

Dictamen n^o: **568/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **19.10.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 19 de octubre de 2011, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f) 1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por R.M.D., en adelante *“la reclamante”*, sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por la asistencia sanitaria dispensada en el Centro de Especialidades *“García Noblejas”*.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante oficio de 1 de septiembre de 2011, con registro de entrada el día 7 de septiembre, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, 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, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 19 de octubre de 2011.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, en formato cd, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Conforme expone el escrito de reclamación, con fecha de entrada en el Registro del Centro de Especialidades *“García Noblejas”* de

fecha 11 de septiembre de 2006, la reclamante, de 72 años de edad, acudió a Urgencias del Hospital Gregorio Marañón el 7 de abril de 2006 al haber sufrido una caída en su domicilio.

En dicho centro se procedió al estiramiento, recolocación y enyesado de la fractura de colles sufrida por la reclamante y se remitió para su seguimiento al Traumatólogo de su Centro de Especialidades.

En el Centro de Especialidades "*García Noblejas*" fue atendida por un Traumatólogo que le indicó que todo evolucionaba correctamente, limitándose a realizar una radiografía.

Señala la reclamación que la mano se iba deformando y que estaba inflamada por lo que acudió a Urgencias donde se le aflojó el vendaje.

Al mes y dos días su Traumatólogo decidió retirar el vendaje, estando en ese momento su mano completamente torcida pautando la necesidad de rehabilitación.

La reclamante, para evitar esperas, decide realizarla en la sanidad privada y posteriormente en el Hospital Gregorio Marañón.

Tras la misma, continua con la mano y los dedos torcidos y sin apenas movilidad.

Manifiesta que por ello padece una imposibilidad de valerse por sí misma en múltiples tareas.

Reclama por ello una indemnización que no cuantifica.

Por escrito, con fecha de entrada de 10 de octubre de 2006 en el registro del Hospital de La Princesa reclama de nuevo daños y perjuicios y que se le reconozca una minusvalía.

A solicitud del instructor del expediente presenta escrito el 7 de marzo de 2007 en el que reclama 80.511,76 euros acompañando un dictamen suscrito por un licenciado en medicina y cirugía.

El examen de la Historia clínica apenas aporta datos de interés dado que en la misma sólo aparecen una hoja de revisión fechada el 28 de julio de 2004 que, evidentemente, no se refiere a la presente reclamación, un informe clínico suscrito por un Traumatólogo del Hospital de La Princesa, los resultados de una ecografía de abdomen (27 de febrero de 2007), de una radiografía de tórax (3 de abril de 2006), de un TAC de tórax (30 de marzo de 2005), de una resonancia de columna (22 de octubre de 2002) y de una mamografía (4 de junio de 2001).

Por tanto, debe acudir al informe del Jefe de Servicio de Traumatología del Hospital de La Princesa de 18 de octubre de 2006 *"Paciente de 72 años de edad que refiere y muestra mediante la documentación correspondiente el siguiente historial clínico:*

Traumatismo por caída el 7 de abril de 2006, siendo atendida inicialmente en el Hospital Gregorio Marañón y diagnosticada de fractura de Coites, con desviación del fragmento distal del radio.

Se le realizó reducción y escayolado, cuya Rx muestra y es satisfactoria y fue remitida al traumatólogo de zona a los 8-10 días.

Se mantuvo la escayola durante 32 días sin modificación, y a continuación se le colocó un vendaje y se remitió a rehabilitación que inicio al cabo de 40 días de su remisión

Presenta los siguientes estudios radiológicos

7 de abril de 2006 Rx prerreducción que muestran una fractura de la extremidad distal del radio derecho con impactación y desviación dorsal de fragmento no articular de la extremidad distal del radio.

De la misma fecha Rx posreducción, en la que se ha corregido el acatamiento y la desviación mostrando una imagen satisfactoria.

16 de mayo de 2006 la Rx de control presenta una desviación dorsal y nueva impactación del fragmento dorsal del, radio, con desviación cubital y sin constancia de consolidación.

Existe una placa de fecha intermedia, no consignada, donde se inicia la desviación dorsal y el acortamiento.

4 de julio de 2006 y 27.7.065 Rx que muestran desviación posterior y angulación superior a 45°, desviación cubital del fragmento superior a 20°. Acortamiento de unos 2 cm del radio y consolidación completa con callo vicioso y las desviaciones reseñadas.

La situación clínica actual consiste en una desviación cubital de la mano, con dorso de tenedor acentuado en la muñeca, estiloides cubital prominente y callo aparentemente hipertrófico.

Limitación de la movilidad de la muñeca y antebrazo, manteniendo una pronación completa con supinación limitada en unos 20°.

La flexión dorsal es de unos 30° y la flexión palmar de unos 20°.

Presenta rigidez de las articulaciones metacarpofalángicas e interfalángicas proximales de un 50% aproximadamente.

Presenta una situación de algodistrofia, con piel suave, sequedad, rigidez tisular y limitación funcional dolorosa de la mano aparentemente en fase de secuelas.

La situación funcional de la mano es sumamente comprometida, y como único tratamiento previsible en el momento actual es la realización de ejercicios activo-pasivos con muñeca, mano y dedos, y la aplicación de antiinflamatorios o analgésicos para olivo del dolor.

La corrección tanto de las desviaciones, como especialmente del acortamiento radial es difícil y comprometida, no considerándose indicada en el momento actual".

Se aporta por la reclamante copias de los informes de urgencias de 7 de abril, 8 de abril y 16 de mayo de 2006 y copia del informe de alta del Servicio de Rehabilitación de fecha 18 de diciembre de 2006 del Hospital Gregorio Marañón en el que se recoge: *"Ha realizado tratamiento de rehabilitación en nuestro Servicio y de forma ambulatoria, mediante cinesiterapia en primer lugar y posteriormente terapia ocupacional, desde el 2.6.06 hasta el 2.11.06, con mejoría parcial. En la última revisión realizada el 2.11.06 persistía la deformidad y discreta mejoría en el aspecto distrófico. Balance articular de muñeca con 60° de flexión dorsal , 20° flexión palmar, mano con el mismo flexo reseñado en las IFP, hace pinza digito-digital y discreta dificultad para realizar el puño correctamente. Respecto a las actividades de la vida diaria tiene alguna dificultad en las tareas domésticas. .*

Agotadas las posibilidades de recuperación, se decide alta en nuestro Servicio".

TERCERO.- Por los hechos expuestos en los antecedentes se ha instruido el pertinente expediente de responsabilidad patrimonial de conformidad con los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y con 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).

CUARTO.- De conformidad con el artículo 10 RPRP al expediente administrativo se ha incorporado el citado informe de 18 de octubre de

2006 elaborado por el Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital de La Princesa.

Consta igualmente un escrito de dicho Jefe de Servicio con idéntica fecha en el que señala que en relación a la presente reclamación *"...he mantenido entrevista personal con la interesada, que demanda informe objetivo de su estado que se acompaña.*

En cuanto a la actuación del facultativo que ha intervenido en el caso, está claro que ha mostrado nulo interés en el seguimiento de la paciente pero desconozco las medidas a tomar para que dicha situación no se repita, y más tratándose de un facultativo especialista de área, sin relación efectiva con este Servicio" (folio 10).

Consta igualmente informe de la Inspección Médica de 14 de mayo de 2007 en el que se recoge como conclusiones que: *"En mi opinión el tratamiento realizado es el de elección, es decir reducción e inmovilización con escayola y control radiográfico, donde se muestra corregido el acortamiento y la desviación. El período de mantenimiento de la escayola es de 6 a 7 semanas, período donde se inicia la desviación dorsal y el acortamiento, y que no ha sido descubierto hasta el 16 de mayo de 2006 mediante radiología, por lo que creo que es un período dilatado entre control y control radiológico, aunque no puedo decir que un control radiológico más exhaustivo hubiese evitado esta complicación, por que como he comentado anteriormente el propio mecanismo de la fractura es la que puede dar lugar a problemas neurológicos, dolor y la casi imposibilidad de lograr una movilidad completa, sobre todo en los últimos grados.*

De otra parte existen complicaciones relacionadas directamente con la fractura como es el daño arterial producido por espasmo, contusión, desgarró, compresión por el hematoma de fractura, o por presión de los fragmentos óseos sobre la arteria. En general la isquemia no suele ser

completa ni de larga duración, pero es suficiente para provocar una pequeña necrosis de masa muscular que al ser reemplazado por una cicatriz fibrosa y retráctil puede dar lugar a una desviación de la mano, en algunos casos verdaderamente importantes.

Por último, la osteoporosis presente en personas de edad avanzada, se va acentuada cuando el hueso está inmovilizado, lo que puede contribuir a la desviación de la mano, así como a dolores crónicos y disminución de movilidad.

En cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, fue conferido trámite de audiencia con fecha 17 de marzo de 2011 a la reclamante, presentando escrito de alegaciones el 14 de abril de 2011 en el que se ratifica en su petición aportando informes de urgencias de 7 de abril, 8 de abril y 16 de junio de 2006, informe del Servicio de Rehabilitación del Hospital Gregorio Marañón de 2 de noviembre de 2006 y Resolución de la Directora General de Servicios Sociales de 20 de marzo de 2007 reconociendo a la reclamante un grado de minusvalía del 47%.

El 27 de junio de 2011, la Secretaria General del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) elevó propuesta de resolución desestimatoria que fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el 10 de agosto de 2011.

A la vista de los hechos anteriores, cabe hacer las siguientes,

CONSIDERACIONES EN 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 (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- La reclamante está legitimada activamente para reclamar en función de los daños sufridos como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida en el Centro de Especialidades "*García Noblejas*".

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid titular del servicio sanitario a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

TERCERA.- El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación aplicable. Especialmente, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigido en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y 82 y 84 de la LRJ-PAC.

Igualmente constan en el expediente el informe de la Inspección Médica y un informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad evacuado al amparo del artículo 4.3 de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid.

Por lo que al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad se refiere, el derecho a reclamar prescribe al año desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o manifestarse su efecto lesivo. En el presente supuesto la caída que motivo la asistencia sanitaria por la que se reclama la responsabilidad patrimonial tuvo lugar el 7 de abril de 2006, declarándose el alta por el Servicio de Rehabilitación el 18 de diciembre de 2006 por lo que la reclamación, interpuesta el 11 de septiembre de 2006, ha de considerarse en plazo.

CUARTA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, en el Título X,

Capítulo Primero y en la Disposición Adicional decimosegunda de la LRJ-PAC y en el RPRP. Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008-, esta responsabilidad consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: 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.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Por lo que se refiere a las características del daño causado, este ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el

deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de octubre de 2003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

QUINTA.- En concreto, en la materia sanitaria la jurisprudencia ha matizado el principio general de carga de la prueba *onus probandi incumbet qui agit* recogido en el actual artículo 217 LEC y, anteriormente, en el artículo 1214 CC ya derogado.

Esa matización se basa en la necesidad de modular la carga de la prueba por cuanto la Administración sanitaria dispone de una mayor facilidad de prueba. Por ello, como señala la Sentencia de 9 de abril de 2008 (Recurso 6580/2004) en su F.J. 4º *“Pues bien, constituye jurisprudencia consolidada que la prueba de la relación de causalidad corresponde a quien formula la reclamación, o como dice la sentencia de 18 de octubre de 2005, la carga de la prueba del nexo causal corresponde al que reclama la indemnización consecuencia de la responsabilidad de la Administración por lo que no habiéndose producido esa prueba no existe responsabilidad administrativa; en el mismo sentido la sentencia de 7 de septiembre de 2005, entre otras muchas. Ello es distinto de los supuestos en que se invoca la existencia de fuerza mayor o en general la ruptura del nexo causal como causa de exoneración de la responsabilidad de la Administración, que esta debe acreditar para que tal causa de exoneración resulte operativa (SS.24-2-2003, 18-2-1998, 15-3-1999). En materia de prestación sanitaria se modera tal exigencia de prueba del nexo causal en aplicación del principio de facilidad de la prueba, a que alude la jurisprudencia (Ss. 20-9-2005, 4-7-2007, 2-11-2007), en el sentido que la obligación de soportar la carga de la prueba al perjudicado, no empece que esta exigencia haya de atemperarse a fin de tomar en consideración las dificultades que normalmente encontrará el reclamante para cumplirla dentro de las restricciones del ambiente hospitalario, por lo*

que habrá de adoptarse una cierta flexibilidad de modo que no se exija al perjudicado una prueba imposible o diabólica, principio que, como señala la citada sentencia de 4 de julio de 2007, “obliga a la Administración, en determinados supuestos, a ser ella la que ha de acreditar, precisamente por disponer de medios y elementos suficientes para ello, que su actuación fue en todo caso conforme a las exigencias de la lex artis, pues no sería objetiva la responsabilidad que hiciera recaer en todos los casos sobre el administrado la carga de probar que la Administración sanitaria no ha actuado conforme a las exigencias de una recta praxis médica”. Pero no es este el caso contemplado en la sentencia de instancia, en la que por un lado, la Administración aporta elementos de prueba sobre la adecuada actuación médica, necesidad de tratamiento y sometimiento a las pruebas existentes sobre la determinación del virus VHC en las donaciones de sangre que dieron lugar a las transfusiones efectuadas a la reclamante, y por otro lado no se atribuye o imputa a la parte recurrente la carga de acreditar dicho nexo causal sino que descarta el mismo mediante la valoración de las pruebas incorporadas a las actuaciones y de las que dispone al efecto, entre las que se encuentran los referidos informes administrativos oportunos junto a las practicadas en el proceso a instancia de la parte”.

De igual forma, en la asistencia sanitaria se ha indicado que 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*. La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de mayo de 2011 (Recurso 2192/2010), recuerda que “...frente al principio de responsabilidad objetiva interpretado radicalmente y que convertiría a la Administración sanitaria en aseguradora del resultado positivo y, en definitiva, obligada a curar todos las dolencias, ha de recordarse, como hace esta Sala en sentencia de 25 de febrero de 2009, recurso 9484/2004, con cita de las de 20 de junio de 2007 y 11 de julio del

mismo año, el criterio que sostiene este Tribunal de que la responsabilidad de la Administración sanitaria constituye la lógica consecuencia que caracteriza al servicio público sanitario como prestador de medios, mas en ningún caso garantizador de resultados, en el sentido de que es exigible a la Administración sanitaria la aportación de todos los medios que la ciencia en el momento actual pone razonablemente a disposición de la medicina para la prestación de un servicio adecuado a los estándares habituales; pero de ello en modo alguno puede deducirse la existencia de una responsabilidad de toda actuación médica, siempre que ésta se haya acomodado a la lex artis, y de la que resultaría la obligación de la Administración de obtener un resultado curativo, ya que la responsabilidad de la Administración en el servicio sanitario no se deriva tanto del resultado como de la prestación de los medios razonablemente exigibles.

En otros términos, que la Constitución determine que "Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derechos 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", lo que es reiterado en la Ley 30/1992, RJAP y PAC , con la indicación que "En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas", no significa que la responsabilidad de las Administraciones Públicas por objetiva esté basada en la simple producción del daño, pues además este debe ser antijurídico, en el sentido que no deba tener obligación de soportar por haber podido ser evitado con la aplicación de las técnicas sanitarias conocidas por el estado de la ciencia y razonablemente disponibles en dicho momento".

La *lex artis* es 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”.

SEXTA.- En el supuesto sometido a dictamen, aparece como primer dato a tener en cuenta la escasa por no decir nula información existente en la historia clínica obrante en el expediente, motivo por el cual nos habremos de ceñir al análisis de los informes médicos emitidos para pronunciarnos sobre la responsabilidad patrimonial planteada.

En base al informe del Servicio de Inspección, se ha podido constatar que la fractura de colles que sufrió la reclamante se trató adecuadamente en un primer momento inmovilizándose con control radiológico inmediatamente posterior, constatándose corregido el acortamiento y la desviación. Se estima asimismo correcto el período de inmovilización, de seis a siete semanas, cuestionándose con el siguiente tenor el control radiológico durante el período de inmovilización: *“El período de mantenimiento de la escayola es de 6 a 7 semanas, período donde se inicia la desviación dorsal y el acortamiento, y que no ha sido descubierto hasta el 16 de mayo de 2006 mediante radiología, por lo que creo que es un período dilatado entre control y control radiológico, aunque no puedo decir que un control radiológico más exhaustivo hubiese evitado esta complicación, porque como he comentado anteriormente el propio mecanismo de la fractura es la que puede dar lugar a problemas neurológicos, dolor y la casi imposibilidad de lograr una movilidad completa, sobre todo en los últimos grados”.*

El Jefe de Servicio del Hospital de La Princesa califica la actuación del Traumatólogo del Centro de Especialidades *“García Noblejas”* como de *“nulo interés en el seguimiento de la paciente”.*

La propuesta de resolución mantiene la inexistencia de responsabilidad, estimando que al ser la obligación del profesional de la medicina de medios y no de resultados, no se puede exigir la curación del enfermo, cuando el daño se ha producido a pesar de una adecuada praxis, haciendo caso omiso de las precisiones realizadas por el Servicio de Inspección y el jefe de servicio del Hospital de la Princesa anteriormente referidas sobre el control radiológico durante el período de inmovilización: *“El tratamiento recibido es el de elección según lex artis, realizándose reducción inmovilización y control posterior. Se hicieron cuatro controles radiológicos posteriores aunque todos confirmaron la consolidación completa del callo vicioso, situación inmodificable aun con mayores controles”*.

Efectivamente, aun cuando la medicina no es una ciencia de garantía de resultados dada la vulnerabilidad de la naturaleza humana, la jurisprudencia, en compatibilidad absoluta con dicho carácter, ha incorporado a nuestro derecho la doctrina de la pérdida de oportunidad, en virtud de la cual existe responsabilidad de la Administración cuando se ha omitido una actuación (tratamiento, medicamento, ayuda diagnóstica, adecuado diagnóstico, etc.) con la que se ha privado a la paciente de una posibilidad de curación, aun cuando dicha omisión no haya sido la única responsable del resultado producido. Por todo ello, aun cuando es cierto que, como señala el Inspector Médico, no se puede determinar en qué medida el estado de la reclamante se debe a la atención recibida o si este estado es fruto de la evolución de la fractura con independencia de la asistencia sanitaria recibida, lo cierto es que la Administración no ha logrado acreditar que sus servicios actuaran conforme a la *lex artis*, antes al contrario la actuación de los mismos omitiendo un control radiológico a tiempo, privó a la reclamante de la posibilidad de conocer la deficiente consolidación de la fractura y la adopción de medidas encaminadas a evitar la desviación cubital (para la que no se aconseja corrección, folio 11 del expediente), restando posibilidades de curación.

Tal y como se ha señalado, la doctrina de la pérdida de oportunidad aplicable al caso dictaminado, se ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico a través de pronunciamientos del Tribunal Supremo entre los que cabe destacar los siguientes: Sentencia de 25 de junio de 2010 (Recurso 5927/2007): *“En la jurisprudencia de esta Sala la pérdida de oportunidad se define - entre otras, en Sentencia de 7 de julio de 2008 , (RC nº 4.476/2004) como "la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una «falta de servicio»". Así lo aprecia la Sentencia que hemos citado en relación con la no recompresión de una persona "en una cámara hiperbárica (que si bien) no garantiza al 100 por 100 el restablecimiento de los accidentados disbáricos, de modo que un 28,5 por 100 de los tratados en la seis primeras horas presentan lesiones permanentes, en cualquier caso, (en el supuesto de la Sentencia) se le hurtó al paciente la eventualidad de pertenecer al 71,5 por 100 de lesionados que, tratados en el plazo idóneo, se recuperan globalmente".*

Sentencia de 13 de julio de 2005 (RC núm. 435/2004): *"...sin que conste la relevancia causa- efecto de un diagnóstico precoz porque, como afirma la sentencia recurrida, para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple*

sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios”.

Es evidente que no se puede conocer cual hubiera sido la evolución de la lesión de la reclamante de haber tenido un tratamiento médico correcto y que hubiera prestado la atención necesaria a la evolución de la fractura una vez inmovilizada pero esa es precisamente la pérdida de oportunidad por cuanto la reclamante no obtuvo del servicio sanitario público los medios necesarios para asegurar una adecuada curación, existiendo por tanto daño antijurídico indemnizable a cargo de la Administración actuante.

SÉPTIMA.- Procede, pues, por prescripción del artículo 12.2 del RPRP, analizar la valoración del daño causado que debería ser objeto de indemnización.

Tal y como se ha señalado, en los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, el objeto de reparación no es el daño final, sino, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud del paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

Sobre este punto la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de julio de 2008 (Recurso 4776/2004) considera que *“El primero consiste en que, en el presente caso, aquel principio no demanda el reconocimiento a favor del actor de una indemnización que le satisfaga por las secuelas que soporta, entre otras razones porque la curación nunca se encuentra médicamente garantizada. En otras palabras, no debe pagársele por las dolencias reales padecidas a consecuencia del accidente disbárico, sino tan sólo por la mera posibilidad de que, de no haberse sufrido la repetida dilación, hubiera podido obtener otro resultado, más propicio y benigno”.*

A su vez la Sentencia de 23 de septiembre de 2010, establece que *“Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de “pérdida de oportunidad” -sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/2007- se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación) los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica posee a disposición de las administraciones sanitarias”*.

En parecidos términos, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en Sentencia de 30 de septiembre de 2010, señala: *“Se ha producido en el supuesto de autos esta privación de expectativas, denominada en la jurisprudencia del Tribunal Supremo doctrina de la pérdida de oportunidad, puesto que la asistencia prestada al paciente no fue la adecuada a su situación de sujeción y dificultades respiratorias, existiendo medios de control y protocolos de vigilancia que hubieran evitado su permanencia en situación de parada cardiorrespiratoria durante un tiempo importante. Como vimos no se puede establecer una relación de causalidad entre muerte del hijo de los actores y el control defectuoso que hemos descrito, pero no se puede obviar que de haber existido vigilancia adecuada, en concreto si el personal de enfermería hubiera entrado en la*

habitación cada quince minutos existiría la posibilidad de que el resultado de la depresión del sensorio y la aspiración del vomito hubieran sido diferentes. Precisamente por ello la reparación del daño no puede cuantificarse en relación directa con el fallecimiento del hijo de los actores, sino exclusivamente atendiendo a la pérdida de la posibilidad terapéutica”.

La reclamante solicita un total de 122.457,43 euros sobre la base de un informe pericial aportado por la misma y elaborado por un licenciado en medicina y cirugía, y en aplicación de una regulación derogada (tabla VI de la Ley 34/2003, de 4 de noviembre). Dicho informe no llega a afirmar de una manera clara que el estado actual de la muñeca de la reclamante se deba a la asistencia médica prestada y efectúa una valoración del daño carente de motivación y en algún aspecto contradictoria con otros informes como el del Servicio de Rehabilitación del Hospital Gregorio Marañón, según el cual la reclamante hace *“...pinza digito-digital y discreta dificultad para realizar el puño correctamente. Respecto de las actividades de la vida diaria tiene alguna dificultad en la tareas domésticas”* (folio 82) en tanto que el citado informe alude a que la reclamante presenta una *“limitación severa para la realización de cualquier actividad en la que intervenga de forma activa el miembro superior derecho”* (folio 40).

Asimismo y frente a la consideración del Servicio de Rehabilitación en cuanto a que la lesión no puede mejorar el citado dictamen, propone continuar con ejercicios de fisioterapia y rehabilitación así como otras terapias tales como hidroterapia, balneoterapia o acupuntura.

Estas contradicciones motivan que la indemnización se calcule conforme a los daños estipulados en los informes médicos de la sanidad pública que ofrecen, a juicio de este Consejo mayor credibilidad. A partir de lo recogido en los informes del Servicio de Traumatología del Hospital de La Princesa, se puede considerar que la reclamante presenta problemas en la flexión de

la muñeca, tiene una situación de antebrazo-muñeca dolorosa y una situación de algodistrofia.

En función de esos datos se pueden adjudicar, de acuerdo con la tabla VI de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, 6 puntos (1-7) por la flexión limitada a 60° la dorsal y 20° la palmar, 4 puntos (1-5) por la muñeca dolorosa toda vez que precisa tomar antiinflamatorios y/o analgésicos y 3 puntos (1-5) por la algodistrofia toda vez que según el informe de rehabilitación experimentó una discreta mejoría.

Aplicando la fórmula establecida en dicha Ley para los casos de lesiones derivadas del mismo accidente, resultaría un total de 13 puntos sin que concurra ninguno de los factores de corrección de la tabla IV.

Así pues, de conformidad con la Resolución de 24 de enero de 2006 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones que da publicidad a las cuantías de la indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal aplicables en el año 2006 (B.O.E. nº 29, de 3 de febrero de 2006), resulta una cantidad (tabla III) de 530,40 euros por punto al ser la reclamante mayor de 65 años, lo que haría un total de 6.895,2 euros.

A juicio de este Consejo no procede indemnizar por días improductivos ya que, según señala el informe de la Inspección Médica, las fracturas de colles requieren tanto el inmovilizado como la realización de rehabilitación y no se acredita que, como consecuencia de la mala atención recibida, haya precisado más días de los habituales.

Partiendo de la dificultad que supone valorar la pérdida de oportunidad en las posibilidades de sanación, este Consejo considera que, dado que en el daño pudo influir el propio mecanismo de la fractura puesto de manifiesto por el servicio de inspección y la edad de la reclamante, puede aplicarse un

50% sobre lo que sería la valoración de los daños físicos, lo que determina una cantidad de 3.447,60 euros.

Dicha cantidad deberá ser actualizada conforme establece el artículo 141 de la LRJ-PAC.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar en parte la reclamación de responsabilidad patrimonial reconociendo a la reclamante una indemnización en los términos fijados en la consideración séptima de este dictamen.

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, 19 de octubre de 2011