no está sometido al dictamen de este Consejo.

Ahora bien, sucede que en este caso la perjudicada califica expresamente su escrito como “reclamación”, y anuda la reparación del daño a la asistencia del servicio público, que reputa deficiente al no haber dado una respuesta inmediata a la clínica que diagnosticó y trató el centro privado. Según lo formalmente instado, la Administración ha tramitado el procedimiento de responsabilidad patrimonial por los gastos ocasionados en la sanidad privada, sin que la reclamante se haya opuesto en el transcurso de las actuaciones, siendo evidente, por otra parte, que la asistencia privada no se ha producido en el contexto de una amenaza vital urgente que no pudiera ser resuelta por la sanidad pública. Por tanto, nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial comprensiva del importe de los gastos sanitarios en

los que haya incurrido a consecuencia de esa actuación, si bien dicha responsabilidad patrimonial ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole. Consecuentemente, habrá que analizar, además de su efectividad, si nos hallamos ante un daño antijurídico -en definitiva, un daño que la perjudicada no tenga la obligación de soportar- y si ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario.

Como ya ha tenido ocasión de señalar 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 eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, 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 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.

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 (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.

Asimismo, venimos señalando reiteradamente (por todos, Dictámenes Núm. 4/2019 y 144/2021) que el hecho de que sea la clínica la que determina el alcance de la obligación de medios conlleva que quien persiga una indemnización por mala praxis en la fase de diagnóstico, como sucede en este caso, debe acreditar que los síntomas o signos existentes al tiempo de recibir la asistencia que reputa deficiente eran sugestivos de la patología finalmente evidenciada -al menos en un grado de probabilidad suficientemente significativo-, y que tal sospecha diagnóstica imponía al servicio público una actitud distinta de la empleada.

Puesto que en el caso que nos ocupa tal prueba no ha sido aportada, el juicio de este Consejo ha de formarse a la vista del conjunto documental constituido por la historia clínica y los documentos incorporados al expediente en el curso de la instrucción del procedimiento.

De las anotaciones obrantes en la historia clínica de Atención Primaria resulta que la perjudicada demanda asistencia en relación con la dolencia objeto de reclamación únicamente en dos ocasiones, los días 26 de mayo y 3 de septiembre de 2020. Según refiere la facultativa responsable, en la primera consulta practica la exploración protocolaria en la que comprueba que la movilidad pasiva de ambos brazos es adecuada en las tres direcciones, abducción, elevación y retroflexión, y deja anotado en la correspondiente hoja de episodios que la movilidad del brazo lesionado, si bien limitada por el dolor,

es “normal”, y que la extremidad no presenta “hematoma” ni “deformidades del hombro”. Puesto que en la exploración no se objetiva lesión alguna de importancia, la facultativa pauta “de momento solo paracetamol y ver evolución”. No tiene más noticia de la paciente hasta el 3 de septiembre de 2020, en que solicita consulta telefónica. Ese día le comenta a la doctora, según consta reflejado en la historia clínica, que tiene “dificultad para elevación” del hombro izquierdo y que, a pesar de estar con fisioterapia desde la caída, “sigue con poca movilidad”. También le refiere que no presenta “vientres musculares sueltos” y que “su fisio le comentó que pudiera ser que tuviese rotura de fibras o tendinitis del supraespinoso o manguito”, por lo que la médica -según consta en la hoja de resultados de pruebas de imagen que adjunta a su informe- pide “radiografía para descartar lesiones óseas antiguas y/o calcificaciones, que son la causa más común de dicha tendinitis”. Según afirma la facultativa responsable, de haberle comunicado la paciente que dos días antes de la consulta -esto es, el 1 de septiembre de 2020- le habían realizado una ecografía en el centro privado de fisioterapia al que acudía en la que se evidenciaban signos de lesión del tendón del supraespinoso -extremo este que resulta del documento aportado por la propia reclamante (folio 4)- no habría pedido la prueba radiológica sino que la habría derivado al servicio especializado correspondiente para evaluación y tratamiento. Considerando que, a falta de una pericial de parte, el único juicio técnico del que dispone este Consejo para elaborar sus conclusiones es el que se contiene en la propuesta de resolución, en el que se califica la forma de proceder de la doctora responsable como “correcta y adecuada a la *lex artis*” y acorde tanto “a los síntomas y signos que presentaba”, como a la información facilitada por la propia interesada, hemos de concluir que los daños sufridos no pueden achacarse, como pretende la reclamante, a una atención descuidada o errónea por parte del servicio público sanitario.

Finalmente, dado que la perjudicada reprocha al servicio público sanitario una desatención susceptible de generar una pérdida de confianza en el sistema, hemos de recordar aquí las circunstancias en las que tal pérdida de confianza resulta legítima y, por tanto, puede dar lugar al reembolso de gastos. Como venimos señalando reiteradamente (por todos, Dictámenes Núm. 56/2013 y

49/2020), 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”.

En el caso analizado, no se ha acreditado por la reclamante que haya existido infracción de la *lex artis* alguna, ni se ha probado que las desatenciones o demoras objeto de reproche pudieran producir un menoscabo de sus posibilidades de curación. Debe significarse, por otra parte, que la perjudicada pudo haber puesto en conocimiento de la sanidad pública tanto la persistencia de sus algias durante varios meses, tras una primera y única consulta, a los efectos de reclamar otras pruebas, como el diagnóstico obtenido en la sanidad privada con el fin de que el servicio público sanitario pudiera brindarle el oportuno tratamiento, lo que, sin embargo, prefirió no hacer. Por ello, el detrimento patrimonial sufrido por la perjudicada ha de achacarse a su decisión voluntaria de acudir a la medicina privada y debe ser soportado a su costa.

En suma, hemos de concluir que la decisión personal de la reclamante de acudir a la sanidad privada y la subsiguiente pretensión de repercutir su coste en la colectividad no puede fundarse en la concurrencia de las desatenciones y

errores diagnósticos objeto de reproche, o en una supuesta pérdida de confianza en el sistema, por lo que su pretensión indemnizatoria 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.