



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **269/2014**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 24 de septiembre de 2014, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Ilmo. Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero), mediante oficio registrado el día 10 de febrero de 2014, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **47/14**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 3 de febrero de 2011, tuvo entrada en el registro de la Delegación del Gobierno en Murcia escrito presentado por un Letrado, en representación de x, en reclamación por los daños que éste habría sufrido como consecuencia de la defectuosa asistencia sanitaria recibida del Servicio Murciano de Salud (SMS).

Relata el reclamante que, el 17 de enero de 2010, acudió a urgencias del Hospital "Los Arcos" de San Javier, con motivo de dolencia del dedo meñique de la mano derecha. Con diagnóstico de fractura por *"trauma sobre el quinto meta"*, se le colocó una férula y se le administró medicación para el dolor.

Durante las dos semanas siguientes llevó férula con persistentes dolores y sin ningún control, por lo que decidió volver a urgencias el 1 de febrero, diagnosticándole *"desplazamiento de la fractura y decisión de tratamiento quirúrgico"*.

El 4 de febrero ingresó en el Hospital "Mesa del Castillo" de Murcia, donde se le practica osteosíntesis con placa. Tras la intervención los dolores eran más intensos.

El 24 de febrero se apreció un desplazamiento de la placa atornillada, siendo reintervenido el 2 de marzo en "Los Arcos".

El 31 de marzo se advierte desplazamiento de la fractura. Se le retiró la férula y se le indicó hacer ejercicios suaves de flexión y extensión de dedos con agua y sal, citándole en un mes para revisión.

El 27 de abril se le prescribió rehabilitación urgente, puesto que presentaba inmovilización del dedo lesionado. La rehabilitación no comenzó hasta el 24 de mayo, y porque el afectado fue a reclamarla.

Este tratamiento no derivó en mejoría alguna, lo que, según los fisioterapeutas de "Los Arcos", se debió a que la rehabilitación debería haber empezado antes, concretamente inmediatamente después de la segunda intervención.

El 25 de junio se le comunicó la necesidad de una nueva intervención con urgencia, como consecuencia de tantos errores.

El 2 de agosto se le comunicó que quedaba excluido de la lista de espera de cirugía. Ese mismo día estaba citado en "Los Arcos", para su ingreso, pero no se realizó debido a la falta de comunicación entre el traumatólogo Dr. x y el personal del hospital, con lo que entró en el hospital de DIA (CMA) por urgencia para la intervención correspondiente (catéter). Por esta falta de comunicación, el paciente no fue atendido conforme al planteamiento del Dr. x. Estos hechos motivaron una queja del usuario.

El 15 de noviembre, el paciente acudió a consulta con el indicado traumatólogo, que valora una posible amputación del dedo. Se solicita una segunda opinión al Hospital "Santa María del Rosell", en Cartagena.

El 23 de noviembre, un informe de rehabilitación establece que no cabe esperar ninguna mejoría funcional.

A la fecha de la reclamación de responsabilidad patrimonial, el paciente continúa con rehabilitación programada.

Considera el reclamante que la asistencia médica recibida fue defectuosa, como lo demuestra que una simple fractura de un dedo pueda derivar en su amputación, supuesto que califica de daño desproporcionado, por lo que se ha de presumir que la lesión se produjo por un acto médico contrario a la *lex artis*.

Además, desde la segunda operación, el 2 de marzo, hasta que empieza la rehabilitación el 24 de mayo transcurren casi tres meses, lo que supone un retraso injustificado para iniciar su recuperación y ganar movilidad funcional.

Del mismo modo, aprecia una falta de coordinación entre los especialistas que han tratado al paciente, lo que ha determinado que no se le haya tratado con una estrategia definida (intervención más rehabilitación) desde el principio, sino que ha sido sometido a múltiples cirugías y rehabilitación intercaladas y no coordinadas, que, si no han supuesto un daño mayor, ello ha sido por las reclamaciones del paciente.

Se solicita una indemnización, no cuantificada en tanto no se concreten definitivamente los daños, y propone

como medios de prueba la historia clínica del interesado obrante en el Hospital "Los Arcos" y en el Hospital "Mesa del Castillo", los informes de los profesionales intervinientes y los protocolos de traumatología y rehabilitación aplicables al caso, así como la documentación clínica que se aporta junto a la reclamación.

SEGUNDO.- Con fecha 4 de marzo de 2011, el Director Gerente del SMS admite a trámite la reclamación y ordena su tramitación al Servicio Jurídico del indicado Ente Sanitario, que procede a comunicar al interesado la información prescrita por el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Asimismo, se solicita al Hospital Universitario "Los Arcos del Mar Menor" copia de la historia clínica del paciente e informes de los profesionales actuantes.

TERCERO.- Remitida la documentación solicitada, los informes de los traumatólogos y rehabilitadores que atendieron al interesado se expresan en los siguientes términos:

- Dr. x: *"Mi asistencia médica a dicho paciente, se inicia el día 2/03/2010 en una nueva intervención en el Hospital Los Arcos, para retirar placa y practicar nueva osteosíntesis con placa en T de Synthes (Compac Hand).*

El día 04/03/2010, tras comprobar una buena evolución postoperatoria le doy el alta, indicándole las recomendaciones que se recogen en el informe clínico de alta y citándole para revisión en un mes con rx., que encontrándome ausente por vacaciones la realiza el Dr. x el 31/03/10, en la que le retira férula, recomienda realización de ejercicios y cita para revisión en un mes.

El 14/05/2010 le prescribo rehabilitación de forma urgente.

El 25/06/2010, valorando la situación propongo intervención de tenolisis, tratamiento fisioterápico con postoperatorio inmediato con catéter.

El 28/07/2010 realizo tenolisis extensora y flexora logrando una movilización intraoperatoria del 5 radio aceptable con una distancia dedo palma de 2,5 cm. Retiro parte del material de osteosíntesis por presentar la fractura consolidada y no por una mala colocación.

Al mismo tiempo recomiendo plan de ingreso en rehabilitación y anestesia para catéter; indicando a qué personas acudir tal como se recoge en el informe de traumatología nº proceso 0040 2010008706 de la misma fecha.

El día 03/09/2010 acude a urgencias y exploro al paciente observando rigidez articular; movilidad limitada de la ífp y distal metacarpofalangica y propongo continuar con la rehabilitación (informe de urgencias 10-1303581).

El día 15/11/2010 se valora al paciente y se le informa al paciente de la posibilidad de efectuar una nueva tenolisis, advirtiéndole que puede que esta intervención no aporte una mejora en la movilidad, corriendo el riesgo de una necrosis piel, con las consecuencias que ésta pueda determinar. Asimismo pido una segunda opinión al Hospital el Rosell.

A fecha de hoy el paciente no ha decidido optar por la intervención. Y estamos a la espera del informe solicitado al Hospital Virgen del Rosell".

- Dr. x: "Paciente diagnosticado de fractura de 5º metacarpiano el día 17-01-2010 y tratado ortopédicamente. En la revisión posterior, 01-02-2010 se objetiva pérdida de reducción y desplazamiento secundario foco de fractura, motivo por el cual se indica la cirugía. El paciente se programó el día 4 de Febrero de 2010 en el hospital Mesa del Castillo, como urgencia diferida; cirugía que yo realicé. La cirugía transcurrió sin incidencias (osteosíntesis con placa a compresión) con adecuado control clínico y radiográfico. Se inmovilizó con férula de contención dorsal en el postoperatorio.

En la primera revisión postoperatoria realizada en consulta el día 24-02-2010 se objetiva un desmontaje de la placa con pérdida de reducción foco de fractura, por lo que se decide nueva cirugía con objeto de retirar dicho material e implantar otro nuevo, siendo remitido a urgencias para preoperatorio e ingreso, de forma que se pudiera intervenir lo más rápido posible.

El paciente se programó para dicha cirugía, que se realizó por otros compañeros de servicio que se encargaron de su seguimiento y tratamiento posterior; sin tener más constancia de dicho paciente hasta este momento".

- Dr. x: "Atendí de urgencias a x el día 17-01-10, con DNI --, diagnosticándole una fractura de cuello del 5º metacarpiano de su mano derecha, tras un traumatismo accidental, y realizando una manipulación con colocación posterior de una férula de yeso de inmovilización de metacarpiana externa, como está descrita en la literatura médica al respecto. El control radiológico postmanipulación resultó ser aceptable por lo que le informé de los cuidados de la férula y le remití a consultas externas de traumatología en 2 semanas para control RX y de su evolución clínica.

Posteriormente, le atendí de nuevo en urgencias el día 24-02-10 al ser remitido ese día desde consultas externas de traumatología, donde se citó para control clínico y radiológico tras ser intervenido de dicha fractura con una placa atornillada, para ingresarlo y valorar reintervención por presentar un desmontaje de la placa de osteosíntesis".

- El del Dr. x, especialista en rehabilitación: "Paciente de 50 años remitido a consulta externa del Servicio de Rehabilitación del Hospital Los Arcos desde el Servicio de Traumatología tras solicitud efectuada por éste último el 14/05/2010 y con el objetivo de valoración de tratamiento tras intervención quirúrgica sobre mano derecha efectuada el 2 de Abril de 2010.

La primera valoración del paciente en el Servicio de Rehabilitación tuvo lugar el 18/05/2010, como consta en su historia clínica. Como antecedentes destacar, además de la intervención de abril de 2010, el paciente había sido intervenido previamente a principios de Febrero de 2010 en el H. Mesa del Castillo por fractura de 5º metacarpiano mano D, siendo efectivamente reintervenido el 02/03/2010 en H. Los Arcos llevándose a cabo una nueva reducción con placas y tornillos, según constaba en el Protocolo quirúrgico. Posteriormente estuvo inmovilizado durante un mes aproximadamente con férula posterior braquiopalmar.

En su primera valoración, el paciente refería dolor moderado y rigidez subjetiva. Tras la exploración física realizada (ver informes de consulta) se pauta tratamiento físico específico con el objetivo de conseguir analgesia y mejoría funcional, comenzando el mismo el 24/05/2010.

El paciente acudió a revisión de su patología el 29/06/2010 habiendo recibido previamente tratamiento físico (ver informe de consulta). Habiendo sido valorado con anterioridad por Traumatología y proponiéndose nueva actitud quirúrgica, cursa alta ante la escasa respuesta al tratamiento físico, impresión de rigidez articular y estar pendiente de nueva intervención, tras la cual, y según constaba en Historia clínica de Traumatología, se contactaría con el Servicio de Rehabilitación para acudir a valoración del paciente estando ingresado.

Posteriormente no se efectuaron controles posteriores por mi parte, ratificándome en el resto de información contenida en los informes previos que se aportaron al paciente".

CUARTO.- Con fecha 1 de abril de 2011, se recabó del Hospital "Mesa del Castillo" copia de la historia clínica del paciente e informes de los profesionales intervinientes, solicitando información sobre si aquél fue asistido por remisión del SMS y si el facultativo que le atendió es personal del indicado ente sanitario o del Hospital.

Con fecha 28 de abril tuvo entrada en el órgano instructor historia clínica del paciente remitida por el centro sanitario.

QUINTO.- En respuesta a la solicitud formulada por el órgano instructor al Hospital "Los Arcos" acerca de los protocolos de actuación de Traumatología y Rehabilitación, se remite la siguiente documentación:

- Informe del Servicio de Traumatología, Dr. x, que indica: *"No disponemos de vías clínicas habilitadas para estos procesos, las indicaciones terapéuticas se efectúan en base a la historia clínica, anamnesis, exploración clínica y evolución del paciente".*

- Por su parte, el Servicio de Rehabilitación remitió protocolos de tratamiento, informando que no se disponen de vías clínicas habilitadas para este proceso específico.

SEXTO.- Con fecha 31 de mayo de 2011 se solicita informe a la Subdirección de Atención al Ciudadano e Inspección Sanitaria (Inspección Médica).

SÉPTIMO.- Con fecha 30 de junio de 2011 el reclamante presenta escrito de alegaciones, solicitando expresamente que se dé traslado del mismo a Inspección Médica y manifestando, en síntesis, lo siguiente:

- Ninguno de los informes obrantes en el expediente explica cómo es posible que una simple fractura de un dedo acabe en amputación.

- Que la interconsulta al Rosell para decidir qué actitud terapéutica tomar no se ha contestado y se mantiene al enfermo con un terrible dolor durante meses sin información acerca del tratamiento que se le aplicará y sin resolver el problema.

- Los informes evacuados por los doctores actuantes, contienen omisiones e imprecisiones relevantes, que enumera, en relación con los motivos de las intervenciones y los tiempos de espera entre las diversas asistencias. Se afirma, además, que los intensos dolores que motivaron la segunda intervención fueron debidos al desplazamiento del material de osteosíntesis implantado, causado por la manipulación del miembro afectado durante las curas de la primera intervención.

OCTAVO.- El 29 de junio de 2012, la Inspección médica evacua el informe solicitado, en el que alcanza las siguientes conclusiones:

"1)x, de 52 años de edad y antecedentes personales sin interés, sufre fractura en 5º metacarpiano de mano derecha que es diagnosticada y tratada correctamente con tratamiento ortopédico, a continuación sufre como complicación desplazamiento de la fractura que es diagnosticada y tratada quirúrgicamente también de forma correcta y adecuada y posteriormente sufre como complicación desmontaje de la placa atornillada que se diagnostica correctamente y es tratada con nueva osteosíntesis de forma correcta y adecuada.

2) Existe retraso en la remisión para valoración de tratamiento rehabilitador en paciente reintervenido en dos ocasiones por desplazamiento de fractura con inmovilización de 5º metacarpiano desde la primera reducción cerrada durante 74 días.

3) La rigidez articular es una complicación descrita como riesgo típico en documento de CI. El tratamiento que se propuso es correcto.

4) Por la anquilosis que presenta en el 5º dedo tras el tratamiento rehabilitador se solicita interconsulta con Unidad de la Mano del HUSMR informando como consta en documentación clínica de tres alternativas terapéuticas.

5) A fecha de hoy el paciente no ha sido valorado en Unidad de la Mano, por lo que no hay tomada una alternativa terapéutica para resolver la situación de las tres que propone el facultativo del Servicio de Traumatología del HULAMM o alguna alternativa diferente que pudiera proponer la Unidad de la Mano, por lo que puede ser

premature aún con el retraso en la valoración centrarse exclusivamente en la amputación como única decisión a tomar".

NOVENO.- Consta en el expediente correo electrónico de fecha 13 de marzo de 2013, en el que la aseguradora del SMS le comunica el fracaso de las negociaciones entabladas con el reclamante, que sólo aceptaría un acuerdo indemnizatorio por importe de 35.000 euros.

DÉCIMO.- Por la Aseguradora del SMS se aporta dictamen pericial, realizado colegiadamente por dos especialistas en Traumatología y Ortopedia y uno en Cirugía Plástica y Reparadora y en Cirugía de la Mano y Nervios Periféricos. El informe alcanza las siguientes conclusiones:

"1. x, presentó fractura (17-1-10) de cuello 5º metacarpiano derecho que fue tratada de forma ortopédica como corresponde en la mayoría de las ocasiones a este tipo de fractura, mediante reducción e inmovilización de la lesión con férula en U de escayola.

2. A las dos semanas realizó control clínico y radiográfico presentando desplazamiento del foco, por lo que se optó por tratamiento quirúrgico (4-2-10), procediendo a osteosíntesis en compresión del foco de fractura. La evolución a corto plazo fue de movilización del material de osteosíntesis.

3. Fue realizada una nueva intervención (2-3-10) para cambio de osteosíntesis + inmovilización en férula de escayola braquiopalmar. Conseguida la consolidación fue enviado a Rehabilitación el día 14-5-10.

4. Realizado el tratamiento de fisioterapia presentó rigidez de MCF, IFP e IFP del 5º dedo, así como rigidez de dedos 2º, 3º, 4º, por lo que se propuso realizar tenolisis.

5. El 28-7-10, se procedió a tenolisis de extensores y flexores y parte del material de osteosíntesis por consolidación de la fractura.

6. Volvió a Rehabilitación, consiguiendo realizar pinza con dedos 1º a 3º, aunque con algún déficit y rigidez a nivel del 5º dedo que provoca "enganches" en ciertos movimientos de la vida cotidiana.

7. El resultado final es una limitación de la función de la mano, como consecuencia de las complicaciones surgidas a lo largo del tratamiento".

UNDÉCIMO.- Solicitado por el órgano instructor del procedimiento informe acerca del estado actual del paciente se remiten sendos informes del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital Los Arcos, que describe la evolución y las últimas asistencias prestadas a x, que incluyen una nueva intervención en marzo de 2012, consistente en *"extracción de placa de síntesis de 5º MTC+ tenolisis del extensor + artrolysis de MTCF*

obteniendo un 80% del balance articular + artrodesis de IFP e IFD con tornillos Memo Metal, todo ello bajo control radioscópico. Así como valoración del 4º dedo consiguiendo balance articular completo a la movilización bajo anestesia". Tras esta intervención es necesario reintervenir para sustitución de tornillo movilizado, quedando en situación de secuelas: artrodesis de IFP e IFD de 5º dedo de mano, con clínica y dolor a nivel de cubital anterior de antebrazo derecho, por compresión del nervio cubital. A la fecha del último informe (septiembre de 2013) se encuentra en lista de espera de cirugía para liberación del nervio cubital derecho.

DUODÉCIMO.- A solicitud del órgano instructor, la correduría de seguros del SMS elabora dictamen valorativo de daños corporales, de fecha 14 de octubre de 2013, que establece una indemnización total de 23.039,26 euros, en concepto de incapacidad temporal (272 días de sanidad, de los que 10 son hospitalarios, 151 impositivos y 111 no impositivos) y secuelas.

Aprecia 3 puntos de secuela por anquilosis 5ª en posición funcional y 2 puntos por la limitación de la movilidad de las articulaciones interfalángicas del 4º dedo. De la anquilosis deriva también un perjuicio estético ligero que se valora en 3 puntos. Asimismo, se considera como secuela temporal las parestesias de partes acras valorada en 2 puntos. Por último, se determina un factor de corrección del 10% en concepto de ingresos.

DECIMOTERCERO.- Conferido trámite de audiencia a los interesados, el 29 de octubre de 2013 el reclamante presenta escrito de alegaciones en el que manifiesta que el informe de la Inspección Médica avala la reclamación al reconocer la existencia de un retraso injustificado en el inicio de la rehabilitación y reitera sus imputaciones.

Valora globalmente el daño en 150.000 euros, teniendo en cuenta que el reclamante lleva dos años y medio de baja por estos hechos, tiempo durante el cual ha sufrido intensos y continuos dolores y la pérdida de funcionalidad de la mano, así como la muy probable amputación para liberar al paciente del dolor, la cual conllevaría un perjuicio estético importante.

DECIMOCUARTO.- Consta en el expediente que el interesado interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de su reclamación, que se sigue ante el Tribunal Superior de Justicia de Murcia por los trámites del procedimiento ordinario, con número PO 925/2011.

La última actuación procesal de la que existe constancia en el expediente es que el procedimiento está en fase de prueba, con señalamiento para la práctica de una testifical el día 23 de enero de 2014.

DECIMOQUINTO.- Con fecha 16 de enero de 2014, el órgano instructor formula propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación al apreciar que existió una pérdida de oportunidades de curación del paciente al retrasarse de forma injustificada durante unos tres meses la instauración del tratamiento rehabilitador tras la segunda de las intervenciones. La propuesta señala una indemnización de 11.519,63 euros más su actualización, equivalente al 50% de la valoración del daño efectuada por la correduría de seguros del SMS.

En tal estado de tramitación se remite el expediente en solicitud de dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 10 de febrero de 2014.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el 12 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en Materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas (RRP).

SEGUNDA.- Legitimación, plazo y procedimiento.

I. La legitimación activa, cuando de daños físicos se trata, ha de reconocerse de forma primaria a quien los sufre en su persona, correspondiéndole la condición de interesado ex artículos 31 y 139 LPAC.

La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional en su condición de titular del servicio a cuyo funcionamiento se imputa el daño.

II. La reclamación, interpuesta el 3 de febrero de 2011, ha de considerarse ejercitada antes del transcurso del plazo anual establecido por el artículo 142.5 LPAC para la prescripción del derecho a reclamar, pues si bien el proceso médico del que derivan los daños cuya indemnización se solicita comenzó el 17 de enero de 2010, la determinación y estabilización de las secuelas no se produjo hasta meses después.

III. El procedimiento ha seguido, en líneas generales, el previsto para la tramitación de este tipo de reclamaciones por la LPAC y el RRP, con la excepción del plazo máximo para dictar y notificar la resolución, ya que ha excedido en mucho al establecido por el artículo 13 RRP.

IV. De otra parte, la circunstancia de que se haya interpuesto por el reclamante el correspondiente recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de su reclamación no excluye la obligación de resolver expresamente el presente procedimiento (artículo 42.1 LPAC) y tampoco es óbice para que la Administración regional lo resuelva durante su sustanciación, a tenor de lo dispuesto en el artículo 36.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, pues los interesados podrían desistir o solicitar la ampliación del recurso contencioso administrativo a la resolución expresa. En todo caso, convendría que el departamento consultante actuara coordinadamente con la Dirección de los Servicios Jurídicos de la Comunidad Autónoma, en su condición de centro superior directivo de los asuntos contenciosos en los que es parte la Administración regional (artículo 4.2 de la Ley 4/2004, de 22 de octubre, de Asistencia Jurídica de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia), como de forma reiterada venimos sugiriendo en nuestros

Dictámenes (por todos, el núm. 72/2006), máxime cuando, como aquí ocurre, han transcurrido ya tres años desde que se incoara el indicado proceso.

V. La consulta no se ha acompañado de los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, exigidos por el artículo 46 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, aprobado por Decreto 15/1998, de 2 de abril.

TERCERA.- Responsabilidad patrimonial en materia sanitaria. Requisitos.

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE, según el cual *"los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos"*. Por otra parte, el Texto Constitucional (artículo 43.1) también reconoce *"el derecho a la protección de la salud"*, desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y siguientes de la LPAC y desarrollados por abundante jurisprudencia:

1. La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupos de personas.
2. Que el daño o lesión sufrida sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal.
3. Ausencia de fuerza mayor.
4. Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Además de estos principios comunes, dada la especialidad de la actuación administrativa en el campo de la sanidad, ha de tenerse en cuenta que la atención médica que el ciudadano ha de esperar de los servicios públicos no es una prestación de resultado sino de medios, es decir, que el servicio sanitario ha de aplicar todos los posibles para la curación del paciente, correspondiéndole, por tanto, cualquiera que sea el resultado del tratamiento, una obligación de recursos a emplear por el médico.

La actuación del sanitario ha de llevarse a cabo con sujeción a la denominada "lex artis ad hoc" o módulo rector de todo arte médico, como principio director en esta materia, en consideración al caso concreto en que se produce la

actuación e intervención médica y las circunstancias en que la misma se desarrolle (Dictámenes números 49/01 y 97/03 del Consejo Jurídico). Por lo tanto, de acuerdo con una consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo para determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente (STS, Sala 3ª, de 14 de octubre de 2002).

CUARTA.- Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento del servicio público sanitario.

Para el reclamante, el hecho de que una mera fractura de un hueso de la mano pueda llegar a derivar en su amputación permite presumir que existió una actuación médica contraria a normopraxis, como también lo fue que no se iniciara la rehabilitación del miembro afectado hasta casi tres meses después de la segunda intervención quirúrgica.

Del mismo modo, aprecia una falta de coordinación entre los especialistas que han tratado al paciente, lo que ha determinado que no se le haya tratado con una estrategia definida (intervención más rehabilitación) desde el principio, sino que ha sido sometido a múltiples cirugías y rehabilitación intercaladas y no coordinadas.

De las tres imputaciones esgrimidas por el reclamante sólo la relativa a la excesiva tardanza ha merecido una favorable acogida por la propuesta de resolución, siendo desestimadas las dos restantes, lo que, a juicio de este Órgano Consultivo, es acertado, de acuerdo con las consideraciones que siguen.

I. Del daño desproporcionado y de la alegada falta de coordinación en las actuaciones terapéuticas.

La invocación por el reclamante de la doctrina del daño desproporcionado nos obliga a recordar que consiste, en síntesis, en que *"la Administración sanitaria debe responder de un "daño o resultado desproporcionado", ya que éste, por sí mismo, por sí sólo, denota un componente de culpabilidad, como corresponde a la regla «res ipsa loquitur» (la cosa habla por sí misma) de la doctrina anglosajona, a la regla «Anscheinsbeweis» (apariencia de la prueba) de la doctrina alemana y a la regla de la «faute virtuelle» (culpa virtual), que significa que si se produce un resultado dañoso que normalmente no se produce más que cuando media una conducta negligente, responde el que ha ejecutado ésta, a no ser que pruebe cumplidamente que la causa ha estado fuera de su esfera de acción (sentencias de 19 de septiembre de 2.012, recurso de casación 8/2.010, 17 de septiembre de 2.012, recurso de casación 6.693/2.010, 29 de junio de 2.011, recurso de casación 2.950/2.007, y 30 de septiembre de 2.011, recurso de casación 3.536/2.007)", conforme la describe la STS,3ª, de 4 de diciembre de 2012.*

Aplicada al supuesto sometido a consulta, ha de partirse del relevante hecho de que la alegación de daño desproporcionado parte de un supuesto no real y actual sino meramente eventual, como es que el proceso médico al que se refiere la reclamación derivará en la amputación del 5º metacarpiano y del meñique de la mano derecha del paciente, evento éste que aún no ha sucedido y que ni siquiera puede considerarse como de probable acaecimiento. En efecto, si bien el traumatólogo que trataba al interesado en el Hospital "Los Arcos" solicita una segunda opinión a la Unidad de la Mano del Hospital "Santa María del Rosell" sobre qué actitud terapéutica adoptar, en la que se llegaba a plantear la posibilidad de amputar el dedo, ésta aparecía como una alternativa junto a otras dos (mantener la limitación de la anquilosis o efectuar una tenolisis). Finalmente, según consta en el

último informe que sobre la situación del paciente se contiene en el expediente (Antecedente Undécimo de este Dictamen), dicha unidad especializada en cirugía de la mano ha optado por realizar una intervención para descomprimir el nervio cubital, operación que ha sido aceptada por el paciente, por lo que, en principio parece haberse descartado, al menos de momento, la indicada amputación, y lo cierto es que no consta que se haya producido.

La falta de certeza de ese daño (amputación del 5º metacarpiano más el dedo meñique), que es precisamente el que el reclamante considera como un resultado desproporcionado para una mera fractura del hueso de la mano, impide aplicar aquí la exención para el actor de la carga de la prueba de existencia de mala praxis que se anuda por la doctrina del daño desproporcionado a la aparición de consecuencias lesivas merecedoras de tal calificativo, en relación con la patología a tratar o con la primera actuación del proceso médico. Y es que, en ausencia de la amputación, las consecuencias que para el actor ha tenido el proceso médico derivan en una anquilosis, rigidez articular y disminución de la movilidad del dedo, complicación ésta señalada como riesgo típico de la cirugía de fracturas diafisarias en el documento de consentimiento informado firmado por el paciente y que obra al folio 35 del expediente. Constituyendo un riesgo típico de la intervención, ha de considerarse entonces que *"es jurisprudencia reiterada de esta Sala la que expresa que no resulta adecuada la invocación de la doctrina del daño desproporcionado a efectos probatorios, cuando la lesión padecida por la interesada como consecuencia de la intervención a que fue sometida constituye un riesgo propio de la misma en un porcentaje considerable, como informan los peritos, de modo que lo ocurrido no puede considerarse como un daño desproporcionado atendiendo a las características de la intervención que se practicó"* (STS,3ª, de 9 de marzo de 2011).

En cualquier caso, todos los informes médicos obrantes en el expediente señalan que las sucesivas asistencias prestadas al paciente, con excepción de lo que luego se dirá sobre la tardanza en someterse a rehabilitación, fueron correctas. Así, la Inspección Médica afirma de forma expresa que la fractura que da comienzo al proceso médico *"es diagnosticada y tratada correctamente con tratamiento ortopédico, a continuación sufre como complicación desplazamiento de la fractura que es diagnosticada y tratada quirúrgicamente también de forma correcta y adecuada y posteriormente sufre como complicación desmontaje de placa atornillada que se diagnostica correctamente y es tratada con nueva osteosíntesis de forma correcta y adecuada"*. Considera, en suma, la Inspección Médica, como detalla en el apartado "juicio crítico" de su informe, que las actuaciones practicadas han respondido de forma adecuada a la evolución que en cada caso presentaba el paciente, sin perjuicio de que el proceso médico, ante las complicaciones surgidas durante su tórpida evolución, haya dejado de poder considerarse como una simple fractura de dedo. Tales complicaciones, por otra parte, que son las determinantes de la mala evolución del paciente y de su situación actual, no han podido ser vinculadas causalmente a una indebida actuación facultativa, cuya indicación y correcta realización ha sido afirmada en cada caso por la Inspección Médica, sin que el reclamante haya aportado, como le correspondía (*onus probandi incumbit ei qui agit*, ex artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) prueba alguna de existencia de mala praxis en ninguna de aquéllas.

II. De la tardanza en prescribir la rehabilitación. Pérdida de oportunidad.

A conclusión distinta ha de llegarse, como ya se adelantó, en relación con el tratamiento rehabilitador efectuado al paciente y, de forma específica, por el retraso en la remisión del paciente para ser valorado por el Servicio de Rehabilitación.

En efecto, señala la propuesta de resolución, con base en el informe de la Inspección Médica, que cabe considerar como una mala praxis la excesiva demora en la remisión del paciente al Servicio de Rehabilitación, actitud contraria a los dictados de la ciencia médica, que insiste en la necesidad de comenzar la rehabilitación y la recuperación fisioterápica lo más precozmente posible.

Así, los peritos de la aseguradora del SMS resaltan que *"la movilidad precoz disminuye el edema, las rigideces y adherencias, provocando un tratamiento inadecuado una gran discapacidad (...) el resultado final está relacionado con una movilización precoz sobre un montaje sólido. Es la conducta con mejores resultados"*.

Del mismo modo, la Inspección Médica señala que *"al retirar el yeso debe insistirse en los ejercicios con flexión y extensión completa de todos los dedos. Es necesario recalcar la precoz aparición de rigideces en los dedos, por lo cual no debe prolongarse la inmovilización más allá de lo necesario e insistir en la kinesiterapia y fisioterapia..."*.

Establecido que la ciencia médica aconseja la movilización precoz de las articulaciones afectas por la fractura, la Inspección Médica advierte que, tras la segunda intervención quirúrgica y una vez retirada la férula de inmovilización, se recomendó al paciente la realización de ejercicios suaves de flexión y extensión de dedos con agua caliente y sal, citándole en un mes para nueva revisión, pero no se le remitió en ese momento (31 de marzo de 2010) al Servicio de Rehabilitación para valoración de su tratamiento. La remisión se produce el 14 de mayo por el Servicio de Traumatología y se hace con carácter urgente. Las sesiones de rehabilitación no comienzan hasta el 24 de mayo.

La Inspección Médica concreta la demora en la remisión del paciente al Servicio de Rehabilitación en 74 días desde la primera reducción cerrada de la fractura.

Ciertamente, no existen en el expediente informes médicos que permitan establecer, siquiera de modo aproximado, el grado de afectación que el injustificado retraso en la instauración del tratamiento rehabilitador pudo tener sobre la salud del paciente, pero sí que puede considerarse acreditado que con una rehabilitación precoz podría haberse, si no evitado el daño -dadas las numerosas complicaciones habidas en el proceso médico con desplazamientos de fractura, desmontaje de material de osteosíntesis, necesidades de reintervención, etc.-, sí al menos moderarlo, limitando las adherencias y rigideces articulares secundarias a la intervención, lo que sitúa la cuestión en el plano de la doctrina de la pérdida de expectativas de curación o de la "pérdida de oportunidad". Sobre la aplicación de esta doctrina a un supuesto de retraso en el inicio del tratamiento rehabilitador, la STSJ Aragón, núm. 257/2012, de 14 de mayo.

Las SSTS de 16 de enero de 2012 y 16 de febrero de 2011 recuerdan, con cita de la de 23 de setiembre de 2010, que la *"privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" -sentencias de siete de setiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez- 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", insistiendo, con cita de la STS de 7 de julio de 2008, en que "acreditado que un tratamiento no se ha manejado de forma idónea o, que lo ha sido con retraso, no puede exigirse al perjudicado la prueba de que, de actuarse correctamente, no se habría llegado al desenlace que motiva su reclamación. Con tal forma de razonar se desconocen las especialidades de la responsabilidad pública médica y se traslada al afectado la carga de un hecho de demostración imposible... Probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible. Así lo demanda el principio de la «facilidad de la prueba», aplicado por esta Sala en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de*

Partiendo, pues, de la constatación de una pérdida de oportunidad terapéutica, hay que recordar que este Órgano Consultivo ha examinado en diferentes supuestos la incidencia de la pérdida de oportunidad por insuficiencia de medios, diagnósticos y tratamientos tardíos para afrontar con éxito una determinada patología, reconociendo en ocasiones la procedencia de la indemnización cuando las actuaciones u omisiones del funcionamiento público sanitario han dado lugar a la frustración de una oportunidad seria y fundada de supervivencia, sanación o disminución del alcance del daño (entre otros, Dictámenes núms. 71/2006, 35/2008, 14/2011, 144/2013 y 107/2014).

En suma, en el presente supuesto cabe indicar la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera si se hubiera llevado a cabo el tratamiento rehabilitador de forma más precoz, por lo que resulta plenamente aplicable la doctrina de la pérdida de oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado que podría haber evitado la producción de rigideces articulares. En definitiva, se ocasionó un daño indemnizable (artículo 141.1 LPAC), que no es la limitación funcional y el resultado secuelar de la mano derecha del paciente, como sostiene la parte reclamante, sino la citada pérdida de oportunidad.

QUINTA.- Cuantía indemnizatoria.

El reclamante solicita una indemnización de 150.000 euros, sin aportar justificación en el escrito de reclamación de cómo se ha determinado dicha cantidad, más allá de que afirma llevar más de dos años y medio de baja, con terribles dolores y pérdida de funcionalidad de la mano.

Como reiteradamente ha señalado este Consejo Jurídico, las dificultades para realizar una valoración precisa del daño objeto de resarcimiento han motivado que los Tribunales opten en numerosas ocasiones por aplicar baremos orientativos, con la ventaja que proporciona una opción que permite al juzgador la objetivación al máximo de la indemnización reparatoria del perjuicio, sin que ello signifique, una vez tomado en consideración dicho baremo, que aquellos otros conceptos que no se encuentren comprendidos en él, o que lo estén en una medida insuficiente y escasamente acorde y proporcionada con la entidad del perjuicio, deban ser descartados o minusvalorados. En este sentido el sistema de valoración de daños en caso de accidentes de tráfico no es más que un criterio orientativo (STS, Sala 3ª, de 13 de octubre de 1998), debiendo precisarse y modularse al caso concreto en que surge la responsabilidad patrimonial, por lo que han de tenerse en cuenta las circunstancias personales, familiares y sociales del afectado en relación con el funcionamiento de la Administración que ha ocasionado el daño (por todos, nuestro Dictamen núm. 69/2004).

Sin embargo, en el presente caso, el daño a indemnizar no es el resultado secuelar que el proceso médico ha dejado en la mano del paciente, sino la pérdida de oportunidades, como se ha manifestado anteriormente.

Por tanto, la consecuencia de la aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidades es que se indemniza no el daño final, sino el porcentaje de oportunidad, como sostiene la SAN, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 15 de octubre de 2003: *"Por tanto, lo que debe ser objeto de reparación es, solamente, la pérdida de la oportunidad de que con un tratamiento más acorde a la lex artis se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable a la salud de la paciente ahora recurrente; el hecho de que se valore, exclusivamente, esta circunstancia obliga a que el importe de la indemnización deba acomodarse a esta circunstancia y que se modere*

proporcionalmente con el fin de que la cantidad en la que se fije la indemnización valore en exclusiva este concepto indemnizatorio"; también como dice la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso Administrativo, de 22 de abril de 2002: "pérdida de oportunidades o expectativas de curación lo que significa que no es pertinente condenar a la Administración sanitaria como si el daño íntegro fuera atribuible a la misma, sino en una proporción resultante de una valoración aproximativa de las probabilidades de éxito que se hubiesen derivado del tratamiento correspondiente a un diagnóstico adecuado".

Más recientemente, las SSTs de 22 de mayo, 11 de junio, 9 de octubre y 21 de diciembre de 2012 recuerdan que la "pérdida de oportunidad", como señala la STS de 19 de octubre de 2011, *"se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo".*

Así pues, (STS de 3 de diciembre de 2012) en la fijación de la indemnización a conceder, en su caso, la doctrina de la pérdida de oportunidad parte de que sea posible afirmar que la actuación médica privó de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente. La STS de 27 de noviembre del 2012, con cita de la de 19 de junio de 2012, reitera dicha doctrina sobre que la información acerca de las posibilidades reales de curación constituye un elemento sustancial en la doctrina denominada "pérdida de oportunidad" por lo que, en su caso, la suma indemnizatoria debe atemperarse a su existencia o no.

Asimismo en nuestro Dictamen 71/2006 se señaló que la valoración de la pérdida de oportunidades, necesariamente compleja, ha de basarse en criterios orientativos y equitativos.

A la hora de determinar la indemnización, este caso presenta unas singularidades que motivan que la tradicional dificultad inherente a estos supuestos se vea notablemente aumentada, en especial por la ausencia en el expediente de un análisis específico de la incidencia del retraso en la instauración del tratamiento rehabilitador en la evolución de la dolencia del paciente.

Para cuantificar las probabilidades de éxito de haber instaurado precozmente la rehabilitación, ha de tenerse en cuenta no sólo el fallo achacable a la asistencia sanitaria (demora injustificada en la remisión del paciente al Servicio de Rehabilitación para valoración de su tratamiento), sino también aquellos otros factores intrínsecos del paciente que pudieron contribuir a la tórpida evolución de la patología, tales como el desplazamiento de la fractura, el desmontaje de la placa de osteosíntesis, etc.

Así pues, como se ha señalado en varios Dictámenes de este Consejo (por todos, el 184/2006 y el 107/2014), el *quantum* indemnizatorio puede ser determinado por el órgano instructor, sin necesidad de recabar nuevo Dictamen de este Órgano Consultivo, con los siguientes criterios:

1.º Solicitar a la Inspección Médica con traslado de nuestro Dictamen, que valore las probabilidades de éxito que se hubieran derivado de la aplicación precoz de tratamiento rehabilitador, teniendo en cuenta la concurrencia de otros factores intrínsecos que pudieron haber coadyuvado a la tórpida evolución de la lesión. Ello permitirá

establecer, con una base técnica, un porcentaje más ajustado que el que prudencialmente apunta la propuesta de resolución (50%).

2.º Una vez determinado dicho porcentaje, el mismo se aplicará sobre las cantidades que corresponderían al reclamante por aplicación del sistema de valoración de daños y perjuicios (tabla I) causados a las personas en accidentes de circulación, en la cuantía de aplicación para el año 2010, fecha de comienzo del proceso médico, fijando así la cuantía indemnizatoria (para lo que puede recabarse el asesoramiento de la correduría de seguros del SMS, como ya se ha hecho en el presente supuesto), que deberá ser actualizada a la fecha en la que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial con arreglo al índice de precios al consumo (art. 141.3 LPAC).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución en tanto que aprecia la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria en aplicación de la doctrina de la pérdida de oportunidad, ante el retraso injustificado en la instauración del tratamiento rehabilitador.

SEGUNDA.- Se dictamina desfavorablemente la cuantía indemnizatoria fijada en dicha propuesta de resolución, que habría de fijarse conforme a los criterios y en los términos establecidos en la Consideración Quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.