

Dictamen Núm. 249/2022

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de octubre de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 12 de agosto de 2022 -registrada de entrada el día 17 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados del retraso en la atención de una lesión de tendón del bíceps que impidió, dado el tiempo transcurrido, su tratamiento quirúrgico.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 5 de octubre de 2021, el interesado presenta a través del Servicio de Interconexión de Registros una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del retraso en el abordaje, por parte del sistema sanitario público, de una lesión del tendón del bíceps que habría supuesto que fuese desaconsejable, dado el tiempo transcurrido, su tratamiento quirúrgico.

Expone que “el 8 de octubre de 2020 mientras estaba (...) revisando un depósito de agua resbaló de la escalera en (la) que se encontraba subido quedando colgado de una mano./ La lesión resultante de tal accidente, tras hacer una resonancia el 14 de octubre siguiente, fue la de rotura fibrilar de bíceps izquierdo, acudiendo a la Seguridad Social que emitió el primer parte de incapacidad temporal el 19 de octubre y cita con el traumatólogo el 10 de diciembre de 2020”.

Señala que en el “momento de la consulta se le comunicó por parte de la (...) especialista en Traumatología que lo atendió que no se podía operar, que tenía rotura total del tendón del bíceps, que la pérdida de fuerza será de un 20/25 % y que podría hacer trabajo manual sin levantar pesos./ Igualmente que la lesión sería operable en el primer mes, pero ya no en ese momento”.

Refiere que “a consecuencia de la lesión se ha visto afectada su vida privada, así como su vida laboral, dado que al no poder desarrollar su trabajo de operario ha sido cambiado de puesto y, si bien sigue prestando servicios en el Ayuntamiento, sus retribuciones son sensiblemente inferiores”.

Indica que “la responsabilidad que se reclama deriva del deber que la Administración demandada tiene de atención de las necesidades médico-sanitarias de los usuarios del sistema público de salud al acudir a los centros bajo su dependencia y administración y demandar el adecuado tratamiento por el personal sanitario que en ellos presta servicio”.

Razona que “dada la índole de la lesión padecida debió (...) atendersele por el correspondiente especialista sin dejar pasar un plazo desde el accidente, como así sucedió, de más de dos meses, dado que si hubiese sido atendido en el primer mes la lesión sería operable”.

Adjunta copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Parte de incapacidad temporal, en el que figura como fecha de la baja el día 19 de octubre de 2020. b) Informe médico de una clínica privada, de 15 de octubre de 2020, en el que consta como diagnóstico “rotura completa del tendón del bíceps./ Pequeños quistes subcorticales situados en el capitellum humeral”. c)

Hoja de notas de progreso del Hospital, de 10 de diciembre de 2020, en las que se recoge “disminución perímetro brazo izdo. por retracción vientre muscular bíceps”, reseñándose que “no se recomienda (tratamiento) quirúrgico por lesión inveterada y previsible retracción del tendón aún mayor./ Se le comunica que la pérdida de fuerza será de un 20/25 % y que podría hacer trabajo manual sin levantar pesos”.

2. Mediante escrito de 11 de octubre de 2021, la Jefa de la Sección de Apoyo del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, y le requiere para que en un plazo de diez días proceda a la cuantificación económica de la indemnización que solicita.

3. El día 21 de octubre de 2021, el perjudicado presenta a través del Servicio de Interconexión de Registros un escrito en el que concreta la indemnización reclamada en cuarenta y cinco mil euros (45.000 €).

4. Mediante oficio de 27 de octubre de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado 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 y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

5. Previa solicitud formulada por la Instructora Patrimonial, el 4 de enero de 2022 la Gerencia del Área Sanitaria VIII le remite una copia de la historia clínica del paciente y los informes emitidos por el Servicio de Traumatología del Hospital Valle del Nalón y la médica de Atención Primaria.

El informe del Servicio de Traumatología, de 16 de diciembre de 2021, señala que se valora al paciente en “Traumatología el 10-12-20./ En el momento de la consulta se le explican las distintas opciones terapéuticas, el traumatólogo

que lo vio no recomienda tratamiento quirúrgico debido al tiempo de evolución de la lesión. Se le comunica que perderá fuerza en un porcentaje aproximado de 20-25 % y podrá hacer trabajo manual adaptándose a dicha limitación./ El paciente comunica que valorará otras opciones”. Se adjuntan notas de progreso correspondientes al 10 de diciembre de 2020.

El informe del Centro de Salud de 21 de diciembre de 2021 refiere que se trata de un “paciente que sufre accidente laboral, según explica, el día 8 de octubre con afectación brazo izquierdo. Realiza (resonancia magnética nuclear) de forma particular el 15 de octubre de 2020” en una clínica privada y “acude a este servicio el día 19 de octubre de 2020 con el diagnóstico de (...) rotura completa del tendón del bíceps izquierdo./ A la exploración existe movilidad conservada de la extremidad y presencia de bultoma a la altura de la inserción distal del bíceps. Se recomienda no hacer esfuerzos (...), se solicita interconsulta preferente con Traumatología y se cursa baja (...) por accidente laboral./ El paciente es valorado en Traumatología (Hospital) el día 10 de diciembre”, y acude “el día 14 de diciembre a esta consulta a revisión en (la) que explica que tiene seguro privado ya que quiere (...) segunda opinión de otro traumatólogo. Desde este servicio se solicita consulta con fisioterapia ese mismo día./ Valorado por dicho traumatólogo el día 27 de enero se descarta intervención por su parte y se programa por mutua privada para hacer tratamiento fisioterápico (...). Comienza con fisioterapia (...) el día 1 de febrero de 2021 con una duración de 3 semanas./ Se cursa alta laboral el día 31 de marzo de 2021”.

6. Previa solicitud formulada por la Instructora Patrimonial, el 17 de febrero de 2022 emite informe el Gerente del Área Sanitaria VIII sobre una eventual demora en la prestación asistencial. En él expone que “el Gobierno de España aprobó el 14 de marzo de 2020 declarar el estado de alarma en todo el territorio español para afrontar la situación de emergencia sanitaria provocada por la COVID-19. El estado de alarma se prorrogó hasta las 00:00 horas del día 21 de

junio de 2020./ Esta situación estuvo vigente hasta que el Gobierno aprobó el 25 de octubre de 2020 declarar el estado de alarma en todo el territorio nacional para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2./ Su duración inicial era hasta las 00:00 horas del día 9 de noviembre de 2020, y fue prorrogado hasta las 00:00 horas del día 9 de mayo de 2021 (...). El Plan de Respuesta Temprana en un escenario de control de la pandemia por COVID-19, aprobado por el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud del 16 de julio del 2020, establece las capacidades de preparación y respuesta que se deben garantizar para actuar frente a un incremento de la transmisión del SARS-CoV-2. Dicho Plan indica que las Comunidades Autónomas deben disponer de planes de contingencia para reforzar las capacidades a nivel asistencial (primaria y hospitalaria) y de salud pública y prepararse para responder a cualquier escenario de aumento de transmisión./ Secundando las medidas establecidas a nivel general, tanto por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social como por parte de la Consejería de Salud del Principado de Asturias, la Dirección Gerencia del (Servicio de Salud del Principado de Asturias) establece una serie de actuaciones dirigidas a optimizar los recursos humanos y materiales para reorientar la actividad al soporte de las consecuencias de la infección de COVID-19 y disminuir al mínimo las aglomeraciones de pacientes en puntos críticos, como en cualquier dispositivo sanitario./ Estas medidas tienen repercusión tanto a nivel de la atención primaria, como en la hospitalización, actividad quirúrgica y consultas externas (...). A partir del día 11 de octubre de 2020 el Área Sanitaria VIII se encuentra en un nivel de alerta muy alto, permaneciendo en esta situación hasta el 8 de diciembre del 2020, pasando el día 9 de diciembre a un nivel de alerta alto (...). En el 'Decreto 59/2018, de 26 de septiembre, sobre Garantía de Tiempo Máximo de Acceso a las Prestaciones Sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias, Información sobre Listas de Espera y Registro de Demanda Asistencial del Principado de Asturias', referenciado en la reclamación patrimonial, en su artículo 2 define 'Suspensión de la garantía'

como `situación provisional en la que queda suspendida de manera transitoria y en tanto persistan las causas que motiven tal situación la garantía del tiempo máximo de acceso por parte del Servicio de Salud´./ En el citado Decreto 59/2018, en el artículo 8, apartado 3, letra c), establece: (...) `De conformidad con el citado artículo 6 del Real Decreto 1039/2011, de 15 de julio, se producirá una suspensión de la garantía, que conllevará la interrupción del cómputo de los plazos máximos, en los siguientes supuestos: (...) En caso de acontecimientos catastróficos, epidemias, huelgas o disfunciones graves que afecten a uno o más centros o servicios sanitarios”.

7. Con fecha 22 de junio de 2022, emiten informe pericial a instancias de la compañía aseguradora de la Administración dos especialistas, uno de ellos en Cirugía Ortopédica y Traumatología y el otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo. En él exponen que tras ser evaluado el paciente por el Servicio de Traumatología del Hospital se “desestima la intervención quirúrgica” porque “la lesión presentaba cronicidad y (...) retracción del tendón del bíceps de 5 cm (observado en la RM del brazo izquierdo)./ En la exploración física observan movilidad completa y déficit de fuerza flexora de un 20 %-25 %./ El tratamiento de las lesiones agudas (menores de 3-4 semanas) del tendón del bíceps distal en paciente joven y activo es quirúrgico para evitar la pérdida de fuerza respecto a los resultados obtenidos con el tratamiento no quirúrgico./ El resultado quirúrgico en lesiones de más de 4 semanas de evolución presenta peores resultados y mayores complicaciones, estando indicado solo en casos muy seleccionados./ En el presente caso, al presentar más de 4 semanas de evolución (...) la lesión, declinar el tratamiento quirúrgico fue correcto”.

Señalan que “no se ha aportado documentación en referencia a los siguientes puntos de interés:/ Ningún documento que acredite que el lesionado tuvo accidente laboral el día 08-10-2020, ni ningún informe médico que acredite que (...) haya acudido a Urgencias u otro facultativo antes del día 19-10-2020, que es cuando consulta a su médico de Atención Primaria./ El informe del

facultativo que prescribe la RM del brazo izquierdo antes del día 14-10-2020 y que se realiza en la clínica (privada)./ Tampoco se ha aportado ningún informe médico respecto a si el paciente fue evaluado por el facultativo que prescribió la RM del brazo izquierdo./ Desde nuestro punto de vista no se puede atribuir “la responsabilidad al (Servicio de Salud del Principado de Asturias) de no haber intervenido al paciente por demora en la atención por los siguientes motivos:/ El paciente acudió al sistema público de salud 11 días después del supuesto accidente laboral, teniendo que haber informado de tal accidente desde el inicio de la lesión./ No queda acreditado que el accidente laboral se produjese el día 08-10-2020 o antes de esa fecha (...). Se desconoce por tanto el tiempo de evolución real que llevaba (...) cuando fue valorado por el médico de Atención Primaria el 19-10-2020./ El paciente ha tenido que ser evaluado previamente al día 14-10-2020 por un facultativo que indicara la RM del brazo, y probablemente también tras obtener el resultado, lo que implicaría responsabilidad respecto a la evolución de la lesión en caso de que hubiese diagnosticado la supuesta lesión aguda del bíceps y no hubiese determinado la indicación quirúrgica./ En resumen, no se puede justificar con la documentación aportada que el motivo o nexo de causalidad de la declinación del tratamiento quirúrgico de la rotura del bíceps braquial haya sido por un mal funcionamiento del sistema de salud del Principado de Asturias”.

8. Mediante oficio notificado al interesado el 19 de julio de 2022, la Jefa de la Sección de Apoyo del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una copia de los documentos obrantes en el expediente.

El día 2 de agosto de 2022, el reclamante presenta a través del Sistema de Interconexión de Registros un escrito de alegaciones en el que manifiesta que el “informe” pericial incorporado por la entidad aseguradora de la Administración “le da plena razón al indicar que en el caso de rotura del tendón del bíceps la reparación quirúrgica con reinserción anatómica dentro de las

primeras 3 o 4 semanas es la regla para pacientes activos, y en caso de cirugía de lesiones crónicas mayor de 4 semanas de evolución está contraindicada y ya no es posible./ En su caso se le deriva el 19 de octubre de 2020 con carácter preferente, al aportar informe de RM realizada en clínica (privada) que demuestra la rotura del tendón, a Traumatología del (Hospital) pero no es evaluado hasta el 10 de diciembre de 2020, ya fuera de las 4 semanas desde el accidente”.

Indica que “en dicho informe parece ponerse en duda el accidente de trabajo, si bien consta en el expediente el parte de incapacidad temporal por la contingencia de accidente de trabajo, aportándose además unido a este escrito el (...) parte de accidente de trabajo. Es el propio Ayuntamiento de San Martín del Rey Aurelio el que da cobertura a las contingencias profesionales”.

Refiere que “es tras el accidente cuando, al persistir el dolor y por indicación inicial del fisioterapeuta privado al que acudió, realiza, también privadamente ante la considerable demora previsible en la atención por la Seguridad Social, resonancia magnética en (una) clínica (privada) que evidencia la rotura del tendón, acudiendo acto seguido a su médico de Atención Primaria con el resultado de dicha prueba”. Reitera que “la pérdida de fuerza (...), tal como manifiesta en el escrito inicial, le afecta a su vida privada y también laboralmente./ Inicialmente realizaba funciones propias de operario con labores que exigen plena funcionalidad y fuerza en extremidades superiores, por ejemplo ayudando a los albañiles, fontaneros y realizando las funciones de recogida de basura, labores todas ellas que conllevan un régimen de prestación de servicios con guardias, turnos y complemento de nocturnidad en el caso de recogida de basura./ La pérdida de fuerza le ha impedido seguir realizándolas, siendo adscrito al Almacén municipal, realizando funciones de control de existencias, que no exigen fuerza”.

Adjunta copia del parte de accidente expedido por el Ayuntamiento de San Martín del Rey Aurelio en el que consta que este tuvo lugar a las 11:45 horas del día 8 de octubre de 2020, de las liquidaciones de haberes de los

meses de agosto y septiembre de 2020 y una certificación expedida por el referido Ayuntamiento en la que se recogen las funciones que desempeñaba antes del accidente y las que ha asumido con posterioridad al mismo.

9. El día 5 de agosto de 2022, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella expone que “en la reclamación se afirma que ha existido negligencia médica en la atención recibida, dada la índole de la lesión padecida la consulta de Traumatología no debió demorarse en dos meses desde el accidente, ya que de haber sido realizada en el primer mes la lesión hubiera sido operable./ Tras el análisis de la documental obrante en el expediente se objetiva que el paciente acudió al sistema público de salud 11 días después del accidente laboral, teniendo que haber informado del mismo desde el momento del suceso. Con carácter previo a la consulta con su médico de Atención Primaria había realizado una resonancia magnética del brazo, por lo que se presupone la existencia de una valoración médica para la indicación de la misma y de su resultado./ Con estas premisas, el (médico de Atención Primaria) deriva al Servicio de Traumatología de forma preferente, coincidiendo la pandemia por COVID-19 en el marco temporal referenciado en la reclamación patrimonial y, por tanto, la suspensión de la garantía contemplada en el Decreto 59/2018, de 26 de septiembre, sobre Garantía de Tiempo Máximo de Acceso a las Prestaciones Sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias./ La demora en la comunicación del accidente y solicitud de primera asistencia médica en el sistema público de salud y la asistencia previa en el ámbito de la medicina privada condicionan una ruptura del nexo causal y limitación de las opciones terapéuticas, así como agravamiento de la lesión y de su resultado final./ En definitiva”, con base en “la documental obrante en el expediente y a falta de pericial de parte que la contradiga, no hay relación de causalidad cierta, directa y total entre la asistencia sanitaria recibida y posibles secuelas actuales”.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de agosto de 2022, 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 el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado 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 5 de octubre de 2021, y a tenor de la documentación obrante en el expediente es el día 10 de diciembre de 2020 cuando se le comunica al interesado en el Hospital que “no se recomienda (tratamiento) quirúrgico” y que “la pérdida de fuerza será de un 20/25 %”, 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.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que el interesado reclama una indemnización por los daños derivados de un retraso en el abordaje, por parte del sistema sanitario público, de una lesión del tendón del bíceps que habría supuesto que fuese desaconsejable, debido al tiempo transcurrido, su tratamiento quirúrgico.

De los antecedentes que obran en las actuaciones se desprende que el perjudicado acude a su centro de salud el 19 de octubre de 2020 con el resultado de una resonancia magnética efectuada en un hospital privado cinco días antes (14 de octubre) en la que se aprecia una rotura completa del tendón del bíceps izquierdo; asimismo se constata que, solicitada consulta preferente, es valorado en el Servicio de Traumatología del Hospital el día 10 de diciembre de 2020, fecha en la que se desaconseja intervención quirúrgica por lesión inveterada y posible retracción del tendón aún mayor. A la vista de la documentación clínica, se pone de manifiesto que transcurre un lapso de tiempo de singular relevancia, dadas las circunstancias, en la atención por parte del especialista y del que cabría deducir, *prima facie*, un daño personal efectivo, con independencia de cuál deba ser su concreción y cuantificación económica; cuestiones estas que solo abordaremos una vez constatada la concurrencia del resto de requisitos generadores de la responsabilidad patrimonial solicitada.

A estos efectos, debemos recordar que la mera constatación de un perjuicio surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de acreditarse que el daño alegado guarda un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes Núm. 25/2019 y 25/2022), 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 el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado -aunque no siempre pueda garantizarse que este sea exacto- 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 la mera constatación de un error médico o de un retraso diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También viene reiterando este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 150/2020) 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 ello ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En este sentido, y con carácter preliminar, debemos advertir ya en este momento que -a pesar de que incumbe a quien reclama la carga de probar la existencia de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado y, en particular, que se ha producido una violación de la *lex artis* médica- el reclamante, por lo que atañe a la premura en el tratamiento de su lesión o a la inconveniencia de tratamiento quirúrgico debido al tiempo transcurrido desde la fecha del accidente, no ha presentado pericial alguna, de modo que nuestro pronunciamiento solo puede sustentarse en los informes técnico-médicos elaborados por la Administración y su compañía aseguradora. A mayor abundamiento, y con indudable trascendencia en cuanto a la relación de causalidad, aunque incorpora al expediente el resultado de la resonancia magnética efectuada el 15 de octubre de 2020 en una clínica privada, prescinde de aportar un elemento de especial relevancia para el caso como es el diagnóstico realizado inicialmente por los facultativos de este centro y que habría derivado en la necesidad de llevar a cabo una prueba que resulta inconcebible -a menos que el seguro privado cubra la práctica de pruebas diagnósticas a voluntad del asegurado- sin una previa valoración del estado que presenta el paciente. Tampoco se aporta valoración técnica alguna del resultado de la resonancia practicada en el ámbito privado, transcurriendo un lapso de 5

días desde que se le efectúa la prueba diagnóstica (15 de octubre) hasta que acude a su centro de salud (19 de octubre).

En el supuesto analizado, el interesado sostiene que, habiendo sufrido un accidente laboral el día 8 de octubre de 2020, efectuó “una resonancia el 14 de octubre siguiente”, siendo diagnosticado de “rotura fibrilar de bíceps, izquierdo, acudiendo a la Seguridad Social que emitió el primer parte de incapacidad temporal el 19 de octubre”; asimismo, refiere que fue citado para ser evaluado por el Servicio de Traumatología el día 10 de diciembre de 2020, y que “al momento de la consulta se le comunicó (...) que no se podía operar, que tenía rotura total del tendón del bíceps, que la pérdida de fuerza será de un 20/25 % (y) que podría hacer trabajo manual sin levantar pesos”, informándole de que “la lesión sería operable en el primer mes pero ya no en ese momento”. Con base en ello, concluye que “dada la índole de la lesión padecida debió de atenderse por el correspondiente especialista sin dejar pasar un plazo desde el accidente, como así sucedió, de más de dos meses, dado que si hubiese sido atendido en el primer mes la lesión sería operable”.

Planteada en estos términos la controversia por el reclamante, procede descender al fondo de la cuestión a la luz del resto de la documentación obrante en el expediente.

En primer lugar, y por lo que respecta a la pérdida de oportunidad terapéutica que denuncia, abstracción hecha del resto de las concretas circunstancias concurrentes en el caso, tanto los informes de la Administración como la pericial aportada por la compañía aseguradora de esta convienen en ello. Así, el informe del Servicio de Traumatología de 16 de diciembre de 2021 señala que “el traumatólogo que lo vio no recomienda tratamiento quirúrgico debido al tiempo de evolución de la lesión”, y en el informe pericial emitido a instancias de la compañía aseguradora de la Administración el 22 de junio de 2022 se afirma que “el tratamiento de las lesiones agudas (menores de 3-4 semanas) del tendón del bíceps distal en paciente joven y activo es quirúrgico para evitar la pérdida de fuerza respecto a los resultados obtenidos con el

tratamiento no quirúrgico”; que “el resultado quirúrgico en lesiones de más de 4 semanas de evolución presenta peores resultados y mayores complicaciones, estando indicado solo en casos muy seleccionados”, y que “en el presente caso, al presentar más de 4 semanas de evolución (...) la lesión, declinar el tratamiento quirúrgico fue correcto”. Esto es, coinciden en admitir la trascendencia del retraso en el tratamiento de la lesión padecida por el reclamante.

Ahora bien, en segundo lugar, en cuanto a una eventual demora asistencial, la documentación incorporada al expediente permite concluir que habiendo tenido lugar el accidente laboral causante de la lesión el día 8 de octubre de 2020, el reclamante no acude al centro de salud hasta el día 19 de octubre de 2020, haciéndolo con el resultado de una resonancia magnética practicada en el ámbito privado en la que se aprecia rotura completa del tendón del bíceps izquierdo, y que desde aquella unidad se solicita interconsulta preferente con el Servicio de Traumatología que tiene lugar el día 10 de diciembre de 2020; esto es, a los 52 días.

A los efectos de ponderar esta demora no cabe orillar que el Decreto 59/2018, de 26 de septiembre, sobre Garantía de Tiempo Máximo de Acceso a las Prestaciones Sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias, Información sobre Listas de Espera y Registro de Demanda Asistencial del Principado de Asturias, establece en 60 días (que han de reputarse naturales, *ex* artículo 2) el tiempo máximo para el acceso a consultas externas, pruebas diagnósticas o procedimientos terapéuticos relacionados con los Servicios de Traumatología -anexo primero, en relación con el artículo 1.a)-; plazo que se reduce a quince días en el caso de haberse cursado solicitud preferente -artículo 20.1.a)-. El carácter objetivo que se predica de la responsabilidad de la Administración impide elevar este reglamento a parámetro de exención de responsabilidad, pero resulta evidente que estamos ante un recurso informativo de singular utilidad para el paciente, poniendo en su conocimiento el margen estimativo de tiempo máximo dentro del cual puede llegar a ser atendido por el

sistema sanitario público, y con ello adoptar las decisiones que considere más adecuadas; precisamente por esto la norma en cuestión no es solo un compromiso de plazos por el que la Administración se autolimita, sino un elemento auxiliar a la hora de valorar la propia dinámica decisoria seguida por el paciente. Al respecto, este Consejo Consultivo ha señalado que del Decreto invocado se deriva un compromiso en los tiempos de espera ajustado a cada patología y a las circunstancias del paciente y de la urgencia de la intervención y a los medios disponibles -y no un derecho subjetivo a recibir un tratamiento en un determinado plazo o a ser indemnizado si se rebasa-, por lo que no cabe acoger el automatismo de tiempos que algunos reclamantes sugieren (por todos, Dictamen Núm. 211/2020).

En particular, en el caso examinado no puede obviarse que la atención al paciente se halla incardinada en un periodo temporal (octubre a diciembre de 2020) que ha de ser apropiadamente contextualizado, para lo que resulta ilustrativo el informe del Gerente del Área Sanitaria VIII, en el que se refiere cómo las necesidades de respuesta a la emergencia sanitaria provocada por la COVID-19 tuvieron una innegable e inevitable repercusión a nivel de la atención primaria, la hospitalización, la actividad quirúrgica y las consultas externas, recordando también que “a partir del día 11 de octubre de 2020 el Área Sanitaria VIII se encuentra en un nivel de alerta muy alto, permaneciendo en esta situación hasta el 8 de diciembre del 2020, pasando el día 9 de diciembre a un nivel de alerta alto”. Asimismo, advierte el informe que el propio Decreto 59/2018, de 26 de septiembre, señala en su artículo 8.3.c) que se producirá una interrupción de los plazos máximos “En caso de acontecimientos catastróficos, epidemias, huelgas o disfunciones graves que afecten a uno o más centros o servicios sanitarios”, concurriendo en dicho periodo una intensa presión asistencial, conocida y perceptible para toda la población, derivada de la pandemia del COVID-19.

En este escenario es preciso abordar el nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario. En efecto, el accidente del

reclamante se produce, según la copia del parte expedido por el Ayuntamiento para el que trabaja, a las 11:45 horas del día 8 de octubre de 2020. Aunque, como señala la pericial aportada por la entidad aseguradora de la Administración, no existe en el expediente documentación que pruebe la asistencia a Urgencias el mismo día del suceso o en los días inmediatamente posteriores, sí queda reflejado en él que el interesado acude a su centro de salud el día 19 de octubre de 2020 con el diagnóstico, fechado a 15 de octubre de 2020, de una resonancia magnética -realizada el día antes, según el mismo documento- que informa de una “rotura completa del tendón del bíceps”.

Pues bien, sobre este extremo la pericial emitida a instancias de la compañía aseguradora advierte que “el paciente ha tenido que ser evaluado previamente al día 14-10-2020 por un facultativo que indicara la realización de una RMN del brazo, y probablemente también tras obtener el resultado, lo que implicaría responsabilidad respecto a la evolución de la lesión en caso de que hubiese diagnosticado la supuesta lesión aguda del bíceps y no hubiese determinado la indicación quirúrgica” y, más aún, que esta debiera ser inmediata o en un plazo máximo de tiempo. En efecto, sorprende que entre la documentación aportada por el interesado relativa a la atención prestada por la clínica privada no figure una indicación facultativa de la resonancia -que habría debido valorar, siquiera indiciariamente, el estado del paciente-, y también que en el informe de esta prueba o en otro posterior no se proceda a reseñar la conveniencia de una pronta intervención quirúrgica. Las únicas explicaciones, pues, que se plantean son que el paciente procede *motu proprio* a acudir a la sanidad pública una vez que dispone del informe de la resonancia -aunque resulta poco probable que pudiese interpretar los resultados sin un previo auxilio facultativo en la toma de tal decisión-, o que el centro privado procede a recomendar su derivación al sistema sanitario público una vez verificada la oportunidad de una intervención quirúrgica; opción esta última hacia la que todos los datos parecen apuntar.

Fuese cual fuese el procedimiento decisorio, es evidente que el reclamante -que goza, según manifiesta, de un seguro privado- resuelve acudir a la sanidad pública transcurridas casi dos semanas desde del accidente. Resulta imposible, puesto que en ningún momento lo indica, concretar cuándo acude por primera vez al centro privado, pero de la documentación que obra en el expediente se desprende que la resonancia se practica el 14 de octubre de 2020, y que el resultado se evacúa el 15 de octubre de 2020; esto es, una semana después de un accidente cuyas consecuencias se mostraban, cuanto menos, complicadas. Aun en tal tesitura, el perjudicado tarda cuatro días en acudir a su centro de salud, y ello sin que quepa alegar desconocimiento de la gravedad de su situación, ya que resulta inimaginable tanto que se haya procedido a practicar una prueba como la resonancia sin una previa valoración de la lesión como que tras el informe de esta se ignorasen los pasos a seguir, y también que en ambos casos se hubiese dejado de informar al paciente de las, al menos, sospechas acerca de la entidad de la lesión.

Así pues, las decisiones del interesado -contando o no con asesoramiento facultativo- dejaron al sistema sanitario público un margen de apenas dos semanas para afrontar la situación -toda vez que la intervención quirúrgica, para ser efectiva y a tenor de los informes médicos obrantes en el expediente, debería haberse practicado en el plazo máximo de cuatro semanas desde la fecha en la que se produce la lesión-, y en ese escenario -dadas las condiciones pandémicas contextuales anteriormente referidas- la demanda de una consulta especializada inmediata resultaba notoriamente limitada en términos de plazos. Es imposible saber si aun acudiendo el enfermo en primera instancia al sistema sanitario público (y de haberlo hecho a un servicio de urgencias hospitalario) hubiese sido igualmente citado 52 días más tarde para la consulta en Traumatología -excediéndose así el plazo apropiado para practicar la intervención quirúrgica-, pero lo que se presenta incuestionable es que se ha dejado a la sanidad pública un margen de tiempo insuficiente para actuar y en un momento crítico para garantizar cualquier atención temprana. Por otra parte,

el ahora reclamante no pudo ignorar -como ya se ha indicado- ni la gravedad de la lesión ni el tiempo en el que la Administración sanitaria se comprometía a su tratamiento, y tampoco la comprometida situación pandémica a la que esta se enfrentaba.

Este Consejo viene reiterando (entre otros, Dictámenes Núm. 52/2016, 146/2018 y 114/2022) que de las notas de universalidad y gratuidad que caracterizan al servicio público sanitario, y que obviamente no se dan en la sanidad privada, se derivan una serie de servidumbres, lo que determina que el tiempo de los actos médicos en el ámbito del servicio público haya de ser necesariamente objeto de priorización y adecuación a la evolución de los síntomas; circunstancia que no se da en la medicina privada. Asimismo, hemos advertido que en contextos extraordinarios -como el derivado de la pandemia- los tiempos de espera también han de acompasarse a la limitación de recursos impuesta por la necesidad de atender una multitud de supuestos de urgencia vital, lo que aboca a retrasos en el abordaje de otra suerte de dolencias (por todos, Dictamen Núm. 135/2022).

En definitiva, dada la premura de la atención que se necesitaba (4 semanas, como máximo, desde el momento de la lesión), estimamos que en el caso que ahora nos ocupa la propia conducta del interesado afectó de manera decisiva sobre el curso de los acontecimientos, interrumpiendo el nexo causal.

A la vista de cuanto antecede, la documentación obrante en el expediente avala la corrección del quehacer médico desarrollado por el servicio público sanitario, sin elemento alguno que lo contradiga, a lo largo del periodo en el que el reclamante confió al mismo el tratamiento de su patología. Por ello, no objetivándose ninguna infracción de la *lex artis ad hoc* en el proceso asistencial, la reclamación no puede ser acogida. El daño que aquí se reclama tiene su origen, de manera muy particular, en la decisión personal y voluntaria del paciente de acudir primeramente a la medicina privada, descartando *ab initio* y de manera consciente el tratamiento por parte de un sistema sanitario público, al que cuando acude le deja, dadas las circunstancias, un insuficiente margen

de actuación, por lo que entendemos que es él quien ha de soportar las desfavorables consecuencias fácticas derivadas de sus propias decisiones. El daño producido, por tanto, no puede imputarse causalmente a la asistencia sanitaria dispensada.

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.