

Dictamen Núm. 264/2023

**V O C A L E S :**

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

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 13 de diciembre de 2023, 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 20 de noviembre de 2023 -registrada de entrada el día 23 de ese mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del retraso diagnóstico de una fractura.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 2 de marzo de 2023, la interesada presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida al Servicio de Salud del Principado de Asturias- por los daños derivados de la atención prestada por parte del servicio público sanitario, que atribuye al retraso diagnóstico de una fractura. El escrito aparece firmado por la reclamante y por un letrado.

Expone que “el día 30 de enero de 2021, alrededor de las 12:40 horas (...), acudió al Servicio de Urgencias del Hospital .....” a “causa de los dolores

en el antebrazo y en el codo de su brazo derecho que sufría tras una caída”, practicándosele “pruebas radiológicas” que fueron informadas como “sin fracturas”. Fue dada de alta “con las únicas recomendaciones” de reposo con cabestrillo, aplicación de hielo local y tratamiento farmacológico (antiinflamatorios).

Señala que ante la persistencia del dolor consulta nuevamente en el Servicio de Urgencias del citado centro hospitalario el 27 de abril de 2021, apreciando los facultativos que la atendieron en esta ocasión que padecía “las secuelas de una fractura de cúpula radial que no se había diagnosticado en la primera atención médica”, siendo remitida al Servicio de Traumatología. En dicho Servicio, tras practicársele un tac el 13 de mayo de 2021, se objetiva “fractura de cabeza radial en 4 fragmentos”, por lo que es sometida a una intervención quirúrgica el día 1 de diciembre de 2021, a la que siguió la oportuna rehabilitación durante meses, hasta el 27 de mayo de 2022.

Reseña que “presentó una reclamación en fecha 30 de junio de 2021”, que “fue respondida (...) por la Gerencia del Área Sanitaria IV fechada el 5 de julio de 2021 en la que, entre otros, le pedía disculpas por lo ocurrido”, formulando el 29 de abril de 2022 “una primera reclamación de responsabilidad patrimonial” en la que expresaba la imposibilidad de proceder a la cuantificación económica del daño al continuar de baja médica, y que por este motivo el expediente instruido finalizó con el archivo de la reclamación.

Cuantifica los daños sufridos en dieciséis mil ochocientos treinta y cinco euros con cuarenta céntimos (16.835.40 €).

Adjunta un informe de valoración del daño corporal que detalla las secuelas y el período invertido en la curación, así como diversos informes médicos relativos a la atención dispensada.

**2.** Mediante oficio de 24 de mayo de 2023, la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica relativa al proceso de referencia, así como imágenes RNM e

informes de los Servicios de Urgencias y Traumatología del hospital en el que fue atendida la reclamante.

**3.** El día 24 de junio de 2023 un especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo, master en Peritaje Médico y Valoración del Daño Corporal, elabora un informe pericial a instancia de la compañía aseguradora de la Administración. En él afirma la existencia de “nexo causal (...) cierto, directo y total” entre la asistencia sanitaria prestada y el daño reclamado.

Expresa su conformidad “con el período de sanidad reclamado (del 30-01-2021 al 1-12-2021)” aunque no con su cuantificación, que estima en 305 días “todos (...) de perjuicio personal moderado y no graves”, ascendiendo la indemnización propuesta a 16.707,90 € (dieciséis mil setecientos siete euros con noventa céntimos).

**4.** Conferido trámite de audiencia mediante oficio de 30 de agosto de 2023, el letrado firmante del escrito inicial junto a la reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que expresa que la instrucción revela la existencia de nexo causal. Asimismo, destaca que la única discrepancia entre la valoración de las partes radica en “la calificación de 3 días”, que la reclamante considera como “impedimento grave” y el perito de la Administración como “moderados”, y defiende su valoración afirmando que se corresponden con días de hospitalización “como consecuencia de la intervención quirúrgica”.

No obstante, indica que aceptarían “la indemnización propuesta por el perito de la aseguradora de la Administración si, con ello, evitamos judicializar” la reclamación.

**5.** Con fecha 2 de octubre de 2023, el Inspector de Prestaciones Sanitarias actuante formula propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio, al reconocer que “el retraso en el tratamiento y las secuelas que presenta la reclamante guardan relación con el error diagnóstico que se produjo en la primera asistencia médica que pautó un tratamiento conservador inadecuado”.

Transcribe al efecto el informe emitido por el Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias del centro hospitalario con ocasión del procedimiento de responsabilidad patrimonial. En él se explica que en las radiografías realizadas el día 30 de enero de 2021, cuando la paciente acudió al hospital por primera vez, “existían signos radiológicos indirectos de afectación articular del codo derecho que, sumados a la clínica que presentaba (...), hacían sospechar la existencia de alguna lesión que quizás habría sido detectada realizando alguna proyección más específica (...) y que posteriormente se confirmó el 27 de abril de 2021, cuando acudió de nuevo al Servicio”.

**6.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de noviembre de 2023, 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, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

No obstante, reparamos en que el requerimiento efectuado a la interesada para la acreditación de la representación (folio 36) del letrado que firma la solicitud junto a ella, incluido en la comunicación de inicio del procedimiento, carece de respuesta; desatención que no reporta, en principio, consecuencia alguna al haberse dirigido la Administración correctamente a lo largo de la instrucción de aquel a la propia reclamante. Sin embargo, sí advertimos que tal falta de acreditación implica la imposibilidad de que el órgano competente formalice propuesta de terminación convencional en los términos de lo dispuesto en los artículos 86.5 y 91.1 de la LPAC, opción que parece plantear el letrado en las alegaciones formuladas con ocasión del trámite de audiencia, cuyo escrito firma en exclusiva y en las que literalmente expresa que “aceptaríamos la indemnización propuesta por el perito de la aseguradora de la Administración si, con ello, evitamos judicializar nuestra reclamación”.

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 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 2 de marzo de 2023, y según consta en la historia clínica la última revisión de la paciente en el Servicio de Traumatología tuvo lugar el día 27 de mayo de 2022, fijándose en esa consulta los rangos de movilidad articular alcanzados. Señalada esa fecha como *dies a quo*, es claro que la acción se ha ejercido dentro del plazo de un año legalmente determinado, sin necesidad, por otra parte, de valorar la interrupción del plazo de prescripción derivada de la interposición de una primera reclamación de responsabilidad patrimonial el día 29 de abril de 2022 que, según detalla la propuesta de resolución, dio lugar a la instrucción de un procedimiento que concluyó con la Resolución del Consejero de Salud de 27 de junio de 2022, por la que se la da por desistida al no haber atendido la solicitud de cuantificación del daño. A mayor abundamiento, y en aplicación del principio de la *actio nata*, debemos reseñar que es en el mes de diciembre de 2022 cuando el perito de parte expresa la imposibilidad de valorar la evolución de la fractura de haberse anticipado el diagnóstico, concretando el daño derivado del retraso en su detección en la dilación temporal del tratamiento rehabilitador y quirúrgico, sin apreciar secuelas físicas consecuencia de la demora.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se 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 la interesada reclama una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la errónea diagnosis inicial de una fractura de cúpula radial de su codo derecho y el subsiguiente retraso terapéutico.

Acreditada la efectividad del daño con la documentación clínica obrante en el expediente, hemos de reparar en que la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público 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 sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que la perjudicada no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 182/2019), 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 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 poder apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Este criterio opera no sólo 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, 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 un defectuoso diagnóstico ni un error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes.

También ha subrayado este Consejo (entre otros, 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 esos 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, la responsabilidad patrimonial no sólo requiere que se constaten deficiencias en la atención médica

dispensada, sino también que el perjuicio cuya reparación se persigue sea consecuencia o tenga como factor causal dicha prestación sanitaria.

En el supuesto analizado la interesada sostiene que en la primera asistencia, prestada en el Servicio de Urgencias de un hospital tras una caída, resultó desapercibida una fractura en su codo derecho, que finalmente se diagnosticó tras acudir nuevamente al mismo Servicio, casi cuatro meses después, debido al continuado padecimiento de dolor y aumento de impotencia funcional. Esgrime como fundamento tanto los informes emitidos por el propio hospital, como el elaborado por un especialista en Valoración del Daño Corporal. Y, efectivamente, en la asistencia recibida el día 30 de enero de 2021, cuando la reclamante acude a Urgencias tras sufrir una caída el día anterior, en el correspondiente informe se consigna que la prueba radiográfica no revela fracturas, prescribiéndosele “reposo con brazo en cabestrillo”. Sin embargo, en el emitido el 27 de abril de 2021 consta como diagnóstico “secuela de (fractura) de cúpula radial”, refiriendo como antecedente el episodio del 30 de enero. Derivada al Servicio de Traumatología en ese momento, el tac realizado constata “fractura en 4 fragmentos sin desplazar de cabeza radial y calcificaciones ligamentosas”, siendo remitida a Rehabilitación primero y decidiéndose, en el mes de julio, la inclusión en lista de espera para la realización de cirugía programada para “reparación de codo” (“resección de cúpula radial codo derecho”); intervención que tuvo lugar el 1 de diciembre de ese mismo año.

El perito de parte concluye, tras revisar la documentación relativa a la atención prestada, que “si bien resulta imposible valorar cuál hubiera sido la evolución de haberse diagnosticado en su inicio la fractura es evidente que a consecuencia de ello se ha producido una dilación tanto en la realización del tratamiento rehabilitador como en el quirúrgico, con las consecuencias para la paciente de dolor y limitación funcional para realizar las actividades habituales, por lo cual se estima que el período transcurrido hasta la intervención quirúrgica realizada el 1-12-21 debe ser considerado como un perjuicio particular moderado”.

A su vez, la demora diagnóstica es reconocida por la Administración y su compañía aseguradora. Así, el informe emitido por el Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias del Hospital ..... con ocasión del procedimiento de responsabilidad patrimonial instruido señala que “en las radiografías simples realizadas en ese episodio existían signos radiológicos indirectos de afectación articular del codo derecho que, sumados a la clínica que presentaba la paciente, hacían sospechar la existencia de alguna lesión que quizás habría sido detectada realizando alguna proyección más específica (...), y que posteriormente se confirmó el 27 de abril de 2021 cuando acudió de nuevo a nuestro Servicio”.

Por su parte, el informe pericial emitido a instancias de la compañía aseguradora de la Administración considera “cierto, directo y total” el “nexo causal” entre la asistencia prestada y “el daño objeto de (...) reclamación”, aceptando la identificación entre este y el apreciado por el perito de parte, que se hace coincidir con el período transcurrido entre la primera asistencia y “la intervención quirúrgica” que finalmente hubo de realizarse, al no alcanzar mejoría con el tratamiento conservador y la rehabilitación prescritos a la paciente; criterio que sigue, a su vez, la propuesta de resolución.

A la vista de ello, resulta notorio que la Administración asume la existencia de un error en el diagnóstico efectuado el día 30 de enero de 2021 y, en consecuencia, la subsiguiente responsabilidad por una pérdida de oportunidad terapéutica para la paciente que debe ser indemnizada.

**SÉPTIMA.-** Con base en lo señalado, sólo resta pronunciarnos sobre la cuantía indemnizatoria que ha de reconocerse a la reclamante.

La interesada solicita una indemnización ascendente a 16.835,40 €, con base en el informe pericial que aporta, por los siguientes conceptos: 3 días de perjuicio personal particular (grave) y 303 días de perjuicio personal particular (moderado). Como se subraya en las alegaciones formuladas durante el trámite de audiencia, la única discrepancia se centra en la consideración como perjuicio grave de tres días, que el letrado compareciente indica corresponden a los días

de hospitalización asociados a la intervención quirúrgica llevada a cabo el 1 de diciembre de 2021. Ambas partes coinciden, por tanto, en identificar el perjuicio padecido con la dilación del período comprendido entre la primera asistencia y la intervención quirúrgica, sin apreciar la existencia de secuelas derivadas del retraso, ni deducir relación entre esa demora y la necesidad de cirugía. Asimismo, las dos se remiten a los conceptos y cuantías fijados en el baremo establecido en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, modificado por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Por nuestra parte consideramos improcedente la inclusión de esos días, puesto que excluida la intervención quirúrgica como concepto indemnizatorio autónomo carecería de sentido el cómputo de los días asociados a la misma, observándose además que en supuestos de retraso diagnóstico sin ulteriores consecuencias o secuelas son diversos los pronunciamientos judiciales que se apartan del baremo y acuden al prudente arbitrio cuando se revela un desajuste entre los conceptos contemplados en el baremo orientativo y el perjuicio que se trata de resarcir (por todas, Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 23 de junio de 2022 -ECLI:ES:TSJAS:2022:1785-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

En definitiva, existiendo en este supuesto conformidad entre las partes en la valoración de los daños, que se aprecia como razonable y adecuada a las circunstancias concurrentes, y versando en esencia ese perjuicio sobre conceptos cuantificados en el baremo orientativo, estimamos que procede el resarcimiento conforme al reiterado baremo, que asciende a dieciséis mil setecientos siete euros con noventa céntimos (16.707,90 €), sin perjuicio de su actualización conforme a lo previsto en el artículo 34.3 de la LRJSP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a ..... en los términos señalados.”

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,