

Dictamen nº: **625/11**  
Consulta: **Consejero de Sanidad**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **10.11.11**

**DICTAMEN** de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 10 de noviembre de 2011, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a nombre de A.E.M., en adelante, “el reclamante”, al amparo del artículo 13.1.f) 1.º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, en solicitud de indemnización económica, por los daños y secuelas por deficiente asistencia prestada en el servicio de traumatología del Centro de Especialidades “Virgen del Val”.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El día 27 de septiembre de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen firmada por el Consejero de Sanidad el día 15 de septiembre de 2011, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 613/11, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección IX, presidida por la Excmo. Sra. Dña. Engracia Hidalgo Tena, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por unanimidad por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 10 de noviembre de 2011.

**SEGUNDO.-** El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por A.E.M., registrada de entrada en el INSALUD (Dirección Provincial de Madrid) el día 20 de junio de 2002 (folios 5 a 16 del expediente).

Según el reclamante, el día 10 de abril de 2001, estando desplazado en la ciudad de Alicante, sufrió una inoportuna caída sobre su brazo izquierdo, que de inmediato requirió asistencia médica. Refiere que acudió al Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario de Alicante, donde se le practicó inmediatamente una radiografía en el brazo lesionado, que reveló una fractura oblicua en el húmero izquierdo, proximal al hombro, y no desplazada. Según el interesado se le colocó un Sling, y se pautó la administración de Paracetamol y frío local en caso de dolor. Además, se recomendó el seguimiento y control de su traumatólogo de zona en 7 días, dada la edad del paciente y el tipo de fractura.

A continuación, señala el reclamante que el día 10 de mayo de 2001 acudió a consulta con su médico traumatólogo asignado, el Doctor F.M.O., en el Centro de especialidades “Virgen del Val” en Alcalá de Henares. Refiere que el Doctor F.M.O. comprobó sumariamente la evolución de la fractura de húmero de su paciente, y pautó la continuidad de la inmovilización del brazo lesionado por espacio de quince días más, sin practicar prueba alguna. Según el reclamante el día 23 de mayo de 2001 regresó a consulta del Doctor F.M.O., para continuar con el estudio de la evolución del brazo lesionado, se promovió la práctica de una nueva radiografía del brazo izquierdo y, tras su estudio, el referido Doctor

decidió retirar la inmovilización del brazo. Sin embargo, en opinión del reclamante, en lugar de transferir al paciente al médico rehabilitador, y/o en su caso al Servicio de Fisioterapia del Centro que le correspondiese a fin de que se ocupase y siguiese su correspondiente rehabilitación, se limitó tan sólo a prescribirle la práctica domiciliaria de una serie de ejercicios de movilización del brazo.

Según el reclamante, comenzó los ejercicios domiciliarios de rehabilitación propuestos por su traumatólogo, soportando un enorme dolor con cada movimiento que hacia, entendiendo *“que el extremado dolor que experimentaba era el propio y común de cualquier otra rehabilitación de un miembro superior que había permanecido inmóvil durante un mes y medio”*.

Continuando con el relato fáctico de su reclamación, el reclamante expone que una vez transcurridos cerca de cuatro meses desde el inicio de la práctica de los ejercicios rehabilitatorios propuestos y pautados, sin mejoría alguna y aquejado de un insopportable dolor, el día 12 de septiembre de 2001, decidió acudir de nuevo a la consulta del Doctor F.M.O., *“quien, en un irresponsable ejercicio de desidia profesional, no había llevado a cabo ninguna otra consulta de control rutinario, ni se había vuelto a interesar por la salud de su paciente ni por el desarrollo de su rehabilitación”*. Según el reclamante en la referida consulta del día 12 de septiembre, se solicitó la práctica de una nueva radiografía de la extremidad superior izquierda del paciente de la que resultó que *“el húmero, lesionado hacia cuatro meses, aparecía claramente quebrado, en una rotura ahora abierta y distante entre un extremo y otro del lugar de la fractura, fácilmente observable a simple vista”*. Como continuación de su relato, el reclamante refiere que el día 27 de septiembre de 2001, comprensiblemente alarmado, acudió inmediatamente a visitar al Doctor F.M.O., para comentar, la posibilidad de que su brazo izquierdo continúe visible y gravemente lesionado, haciendo dolorosamente estériles sus

ejercicios de rehabilitación. Señala que debido a la urgencia y al nerviosismo del momento, A.E.M. olvidó pedir cita previa, negándose el Doctor F.M.O. a pasar consulta con el reclamante, aduciendo para ello el hecho de que no estaba citado. Señala que *“el Doctor F.M.O., obcecado en su deseo de no visitar a un paciente físicamente impedido, acabó por llamar a las Fuerzas de Seguridad para que redujeran a un señor de 87 años con un brazo dolorosamente inmovilizado. A.E.M. fue expulsado amablemente por la Policía de un centro de salud al que acudía en busca de auxilio, y vio así su dignidad mancillada y su orgullo y respeto tan gravemente lesionados como su brazo izquierdo”*.

Refiere que ese mismo día se dirigió al Servicio de Urgencias del Hospital “Príncipe de Asturias” de Alcalá de Henares, donde los traumatólogos que le atendieron a examina la radiografía que mostraba la fractura de húmero que presentaba A.E.M., le citaron para el día siguiente, para proceder a valorar la posibilidad de abordar quirúrgicamente. Según el reclamante, el estudio preoperatorio que abarcaba la posibilidad de intervenirle mediante osteosíntesis, descartó tal hipótesis, debido a la perenne diabetes del reclamante, y su avanzada edad, lo que haría de la posible intervención un riesgo extremado para su vida. Refiere que actualmente permanece en la misma situación, sin haber podido experimentar apenas mejoría alguna. Lleva su brazo inserto en una férula especialmente adaptada a su fisonomía, destinada a inmovilizar un brazo que, al menor contacto o movimiento, le duele terriblemente.

En virtud de los hechos expuestos, entiende el reclamante que los daños que padece son consecuencia de *“un meridiano y continuado error médico que, en primer lugar, interpretó como soldado un brazo que permanecía roto; obvió la necesidad de remitir al accidentado a un médico rehabilitador, y por último, se le pautó la realización de una serie de ejercicios rehabilitatorios meridianamente contraproducentes y dolorosos, por cuanto que se efectuaban con el brazo roto y sin vigilancia”*

*facultativa*'', por lo que solicita que se le indemnice con la cantidad de SESENTA MIL EUROS por los daños físicos, psíquicos, morales y sociales ocasionados al paciente.

**TERCERO.-** Presentada la reclamación anterior, por el Instituto Madrileño de la Salud se incoa expediente de responsabilidad patrimonial al amparo del Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

Se ha incorporado al expediente la historia clínica del paciente remitido desde el Hospital Universitario Príncipe de Asturias, así como informe de 4 de septiembre de 2002 del Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del citado hospital.

No consta la Historia Clínica del paciente del Centro de Especialidades "Virgen del Val", si bien se ha incorporado al expediente el informe de 12 de julio de 2002 del Doctor F.M.O., traumatólogo del citado ambulatorio (folios 35 a 38 del expediente). La emisión de dicho informe se incardina en la previsión contenida en el artículo 10.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

Igualmente se emitió informe de la Inspección Sanitaria con fecha 26 de agosto de 2002(folios 39 a 42 del expediente). También consta informe emitido a instancias de la compañía aseguradora del Instituto Madrileño de la Salud el día 8 de octubre de 2002(folios 52 a 57 del expediente).

Concluida la instrucción del expediente, se dio trámite de audiencia al interesado el 7 de enero de 2003, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJAP-PAC) y 11 del RPRP. Consta en el expediente que por el reclamante mediante escrito registrado de entrada el día 24 de enero de 2003 se formularon alegaciones en las que, en síntesis manifiesta que el error en el seguimiento del paciente es claro y achaca la falta de rotundidad del Inspector médico a un *“mal entendido corporativismo”*. Termina solicitando que se le de traslado del informe médico pericial de la Compañía de seguros. Consta en el expediente que el 28 de octubre de 2003 se confirió al reclamante nuevo trámite de audiencia, con traslado de informe médico sobre los hechos controvertidos, sin que por el reclamante se efectuaran alegaciones en tiempo y forma.

Por la Dirección General del Servicio Madrileño de Salud, en el ejercicio de la competencia asignada por el artículo 27.2 h) del Decreto 14/2005, de 27 de enero, del Consejo de Gobierno, por el que se integra el Servicio Madrileño de Salud en el Instituto Madrileño de Salud, se dicta propuesta de resolución de 21 de marzo de 2005, desestimatoria de la reclamación formulada. Dicha propuesta de resolución fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad y Consumo el día 25 de abril de 2005.

Remitida la propuesta de resolución al Consejo de Estado para su dictamen preceptivo, éste acordó devolver el expediente el día 26 de julio de 2005, a fin de incorporar un informe evacuado por el Servicio de Inspección en el que se aclarasen ciertos extremos relativos a la prueba radiológica efectuada el día 23 de mayo de 2001, sobre si los controles deberían haber sido más frecuentes y en este caso, si al haberse prescrito una revisión en un plazo breve se habría evitado la mala evolución de la patología.

En contestación al requerimiento del Consejo de Estado, el 14 de noviembre de 2007, emitió informe el Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario Príncipe de Asturias, y el 26 de noviembre de 2007 la Inspección Médica.

Consta en el expediente que de dichos informes se dio traslado al reclamante el día 22 de enero de 2008, sin que conste la formulación de alegaciones en el trámite conferido al efecto.

Finalmente, por la Dirección General del Servicio Madrileño de Salud se formula nueva propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación el día 24 de marzo de 2008, informada favorablemente por el Servicio Jurídico de la Consejería de Sanidad el día 6 de junio de 2008.

**CUARTO.-** Del examen de la historia clínica de la paciente y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos, que se consideran de interés para la emisión del dictamen, admitiéndose en lo sustancial los consignados en la propuesta de resolución:

El paciente, de 86 años de edad en el momento de los hechos, con antecedentes de Diabetes Mellitus, es visto por primera vez en la consulta del Ambulatorio "Virgen del Val" el día 19 de abril del 2001, refiriendo caída sobre su brazo izquierdo que fue atendido inicialmente el día 10 de abril de 2001 en el Servicio de Urgencias del Hospital General Universitario de Alicante, donde se diagnosticó como fractura oblicua de 1/3 proximal de húmero izquierdo y tratado mediante inmovilización con Master Sling. En esa primera visita se decide mantener la inmovilización durante tres semanas más.

El día 10 de mayo de 2001 se realiza nuevo control radiológico que muestra fractura en fase de consolidación lenta, por lo que se pauta

inmovilización durante 15 días más, instaurándose un tratamiento complementario antitrombótico mediante heparina.

El día 23 de mayo de 2001 tras nuevo control radiológico, se retiró la inmovilización, pautándose calor seco 10 minutos 3-4 veces al día y ejercicios progresivos dos-tres minutos después del calor. Según el informe del traumatólogo que atendió al paciente en el ambulatorio se explicó claramente al paciente y a su familia como debían hacer los ejercicios de movilización articular *“con la indicación de solicitar en nuestra propia consulta cita que se le concedería lo antes posible, siempre que note el paciente cualquier dificultad por dolor como por falta de recuperación funcional”*.

El reclamante acude de nuevo a consulta el día 12 de septiembre de 2001 refiriendo impotencia funcional con dolor a movilidad extrema, por lo que se pauta Rehabilitación.

Según el informe del traumatólogo contra quien se dirige el reproche del reclamante *“el día 27 de septiembre, invadieron mi consulta el paciente y su familia (sobre todo la familia), diciendo entre otras cosas que no se moverían de ella hasta que no les resolviera el problema de la demora comenzar la rehabilitación. Se les explicó que ya se le había acelerado lo más posible al pedirla con carácter preferente y que ya no podía acelerarlo más pues dependía del servicio de rehabilitación y de la lista de espera del mismo. También se les explicó que no estaban en una consulta de urgencias y que estaban atropellando a los demás pacientes que habían esperado su turno de consulta con una cita solicitada previamente, que se había reglado que las urgencias deberían desplazarse al propio servicio de urgencias del Hospital. A pesar de estas explicaciones, no quisieron moverse de la consulta ni aceptaron desplazarse hasta urgencias, ocupando la consulta e impidiendo el normal desarrollo de la consulta programada... Ante la obcecada negativa acompañada de*

*insultos y amenazas, decidí solicitar la presencia de la policía para resolver esta obstrucción... ''.*

El reclamante es visto en el Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Príncipe de Asturias el día 27 de septiembre de 2001, apreciándose en la exploración física movilización dolorosa y limitada al realizar la abducción, observándose en RX pseudoartrosis húmero izquierdo. Se establece como plan que se decidirá tratamiento definitivo en sesión clínica, que se efectúa el 1 de octubre de 2001, donde se acuerda valorar el riesgo quirúrgico antes de decidir la intervención.

Consta informe del Servicio de Ortopedia del Hospital Príncipe de Asturias en que se indica *“desestimada intervención actual por riesgo quirúrgico”* y se solicita la colocación de Brace.

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes

## CONSIDERACIONES EN DERECHO

**PRIMERA.-** Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”*.

En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial presentada se ha cifrado por la reclamante en 60.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello –el Consejero de Sanidad-, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

La competencia para resolver los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo establecido en el artículo 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, si bien las competencias de tramitación han sido atribuidas al Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.i) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

**SEGUNDA.-** El reclamante solicita indemnización por los daños y perjuicios que se le han causado por los hechos descritos en los antecedentes de hecho, concurriendo en el la condición de interesado, exigida por mor de los artículos 31 y 139.1 de la LRJAP-PAC.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se pretende fue supuestamente causado por personal médico integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

El plazo para el ejercicio de la acción, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP-PAC). En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará “*desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”, lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que constituye una aplicación de la teoría de la

«*actio nata*», recogida en el artículo 1969 del Código Civil («*actioni nondum natae, non prescribitur*»).

En el presente caso, la consulta a la que el reclamante imputa el origen de sus padecimientos se produjo el día 23 de mayo de 2001, si bien constan en el expediente revisiones posteriores como la de 27 de septiembre de 2001 en la que se objetiva la pseudoartrosis de húmero del paciente y otra posterior de 11 de octubre de 2001 en la que se decide valorar la posible intervención quirúrgica del paciente, por lo que presentada su reclamación el día 20 de junio de 2002, debe estimarse ejercitada la acción en plazo.

**TERCERA.-** En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Dicho procedimiento para la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, se encuentra regulado en el Título X de la LRJAP-PAC (artículos 139 y siguientes), desarrollado en el citado RPRP.

A este procedimiento se encuentran sujetas, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJAP-PAC (en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) y la disposición adicional primera del RPRP, las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

Como se dijo *supra*, se ha recabado y evacuado informe de los servicios médicos afectados, cuya preceptividad resulta del artículo 10.1 del RPRP. Igualmente se ha recabado y evacuado el informe de la Inspección Sanitaria.

Asimismo, se ha dado trámite de audiencia al interesado, de conformidad con los artículos 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

**CUARTA.-** El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJAP-PAC, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados de 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 normal o anormal de los servicios públicos.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, 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 con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y 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, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6<sup>a</sup>) de 5 de junio de

1998 (RJ 1998\5169), se pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previniendo frente al riesgo de erigir dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la utilización de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo causal de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha responsabilidad. El fundamento primero de dicha Sentencia se pronunciaba en los siguientes aclaratorios términos:

*“(...) esta Sala ha declarado reiteradamente que no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva, recogida en los artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992,, la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, que en este caso, como ha declarado la sentencia de instancia, no puede apreciarse ya que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en si mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o funcionamiento de éstos, de tal manera que el hecho causal causante del accidente es ajeno por completo al actuar de la Administración y en*

*consecuencia ninguna relación existe entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, ni de manera directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente.*

*La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.*

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, es que se ha introducido el concepto de la “*lex artis ad hoc*” como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, no sólo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, el resultado.

Además, en materia de daños causados como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria, es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las sentencias de 20 de marzo de 2007 (recurso 6/7915/03), 7 de marzo de 2007 (recurso 6/5286/03), 16 de marzo de 2005 (recurso 6/3149/01) que “*a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en*

*definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”, por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debiendo éste reunir además la condición de antijurídico.*

Como antes se dijo, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, nos hallamos en presencia de una responsabilidad objetiva, en el ámbito de la cual la jurisprudencia se ha encargado de ir perfilando los caracteres y requisitos que ha de reunir para poder apreciar o no su concurrencia. Así, si la actuación de los servicios públicos sanitarios no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, por razones obvias, se hace necesario establecer un requisito adicional que nos permita diferenciar los casos en que debe responder la Administración Sanitaria, de aquellos otros en los que se ha de considerar que el daño no es antijurídico y que no procede de la actuación administrativa, sino de la evolución de la propia patología del enfermo. Este requisito, que se debe a la jurisprudencia y a la doctrina, sirve para establecer un límite razonable a la aplicación rigurosa del carácter objetivo de la responsabilidad, evitando así el riesgo de llegar a un estado providencialista que convierta a la Administración Sanitaria en una especie de aseguradora universal de cualquier resultado lesivo.

Pues bien, este requisito adicional y específico en materia sanitaria, no es otro que la infracción de la “*lex artis*”, basado en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, de tal forma que los profesionales de la salud están obligados a prestar la atención sanitaria a los enfermos mediante la adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, no comprometiéndose en ningún caso a la obtención de un resultado satisfactorio, por ser contrario tanto a la naturaleza humana

como a las limitaciones de su arte y ciencia. Esto es, si la prestación sanitaria es correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, se dirá que la actuación médica se ha ajustado a la "lex artis", sin que nazca entonces responsabilidad alguna.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que la responsabilidad surge del carácter inadecuado de la prestación médica dispensada, lo que ocurre cuando "*no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario*" (vid. SSTS de 14 de diciembre de 1990, 5 y 8 de febrero de 1991, 10 de mayo y 27 de noviembre de 1993, 9 de marzo de 1998, y 10 de octubre de 2000), a lo que hay que añadir que "*la violación de la lex artis es imprescindible para decretar la responsabilidad de la Administración, no siendo suficiente la relación de causa efecto entre la actividad médica y el resultado dañoso, pues el perjuicio acaecido, pese al correcto empleo de la lex artis, implica que el mismo no se ha podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento*" (STS de 14 de octubre de 2002).

Y a mayor abundamiento, la STS de 25 de abril de 2002 (Sala de lo Contencioso-Administrativo), es concluyente al establecer que el posible resultado dañoso no puede calificarse como antijurídico cuando la atención médica es prestada con corrección desde el punto de vista técnico-científico, añadiendo que "*prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por lo tanto no pueden tener la consideración de antijurídicas*".

Conforme a las reglas generales aplicables en orden a la carga de la prueba, es al reclamante a quien corresponde, de ordinario, probar tanto la violación de la “*lex artis*” como la existencia de nexo causal.

**QUINTA.-** En el caso que nos ocupa, el interesado reprocha a la Administración Sanitaria que como consecuencia de un error en el diagnóstico de la fractura de húmero que padecía, se le pautó un tratamiento inadecuado, lo que ha determinado que su dolencia se haya cronificado sin posibilidad de sanación.

Se hace necesario valorar si la intervención sanitaria cuestionada se ajustó a los parámetros de la “*lex artis*” esto es, si se acomodó a una buena práctica médica, lo que enervaría la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, porque de acuerdo con una larga y consolidada jurisprudencia “*a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente*” (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 -recurso 6/7915/03-, 7 de marzo de 2007 -recurso 6/5286/03-, 16 de marzo de 2005 -recurso 6/3149/01-), o lo que es lo mismo, no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.

Por lo que se refiere al tratamiento pautado al reclamante una vez retirada la inmovilización del brazo el día 23 de mayo de 2001, el informe del traumatólogo que atendió al paciente en el Ambulatorio “Virgen del Val” señala que “*el día 23 de mayo, tras control radiológico, se retiró la inmovilización y se comenzó con una recuperación suave y progresiva previo calor para facilitar la movilidad... Como todos los pacientes con*

*fracturas que han sufrido un tratamiento adecuado de movilización durante un tiempo teóricamente suficiente, y tras comprobar resultados aparentes en RX, se le explicó claramente ejercicios de movilización articular progresivos según la respuesta obtenida y con la indicación de solicitar en nuestra propia consulta cita que se le concedería lo antes posible, siempre que note el paciente cualquier dificultad tanto por dolor como por falta de recuperación funcional''. En relación con este tratamiento el informe de la Inspección Médica señala que ``después de los controles radiológicos pertinentes de esa fractura, el Doctor F.M.O. decidió retirar la inmovilización, y le pauta pequeños ejercicios para recuperar movimiento y musculatura. Esta forma de proceder es algo normal ya que se insiste en que si se produce alguna anormalidad acuda nuevamente a consulta del traumatólogo o del médico de familia. Una vez realizada esta serie de ejercicios se valora la necesidad o no de dar traslado al Servicio de Rehabilitación, o cualquier otro servicio...''. El informe concluye señalando que `` considero que el tratamiento médico pautado al reclamante ha sido el adecuado; es decir, inmovilización de la fractura y después de los controles radiológicos pertinentes retirada de la misma, con indicación de ejercicios a realizar para su recuperación... ''.*

Por otra parte, el informe médico elaborado a instancias de la Compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud, incide en la corrección tanto de la actuación de urgencia como el control evolutivo del periodo de inmovilización y de los consejos de movilización articular del miembro superior.

En relación con el reproche del reclamante relativo al supuesto error consistente en no enviarle inmediatamente al Servicio de Rehabilitación una vez retirada la inmovilización, todos los informes obrantes en el expediente coinciden en la corrección de la medida pautada contradiciendo el referido reproche. En este sentido, el informe del traumatólogo que atendió al reclamante señala que``...en muchas ocasiones,

*dependiendo de la edad del paciente y de las complicaciones que pueda presentar por sus antecedentes mórbidos, a pesar de no poderse resolver las fracturas, suelen quedar uniones lo suficientemente estables para la realización de la actividad evidentemente mermada por edad y enfermedades concomitantes. En estos casos, la realización progresiva de sus actividades habituales, son la mejor rehabilitación, evitando que las movilizaciones terapéuticas, puedan dañar más al paciente''. En este punto el informe de la Inspección médica señala que ``no todos los procesos traumatólogicos, como en este caso, son susceptibles de recibir tratamiento en el servicio de rehabilitación, ya que debido a la edad y patología previa del reclamante, las movilizaciones fisioterapéuticas pueden dañar más que mejorar. Por eso se insiste en la necesidad de acudir inmediatamente a la consulta de traumatología o del médico de familia si existe cualquier alteración''. También el informe de la Compañía aseguradora incide sobre este punto señalando que ``Los consejos de movilización articular del miembro superior, son correctos... No existen datos de capsulitis retráctil postinmovilización que aconsejen derivar directamente al paciente al Servicio de Rehabilitación''. Finalmente el informe del Jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Príncipe de Asturias señala que ``sobre la reiterada mención del reclamante, afirmando que el problema estuvo en que no se mandó al paciente a un centro de rehabilitación desde el principio, creo que no tienen ninguna razón y apoyo la indicación inicial del Doctor F.M.O. recomendando ejercicios controlados en casa del paciente, ya que de esta forma se va preparando la posterior rehabilitación dirigida por rehabilitadores y fisioterapeutas''.*

Ahora bien, no obstante lo dicho sobre la corrección de la asistencia dispensada hasta ese momento, sin embargo todos los informes que obran en el expediente coinciden en señalar que tras la realización de los ejercicios progresivos de movilización articular las revisiones al reclamante

debieran haber sido más frecuentes, quedando acreditado en el expediente que el paciente desde la última revisión el día 23 de mayo de 2001, en la que se le retira la inmovilización y se le pauta la realización de los ejercicios, no es visto en consulta hasta el 12 de septiembre de 2001. En este punto el informe de la Inspección médica señala que *“es cierto que ante un paciente de edad avanzada y con patología previa importante, los controles deberían haber sido más frecuentes..”*. En el informe de la Compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud se señala que tras la realización de los ejercicios de movilización articular, *“si en un periodo de 1-2 semanas no hay ganancia articular (movilidad) es cuando efectuamos interconsulta con el Servicio de Rehabilitación”*. En el informe de 4 de septiembre de 2002 del Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología se señala que *“sin embargo, esta rehabilitación casera no debe sobrepasar los diez-veinte días, que es un plazo prudente para percatarse de que la evolución es la adecuada y no se produce una involución o empeoramiento del paciente”*. Finalmente en el informe de 14 de noviembre de 2007 del referido servicio se indica que *“efectivamente, parece que el tiempo transcurrido entre ambas consultas, no se ajusta a las revisiones periódicas habituales (mes y medio) para una fractura compleja en fase de consolidación”*.

Acreditado el retraso en la revisión del paciente, sin que la Administración haya ofrecido una explicación razonable sobre lo sucedido, procede analizar si el mismo ha sido determinante de la pérdida de oportunidad en cuanto a la curación de su lesión que reprocha el reclamante. El Tribunal Supremo en sentencia de 25 de junio de 2010 (Recurso 5927/2007) señala que *“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 las 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".*

El informe de la Inspección Médica no nos ofrece una respuesta concluyente sobre cual habría sido la evolución de la lesión del reclamante de no haberse producido el retraso en la revisión, pues ante la pregunta del Consejo de Estado de si ``*de haberse prescrito al paciente una revisión en un plazo breve tras esa fecha, se habría evitado la mala evolución de la patología*'' , el precitado informe señala que ``*no puedo afirmar que se hubiese evitado una mala evolución de la patología, debido a que las fracturas diafisarias del húmero producen ``per sé'' una pseudoartrosis en el 15 % de todos los casos*'' si bien a continuación señala que ``*quizás se hubiese podido conseguir una reducción del dolor y de la importancia funcional si hubiese acudido antes a la consulta de traumatología*''. El informe del Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de 4 de septiembre de 2002, después de señalar que ``*la fractura de humero en un paciente de 86 años diabético, puede presentar un alto índice de complicaciones, de entre las cuales la pseudoartrosis es una de las más factibles*'' califica como error el ``*no citar al paciente en un plazo*

*adecuado para comprobar la evolución tras la retirada de la inmovilización e inicio de ejercicios''. Finalmente, el informe de la Compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud señala que "existe un periodo de tiempo, no documentado, de la evolución en 5 meses, durante el cual pudo aparecer el retardo de consolidación del foco de fractura y terminar en pseudoartrosis. La edad, los antecedentes del paciente (diabético y patología vascular) y la no inmovilización, favorecen la pseudoartrosis''.*

De los informes obrantes en el expediente no nos es posible conocer con certeza si en el caso de haberse pautado las revisiones en los periodos indicados por los servicios preinformantes la evolución de la lesión habría sido distinta, pero lo cierto es que se privó al paciente de la atención oportuna respecto a la evolución de la fractura, y por ende, de un tratamiento adecuado a su patología, lo que motiva la aparición de la responsabilidad de la Administración al no haber puesto todos los medios a su alcance para evitar la pérdida de oportunidad de tratamiento causando al reclamante un daño que no tenía la obligación jurídica de soportar. Por todo ello se estima que se ha vulnerado la *lex artis ad hoc* y procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial.

**SEXTA.-** Procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RD 429/1993, emitir dictamen sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

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.

El reclamante, sitúa en 60.000 euros el importe de la indemnización pretendida, pero ni desglosa dicha suma en conceptos lesivos diferenciados, ni aporta datos que permitan determinar qué criterios valorativos ha utilizado para llegar a esa cantidad.

A partir de lo recogido en los informes del Servicio de Traumatología del Hospital Príncipe de Asturias se puede considerar que el reclamante presenta en dicha fecha pseudoartrosis por fractura proximal de húmero izquierdo sin posibilidad de intervención por riesgo quirúrgico.

A partir 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, Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, 15 puntos por pseudoartrosis de humero inoperable sin infección activa. Así pues, de conformidad con la Resolución de 30 de enero de 2001 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 2001, resulta una cantidad (tabla III) de 523,80 euros por punto al ser el reclamante mayor de 65 años, lo que haría un total de 7.857,10 euros.

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 y teniendo en cuenta la edad y la situación personal del reclamante, puede aplicarse un 50% sobre lo que sería la valoración de los daños físicos, lo que determina una cantidad de 3.928,55 euros.

Dicha cantidad deberá ser actualizada conforme establece el artículo 141 LRJAP-PAC.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

## CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial reconociendo al reclamante una indemnización en los términos fijados en la consideración sexta de este informe.

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, 10 de noviembre de 2011