

Dictamen n^o: **526/12**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **27.09.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 27 de septiembre de 2012, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por J.M.F.G. (en adelante “*el reclamante*”) sobre los daños y perjuicios causados por la deficiente asistencia sanitaria prestada en el Hospital Universitario de La Paz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 26 de enero de 2012 tuvo entrada en el registro auxiliar de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio una reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por el reclamante, por estimar que no se diagnosticó a su debido tiempo una fractura vertical en el maléolo posterior, que le ha ocasionado una fractura mal consolidada junto con una artrosis de tobillo, continuos dolores, necesidad de uso plantillas en el calzado y una sensación de incertidumbre ante la posibilidad de necesitar en el futuro nuevos tratamientos.

Según relata en su escrito de reclamación, el 26 de diciembre de 2010 sufrió una caída al resbalar en el hielo de un sendero por el que caminaba en el Parque Natural de la Pedriza.

Fue atendido en el Hospital Universitario La Paz diagnosticándosele una rotura luxación de tobillo derecho, siendo intervenido ese mismo día realizándose una osteosíntesis.

Fue dado de alta el 28 de diciembre, permaneciendo cuarenta días inmovilizado y acudiendo a continuación a una clínica de rehabilitación durante dos meses.

Al no recuperar la movilidad decidió acudir a un centro privado donde se le realizó un TAC que determinó la existencia de una fractura vertical en el maléolo posterior.

La reclamación considera que hubo una falta de diligencia por parte de los servicios de urgencias del Hospital Universitario La Paz ya que no realizaron ningún TAC que permitiera detectar la fractura en el maléolo posterior, mientras que en el centro privado detectaron la fractura al realizarle dicha prueba incluso sin tener la totalidad de la documentación clínica.

Considera que esa “*mala praxis*” le ha ocasionado una serie de daños consistentes en una fractura mal consolidada, una artrosis en el tobillo y la incertidumbre de poder necesitar en el futuro nuevos tratamientos, padeciendo continuos dolores y precisando plantillas.

Solicita por ello una indemnización por importe que no determina.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

1. El 26 de diciembre de 2010, el reclamante, de 51 años de edad, acude al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario La Paz tras sufrir una caída, siéndole diagnosticada una rotura luxación de tobillo derecho.

2. En el mencionado servicio se aprecia una deformidad del maléolo interior procediéndose a su reducción con férula posterior. Se realiza una radiografía que muestra una luxación de tobillo, procediéndose de nuevo a su reducción. Se repite la radiografía con resultado no satisfactorio por lo que se procede al ingreso y solicitud de preoperatorio (folio 28).

3. Se lleva a cabo el mismo día una osteosíntesis de las fracturas de maléolo peroneo y maléolo tibial (folio 31), siendo dado de alta el 28 de diciembre de 2010.

4. Acude a revisiones el 11 de enero, 8 de febrero y 8 de marzo de 2011, indicándose buena evolución (folio 29) y, de nuevo, el 17 de enero de 2012, aportando ese día el TAC realizado en una clínica privada (folio 30).

TERCERO.- A causa de la referida reclamación se ha instruido procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante, RPRP).

Mediante escrito de fecha 1 de febrero de 2012, se practicó requerimiento al reclamante, a fin de concretar el importe de la indemnización solicitada.

Con fecha 14 de febrero de 2012, el reclamante presenta escrito por el que da cumplimiento al requerimiento, en el que indica no poder concretar en ese momento el importe de la indemnización solicitada, si bien dicha cantidad superaría los 30.000 euros y añadiendo que aplicará los criterios

del baremo contenido en el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre.

A tenor de lo previsto en el artículo 10.1 del RPRP, se ha requerido informe del Servicio de Radiología, que en fecha 10 de febrero de 2012, manifiesta:

“(...) desde el punto de vista radiológico, ante una sospecha de fractura de tobillo, se realiza radiología simple en dos proyecciones. En el caso de J.M.F.G. se detectaron las fracturas correspondientes de tibia y peroné del tobillo derecho. Después de la osteosíntesis realizada por el traumatólogo, éste indicó la práctica de una nueva radiografía en dos proyecciones para verificar la correcta situación de los fragmentos, como así sucedió.

Considero que, desde el punto de vista radiológico, la actuación fue la adecuada, no apreciando alteración que hiciera necesaria la realización de otras pruebas de imagen”.

Consta informe del Servicio de Traumatología, de fecha 17 de febrero de 2012, en el que indica:

“La reclamación se basa en que debido a que no se realizó una TAC de tobillo, pasó desapercibida una fractura de canto posterior de la tibia. Dicha fractura no pasó desapercibida, si no que debido a su pequeña entidad se desechó su síntesis, ya que para sintetizar ese tipo de fracturas es preciso que abarquen un 25% de la superficie articular como mínimo.

1º.- La realización de una TAC para el diagnóstico de estas fracturas no está indicada por:

a) Posibilidad de diagnóstico mediante radiología simple, lo cual lo hace innecesario

b) La TAC conlleva una alta dosis de radiación

2º.- La reclamación afirma que el abordaje se centró en el maléolo peroneo y el maléolo tibial, cuando sería más correcto decir que la intervención se centró en la lesión global del tobillo, ya que el abordaje del canto tibial posterior se suele realizar a través del mismo abordaje del maléolo peroneo.

3º.- La capacidad del cirujano para tratar estas fracturas queda sobradamente acreditada por su experiencia como médico adjunto durante 11 años.

4º.- En cuanto a las lesiones que aparecen en la TAC realizada con posterioridad y que se adjunta a la reclamación

a) No se menciona que exista artrosis

b) El Dr. L. asegura que el paciente presenta lesiones quísticas en el pilón tibial, lesiones que no aparecen en la RX simple ni se mencionan en el informe de la TAC. Esto constituye una exageración de las lesiones residuales.

Por tanto podremos afirmar que no hubo mala ni violación de la lex artis puesto que

1) La utilización de la TAC era innecesaria.

2) La entidad del fragmento tibial posterior no hacía necesaria su síntesis según el criterio del cirujano

3) La reducción de la fractura se comprobó al final de la intervención mediante pruebas dinámicas del tobillo, bajo control radiológico según consta en el protocolo quirúrgico, cosa que por otra parte no puede hacerse con la TAC.

Dice bien la reclamación que la obligación del profesional no es de resultados y, los resultados si no han sido favorables en el caso que nos ocupa puede ser debido a diversos factores, entre los que resaltamos:

1) Toda fractura que afecta a una articulación tiene una alta probabilidad de desarrollar artrosis según se especifica en el Consentimiento Informado que se entregó al paciente.

2) Hay que considerar el estado anterior ya que en el informe se hace constar que el paciente se ve obligado a utilizar plantillas y las plantillas no se utilizan para corregir lesiones de tobillo sino lesiones del pie.

Se menciona en la reclamación que los médicos del Servicio Madrileño de Salud, causaron un daño al reclamante y, nada más inexacto puesto que el daño fue causado antes de la llegada al hospital y los médicos intentaron reparar ese daño causado según la lex artis y siguiendo las normas deontológicas mediante el uso de los medios que habitualmente se utilizan para el diagnóstico y tratamiento del tipo de fracturas como la que presentaba el reclamante y aplicando estos medios en el menor tiempo posible.

La osteopenia mencionada en el informe se trata de una osteoporosis postraumática; presente en muchos traumatismos y que mejorará con la reanudación de la carga de la articulación.

En cuanto a la supuesta artrosis que pueda producirse se afirma en la reclamación que haría necesaria una artrodesis. Los criterios para llevar a cabo una artrodesis son:

A) Dolor intolerable

B) Pérdida prácticamente absoluta de la movilidad.

C) En cuanto al dolor no nos aclara la reclamación su intensidad ni tampoco las circunstancias en las que aparece (espacio y causalidad) y nos referimos a este punto porque bien podía ser que el material de osteosíntesis fuera responsable de los dolores que presenta el paciente, lo cual tendría fácil solución extrayendo dicho material.

No se menciona nada relativo a la movilidad actual en la reclamación, por lo que si aquella no estuviera disminuida la indicación de artrodesis nos parece prematura y exagerada”.

Por su parte, la Inspección Médica, tras solicitar la remisión de las radiografías realizadas al reclamante, emite informe con fecha 3 de mayo de 2012. En el citado informe, realiza un análisis de la historia clínica del reclamante relacionado con los hechos de la reclamación, y expone el siguiente juicio clínico:

“Se trata de una fractura trimaleolar de tobillo que intentan reducir y tratar ortopédicamente sin buen resultado, por lo que se decide fijación mediante intervención.

En las radiografías realizadas en la primera atención urgente y las que le realizan como control previas a la cirugía se objetivan las lesiones.

En el parte quirúrgico las traumatólogas indican la existencia de las 3 lesiones y describen la aparición de conminución posterior cuando abordan el maléolo tibial, reparando las que consideran que tienen que hacer: maléolo peroneo y tibial; comprueban la estabilidad del tobillo con escopia.

La osteosíntesis realizada con tornillos y placa conlleva que se mantenga la posición correcta del tobillo y ayuda a que otros pequeños fragmentos se puedan colocar y consolidar.

El paciente es revisado el 8-3-11, a los dos meses y medio de la cirugía con una radiografía de control que señala que está bien. Tiene balance articular completo, pendiente de completar flexión dorsal e indican una revisión en 3 meses que el paciente no realiza.

Los datos que se pueden interpretar del informe del TAC realizado en clínica A el 25-3-11, ya que no se dispone de las imágenes, son de osteopenia radiológica, lo que está presente en muchos traumatismos y es previsible que mejore al reanudar la carga de la articulación. Las lesiones quísticas en pilón tibial que refiere el especialista privado, no se describen en dicho TAC ni se objetivan en las radiografías de tobillo realizadas a los 2 meses y medio de la cirugía (8-3-11)

En la revisión a la que acudió el 17-1-12 el traumatólogo del Hospital La Paz señala que camina con poco dolor y hace vida normal.

Por otra parte y dado que el paciente acude a atención privada, no se puede confirmar que en la actualidad existan criterios clínicos para practicar una artrodesis”.

Concluye el informe indicando que “la atención sanitaria prestada por el S^o de Traumatología del Hospital La Paz ha sido adecuada”.

Consta notificada por los servicios postales, en fecha 7 de junio de 2012, conforme a las exigencias del artículo 59 de la LRJ-PAC, la apertura del trámite de audiencia al reclamante.

En uso de dicho trámite, dos abogados colegiados, en representación del reclamante presentan el 22 de junio siguiente, un escrito de alegaciones en el que reiteran que la falta de movilidad del tobillo intervenido debe ser considerada como un daño desproporcionado, relacionándolo causalmente

con la falta de diagnóstico y, por ende, de tratamiento de la tercera fractura en el maléolo posterior.

Destacan que, frente a lo afirmado en el informe de Inspección, sí acudió a la revisión en tres meses desde la efectuada el 8 de marzo de 2011, acudiendo el 31 de mayo de dicho año.

Formalizado el trámite de audiencia, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 17 de julio de 2012, en el sentido de desestimar la reclamación patrimonial, al no observar relación de causalidad entre la actuación sanitaria y el daño aducido por el reclamante ni la necesaria antijuridicidad de este.

CUARTO.- El consejero de Sanidad remite el expediente para su preceptivo dictamen mediante Orden de 3 de septiembre de 2012 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el 10 de septiembre siguiente, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por la Excm. Sra. Dña. Rosario Laina Valenciano, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 27 de septiembre de 2012.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de estos antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f) 1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de

diciembre (LCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 de la LCC.

El dictamen se emite dentro del plazo legal establecido por el artículo 16 LRCC.

SEGUNDA.- El reclamante está legitimado activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial en nombre propio, al amparo del artículo 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por ser la persona afectada por los daños.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid al formar parte el Hospital Universitario La Paz de la red de hospitales públicos de la misma.

Por lo que respecta al plazo para reclamar, el artículo 142.5 de la LRJ-PAC establece que prescribe al año de producirse el hecho lesivo y en el caso de daños físicos o psíquicos desde la curación o la determinación de las secuelas.

En este caso, el reclamante es intervenido quirúrgicamente el 26 de diciembre de 2010, siendo objeto de revisiones posteriores en enero, febrero y marzo de 2011 así como el 17 de enero de 2012. Igualmente el reclamante considera que fue con la realización de un TAC el 25 de marzo de 2011 cuando se descubrió la fractura que, según afirma, no fue tratada. Partiendo de estas fechas, la interposición de la reclamación el 26 de enero de 2012, ha de considerarse formulada en plazo.

TERCERA.- Los procedimientos de responsabilidad patrimonial han de tramitarse de acuerdo con lo dispuesto en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos

de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

A estos efectos han emitido informes los Servicios de Radiodiagnóstico y de Coordinación de Urgencias del Hospital Universitario Puerta de Hierro, en cuanto servicios a los que se imputa la causación del daño conforme establece el artículo 10 del RPRP y se ha concedido trámite de audiencia al reclamante conforme los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

Igualmente, se ha solicitado informe a la Inspección Médica.

CUARTA.- Entrando ya a considerar el fondo de la pretensión que formula el reclamante, debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 3261/2009):

a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente recoge dicha Sentencia, que:

“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que “no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa.”

En el ámbito sanitario, la jurisprudencia ha utilizado como criterio para determinar el carácter antijurídico del daño la llamada *lex artis*, definida en la Sentencia de 19 de junio de 2008 (Recurso 2364/2004), indicando (FJ 4º), que;

“Según jurisprudencia constante de esta Sala, un acto médico respeta la lex artis cuando se ajusta al estado de conocimientos de la comunidad médica en ese momento y, así, realiza lo que generalmente se considera correcto en el tipo de situación de que se trate.”

Por ello, la Administración no causa un daño antijurídico si su actuación no ha sido efectiva, pese a haberse aportado los medios necesarios actuando conforme la *lex artis* tal y como afirma la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2011 (recurso 2192/2010).

Es reiterada la jurisprudencia (que apoyándose en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), indica que la carga de la prueba de los elementos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien la reclama si bien debe tenerse en cuenta, especialmente en el ámbito sanitario, la mayor facilidad probatoria de la Administración.

QUINTA.- En el presente caso, el reclamante considera que ha habido una mala praxis, al no realizársele en la asistencia prestada en el Hospital Universitario La Paz un TAC que hubiera podido descubrir la fractura que, según afirma, no le fue tratada y de la cual considera que se le han derivado una serie de daños. Dichos reproches no se acreditan pues no se aporta ningún elemento probatorio de sustento, incumpliendo de este modo la carga de la prueba que le corresponde.

En este sentido, se ha de rechazar la existencia de daño desproporcionado alegado en el trámite de audiencia y que invertiría la carga de la prueba, en primer lugar por la falta de prueba en sí del daño reprochado, tal y como se analizará más adelante, y en segundo lugar porque la existencia de artrosis y osteopenia referenciadas en la reclamación son consecuencias propias y no desproporcionadas de fracturas como la padecida por el reclamante.

Frente a la ausencia de prueba de la *mala praxis* reprochada por el reclamante, la Administración actuante ha aportado en el procedimiento iniciado de responsabilidad patrimonial tres informes médicos que analizan la fractura de tobillo sufrida por el reclamante y para cuyo diagnóstico se realizaron varias radiografías. Los tres, (radiología, traumatología e inspección médica), son unánimes al considerar que la radiografía era la prueba adecuada para el análisis y posterior tratamiento de las fracturas que padecía el reclamante, sin que la realización de un TAC fuera necesaria máxime teniendo en cuenta que no es una prueba tan inocua como el reclamante parece entender en el trámite de audiencia sino que supone una elevada dosis de radiación.

Entender lo contrario sería tanto como convertir la práctica médica en un aluvión de pruebas y estudios, por si acaso en alguno se detecta algo que *a priori* no se sospecha, dando lugar a lo que se ha denominado “*medicina defensiva*”, entendiendo la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de

Madrid de 16 de marzo de 2010 (recurso 731/2008), que dicha actuación médica mediante la “*solicitud indiscriminada de batería de pruebas diagnósticas*” ha de calificarse como “*ineficiente e insensata*”.

Por tanto, no puede considerarse que la falta de realización de un TAC supusiera una infracción de la *lex artis*.

En segundo lugar, la queja del reclamante en cuanto a que la tercera fractura no fue adecuadamente tratada, es rechazada en primer lugar por el informe del Servicio de Traumatología que destaca que sí fue advertida, pero que dada su escasa entidad se rechazó su síntesis ya que para ello es preciso que abarque al menos el 25% de la superficie articular, añadiendo que el abordaje no se centró en maléolo peroneo, tal y como manifiesta el reclamante, sino en la lesión global del tobillo. De igual forma, el informe de la Inspección destaca que en el parte quirúrgico se recogen las tres fracturas y que la actuación de las traumatólogas fue la correcta.

Por tanto, tampoco hay motivos para apreciar ninguna vulneración de la *lex artis* máxime cuando las valoraciones que de la actuación médica (y de los informes que la explican) efectúa el reclamante en el trámite de audiencia son meras valoraciones subjetivas sin ningún respaldo científico, lo que nos lleva a considerar que el supuesto daño padecido por el reclamante no pueda merecer la calificación de antijurídico.

SEXTA.- A mayor abundamiento, la instrucción del procedimiento permite poner en duda la existencia misma del daño que dice padecer el reclamante y cuya indemnización reclama.

En concreto, el reclamante en su escrito inicial alude a la existencia de continuos dolores, lesiones quísticas en el pilón tibial, una fractura mal consolidada, artrosis en el tobillo, una serie de quistes subcondrales que pueden suponer la necesidad en el futuro de una artrodesis y un

tratamiento con ácido hialurónico, lo cual le genera incertidumbre y, por último, la necesidad de utilizar plantillas que condiciona el calzado que usa.

Sin embargo, no aporta prueba alguna de la existencia de esos daños, limitándose a citar en la reclamación la opinión de un médico del centro privado al que acudió pero sin aportar ningún informe del citado facultativo.

Frente a ello, el informe del Servicio de Traumatología niega que incluso del propio TAC aportado por el reclamante, se desprenda la existencia de artrosis ni tampoco las supuestas lesiones quísticas en el pilón tibial, que tampoco aparecen en las radiografías efectuadas.

Destaca que no tiene constancia de los dolores que puede padecer el reclamante, a lo que debemos añadir que, en la revisión del 17 de enero de 2012, se hace constar: *“Camina con poco dolor, vida normal”* (folio 30).

Por último, en cuanto a la posibilidad de necesitar en el futuro una artrodesis, considera que, a partir de la situación actual del reclamante, afirmar que deberá someterse a esa intervención es *“prematureo y exagerado”*.

Por último, el informe de Traumatología no acierta a ver relación entre la patología del reclamante y la utilización de plantillas.

En definitiva, nos encontraríamos ante un daño hipotético y por tanto no indemnizable al exigir el artículo 139 de la LRJ-PAC la existencia de un daño efectivo para que se genere la responsabilidad patrimonial de la Administración, así como la jurisprudencia, debiendo en este sentido destacar la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, recurso de casación 280/2009, al declarar que:

“(…) la existencia de un daño real y efectivo, no traducible en meras especulaciones o expectativas, constituye el núcleo esencial de la

responsabilidad patrimonial traducible en una indemnización económica individualizada, de tal manera que resulte lesionado el ámbito patrimonial del interesado que es quién a su vez ha de soportar la carga de la prueba de la realidad del daño efectivamente causado”.

Todo ello conduce a que tampoco se pueda considerar acreditada la existencia de un daño efectivo causado por la actuación de los servicios públicos sanitarios, lo que conduce inexorablemente a la desestimación de la reclamación.

Por todo lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la presente reclamación al no haberse acreditado ni la existencia de un daño efectivo ni, en su caso, el carácter antijurídico del daño alegado por el reclamante.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 27 de septiembre de 2012