



**Consejo Jurídico
de la Región de Murcia**

Dictamen nº **118/2018**

El Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en sesión celebrada el día 2 de mayo de 2018, con la asistencia de los señores que al margen se expresa, ha examinado el expediente remitido en petición de consulta por el Sr. Director Gerente del Servicio Murciano de Salud (por delegación del Excmo. Sr. Consejero de Salud), mediante oficio registrado el día 1 de diciembre de 2017, sobre responsabilidad patrimonial instada por x, como consecuencia de los daños sufridos por anormal funcionamiento de los servicios sanitarios (expte. **374/17**), aprobando el siguiente Dictamen.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- Con fecha 14 de julio de 2014 x presenta una solicitud de indemnización fundamentada en la responsabilidad patrimonial que incumbe a la Administración de acuerdo con lo que se establece en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), entonces vigente.

El interesado explica en la reclamación que sufrió un grave accidente en noviembre de 2010, en Jaén, que le provocó la fractura subtrocanterea del fémur izquierdo, de la meseta tibial y del tobillo. Se le intervino en un hospital de esa ciudad y se le realizó un enclavado endomedular de la fractura de fémur y osteosíntesis en la fractura de la meseta tibial y de tobillo.

Dado que reside en San Javier, se le trasladó al Hospital *Los Arcos del Mar Menor*, de San Javier, donde comenzó a ser tratado en marzo de 2011. Ante la falta de consolidación de la fractura de fémur, se le incluyó en Lista de Espera Quirúrgica para retirarle el material de osteosíntesis y para colocarle un clavo fresado más grueso. Esa intervención se llevó a efecto en mayo de 2012.

Sin embargo, más tarde se volvió a apreciar la falta de consolidación de la fractura, por lo que fue operado de nuevo el 4 de julio de 2013 para repetir el procedimiento.

El 31 de enero de 2014 ingresó en el Servicio de Urgencias por fracaso de la síntesis del fémur izquierdo, como se expresa en el informe clínico de alta: *"Paciente que ingresa desde urgencias tras fracaso de síntesis de fémur izquierdo... Enf. Actual: Dolor, impotencia funcional absoluta de pierna izquierda. NV distal conservado. Rx: pseudoartrosis de fémur izquierdo con fracaso del material de síntesis (rotura de placa)"*.

Según relata el reclamante, pese a la gravedad de la lesión no fue intervenido hasta el 17 de marzo de 2014, ya que se le tenía que realizar una prueba de *scanner* con contraste en el Hospital *Santa Lucía* de Cartagena. En esa operación se le retiró el material de síntesis del fémur, se le realizó otra nueva síntesis con placa -- de grandes fragmentos de 14 agujeros y se llevó a cabo la interposición en defecto óseo de peroné vascularizado obtenido de dicha extremidad.

Denuncia, por tanto, la incorrección del tratamiento y la utilización de un material defectuoso en la intervención de julio de 2013 ya que se partió, aunque se trataba de una placa de titanio de 14 agujeros. Manifiesta que esa rotura del material de síntesis le ha ocasionado los siguientes perjuicios:

- Más tiempo en situación de impedimento para realizar las actividades básicas de la vida diaria (reposo).
- Sometimiento a una nueva intervención quirúrgica con los graves riesgos que ello conlleva.
- Disminución en 9 cm de la pierna intervenida, por extracción del peroné.
- Cojera y dolor a la deambulación.

Por ese motivo, manifiesta su opinión de que tiene derecho a ser indemnizado por la Administración, aunque no llega a concretar el alcance de la reparación económica que solicita.

Junto con el escrito aporta una copia de una queja que presentó el 10 de abril de 2014 ante el Servicio de Atención al Usuario del Hospital *Los Arcos del Mar Menor*. En ella explica que en enero de ese año comenzó a someterse a sesiones de rehabilitación en ese centro hospitalario.

También manifiesta que con ocasión de una de ellas, el 31 de enero de 2014, se detectó que se había producido la rotura completa de la placa de titanio que llevaba puesta. Por ese motivo, los médicos decidieron realizarle una prueba esencial para poder preparar la operación de injerto que necesitaba. A pesar de la urgencia que presentaba, el reclamante denuncia que se aprobó la realización de la prueba de *scanner* 11 días después, y que el 11 de febrero se llevó a cabo en el Hospital *Santa Lucía*, de Cartagena, como ya se ha dicho.

Expone que entonces le prometieron que los resultados llegarían esa misma semana, debido a la gravedad de su caso, pero que lo cierto es que ello no se produjo. Esa demora le colocó en una situación manifiesta de desesperación e impotencia ya que no podía moverse ni valerse por sí mismo.

Añade que ni los propios facultativos entendían la razón de ese retraso y que se vieron obligados a darle el alta

temporal el 22 de febrero, con el riesgo que eso llevaba consigo, pues la placa estaba partida y se le podía clavar en una vena o en una arteria y le podía provocar, además, alguna infección.

Finalmente, el 10 de marzo, esto es, un mes después de que se le hubiera realizado la prueba, le llamaron de la consulta de Traumatología puesto que ya tenían los resultados y se empezó a estudiar la intervención, que se llevó a efecto el 17 de marzo siguiente.

En consecuencia, solicita una explicación de por qué no se le realizó dicha prueba en el Hospital *Los Arcos del Mar Menor* y señala que hay en él un equipo de radiólogos que le podían haber realizado el contraste sin que hubiera necesidad de haberlo trasladado a otro centro sanitario. De igual modo, demanda esa explicación "*por daños y perjuicios*".

También acompaña una copia de la respuesta que le ofreció el Director Gerente del Área VIII de Salud el 6 de mayo siguiente, diversos documentos de carácter clínico y una fotografía de la placa de titanio rota que se le extrajo.

SEGUNDO.- Se ha traído al procedimiento de responsabilidad patrimonial una copia del expediente de queja tramitado con anterioridad a instancias del interesado, como se ha expuesto. En él se contiene un informe realizado el 13 de junio de 2014 por el Director Gerente del Área de Salud mencionada en el que se relatan pormenorizadamente las diversas asistencias que se han prestado al interesado en el citado Hospital.

En la parte final de ese documento se expone que "*... El 31/01/2014 el paciente sufre rotura de la placa de osteosíntesis según se aprecia en los estudios radiológicos.*"

Los traumatólogos se plantean que tras la retirada de la placa de osteosíntesis rota, hacer un injerto de peroné del propio paciente, según la vascularización del miembro afecto, para ello solicitan artroresonancia (dicho estudio se realiza en el Hospital de Santa Lucía, por no disponer en este Hospital del equipamiento necesario).

La citada exploración complementaria sirve para ver la vascularización del miembro afecto y poder completar la osteosíntesis con nueva placa y tornillos de grandes fragmentos.

Tras la artroresonancia se planifica nueva intervención, para retirada de placa rota y nueva osteosíntesis con injerto de peroné y placa de grandes fragmentos con tornillos..."

TERCERO.- El Director Gerente del Servicio Murciano de Salud dicta una resolución el 22 de julio de 2014 por la que admite a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial y designa a la instructora del procedimiento, lo que se notifica debidamente al interesado junto con un escrito en el que se contiene la información a la que se hace referencia en el artículo 42.4 LPAC.

CUARTO.- Por medio de comunicaciones fechadas el 22 de julio se da cuenta de la presentación de la reclamación de responsabilidad patrimonial a la Dirección General de Asistencia Sanitaria y a la correduría de seguros -- para que lo comunique a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud.

QUINTO.- Mediante otros escritos de esa misma fecha, el órgano instructor solicita a las Gerencias de las Áreas de Salud VIII- Hospital *Los Arcos del Mar Menor* y II-Hospital *Santa Lucía* que remitan copias de las historias clínicas del reclamante de las que respectivamente dispongan y los informes de los profesionales que le atendieron, acerca de los hechos expuestos en la solicitud de indemnización.

SEXTO.- El 13 de agosto de 2014 se recibe un escrito del Servicio de Admisión y Documentación Clínica del Área VIII de Salud con el que se acompaña una copia de las historias clínicas de Atención Primaria (Centro de Salud de San Javier) y de Atención Especializada del interesado. Asimismo, se adjuntan tres informes médicos.

En el primero de ellos, fechado el 31 de julio de 2014, el Dr. x, facultativo especialista del Servicio de Traumatología, explica su participación en las intervenciones que se le realizaron al reclamante.

En el segundo, realizado el 7 de agosto de 2014 por el Dr. x, facultativo especialista de Cirugía Ortopédica y Traumatología del citado Hospital, se expone lo siguiente:

"1. Respecto al material empleado en la intervención realizada con fecha 05.07.2013, dicho material pertenece a la casa comercial --. Dicho material es usado con frecuencia en nuestra especialidad para las fracturas como las que presentaba el paciente con excelentes resultados. El porqué de su rotura puede obedecer a una fatiga del material, que pudo ser causada en este caso por la no unión de parte del foco de fractura femoral que presentaba el mismo, y si bien este hecho es poco frecuente, en ocasiones se da, cuando los ciclos de carga a los que se somete el material exceden su resistencia, y más en hueso reumático y con tendencia a no unir, como el del paciente; todo ello presuponiendo de antemano la calidad del mismo. No obstante, para indagar acerca del mismo y si ha habido algún problema con la calidad de algún lote quirúrgico, se han de dirigir a los representantes legales de la casa comercial (...), ya que ellos les podrán dar más información al respecto.

2. Con respecto a la demora en la realización de las pruebas radiológicas (angio-RMN, angio-TAC), necesario para poder evaluar la viabilidad del injerto de peroné que se tenía previsto realizar, nosotros como cirujanos, no podíamos realizar dicha cirugía sin la información necesaria para saber si era viable dicha intervención. Por lo que, pese a solicitar dichas pruebas de forma urgente con fechas 5 y 12 de Febrero de 2014 (el paciente ingresa con fecha 31.01.2014 por la rotura de la placa; ésta se realizó finalmente el 18 de Febrero, no recibiendo los resultados hasta el 7 de Marzo de 2014), se demoraron en el tiempo más de lo deseado, tanto su realización como la recepción de los informes e imágenes pertinentes. Por ello, para:

- Saber por qué no se hizo en este Hospital (Los Arcos del Mar Menor) dicha prueba (angio-RMN y/o angio-TAC): han de consultar con el Servicio de Radiodiagnóstico del mismo, para que explique dicho Servicio por qué esa prueba no se puede realizar aquí, si ese fuera el caso.

- Saber por qué se tardó tanto en hacer y recibir el informe de angio-TAC realizado en Santa Lucía: consultar con

el Servicio de Radiodiagnóstico de dicho Hospital, puesto que se le reclamó varias veces, no sólo por formato informático, como queda reflejado vía Selene, sino telefónicamente, la premura del caso y la necesidad de la prueba".

En el último de dichos informes, elaborado el 4 de agosto de 2014 por la Dra. x, Jefa de la Sección de Radiodiagnóstico, se pone de manifiesto lo que sigue:

"(...) 3.- El estudio realizado en Cartagena, al que hace referencia el paciente, según consta en Selene, fue solicitado directamente al Hospital Santa Lucía, en forma de "interconsulta urgente a otros hospitales" (5 de febrero de 2014 y 12 de febrero de 2014). La solicitud, por tanto, no fue remitida ni valorada por los radiólogos de nuestro Servicio.

4.- No es infrecuente, que ya sea por limitaciones técnicas y/o de recursos humanos, determinadas exploraciones o técnicas se realicen en los hospitales de referencia".

SÉPTIMO.- El 5 de septiembre de 2014 se remite copia de la reclamación de responsabilidad patrimonial a la mercantil -- porque se la considera parte interesada en el referido procedimiento.

OCTAVO.- Con fecha 19 de septiembre de 2014 se recibe una nota interior del Director Gerente del Área de Salud II con la que aporta un disco compacto (CD) en el que se contiene la historia clínica del reclamante.

Más adelante, el 10 de diciembre de 2014 se recibe una segunda nota interior con la que se adjunta el informe realizado el 27 de noviembre de ese año por la Dra. x, Jefe de Servicio de Radiodiagnóstico. En ese informe se expone que *"El estudio de AngioTC de MMII fue realizado en día 18-2-14 e informado el 26-02-14. Este retraso de una semana es debido a las otras actividades a las que tiene que responder el radiólogo intervencionista".*

NOVENO.- El 17 de diciembre de 2014 se remite una copia del expediente a la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud y se requiere de la Subdirección General de Atención al Paciente e Inspección Sanitaria que la Inspección Médica emita un informe valorativo de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

DÉCIMO.- Obra en el expediente un informe médico pericial, aportado por la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud, realizado por un médico especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología el 27 de enero de 2015. En ese documento se exponen las siguientes conclusiones:

"1.- x, de 51 años de edad, sufrió polifracturas en un accidente de tráfico en 2010, siendo intervenido correctamente de todas ellas.

2.- La fractura de fémur izquierdo evolucionó hacia una pseudoartrosis (complicación posible) siendo tratada

correctamente al cabo de dos años, mediante recambio de clavo.

3.- A pesar de ello, el fémur continuaba sin consolidar, procediendo a retirar el clavo y sustituirlo por una placa, más aporte de injerto óseo, en 2013. Correcto.

4.- La pseudoartrosis persistió, precisando nueva intervención por rotura de la placa, en marzo de 2014. La rotura de la placa no es achacable a una mala calidad o un mal estado del material, sino que es debida a la falta de consolidación de la fractura. La placa rota se retiró y se realizó injerto de peroné vascularizado más nueva placa. Correcto.

5 y última: No se reconoce mala praxis ni actuación alguna no conforme a lex artis en el proceso de tratamiento de este paciente. Se trata de un caso, poco habitual, de pseudoartrosis recidivante que ha sido perfectamente manejado en todo momento".

UNDÉCIMO.- Por medio de sendos escritos fechados el 10 de abril de 2015 se confiere el oportuno trámite de audiencia al reclamante y a la empresa aseguradora. Ese misma audiencia se confiere a mercantil -- el 11 de agosto de 2015. Sin embargo, no consta que alguno de los interesados hiciese uso de ese derecho.

DUODÉCIMO.- El 15 de diciembre de 2015 se recibe una nota interior del Director Gerente del Área de Salud II con la que acompaña un nuevo informe de la Jefe de Servicio de Radiodiagnóstico realizado el 25 de noviembre anterior. En él se pone de manifiesto que *"El estudio de AngioTC de MMII fue realizado en día 18-2-14 e informado el 26-02-14. Este retraso de una semana ha sido debido a extravío del estudio"*.

DECIMOTERCERO.- El órgano instructor solicita el 21 de diciembre de 2015 a la mercantil -- que acredite que no se advirtió defecto alguno en la calidad del material que se le suministró en su momento al Servicio Murciano de Salud.

Esta solicitud se reitera el 9 de marzo de 2016.

El día 30 de ese mes se recibe un escrito de x en el que manifiesta, en nombre y representación de la mercantil --, sociedad a la que pertenece la división comercial --, que esa empresa no es la fabricante de la placa de titanio que se implantó al reclamante en el fémur izquierdo, sino la empresa suiza --. Por lo tanto, su representada es una mera distribuidora.

A pesar de ello, explica que aporta una Declaración de Conformidad emitida por el fabricante del producto en cuestión, en marzo de 2010, en la que se declara que el producto cumple con todos los requisitos que exige la Directiva 93/42/CE; que fue sometido al procedimiento de conformidad establecido por esa Directiva -procedimiento certificado por el organismo notificado TÜV SÜD Product Service GmbH, Munich, Germany-, y que el producto en cuestión fue puesto en el mercado con el marcado CE desde el año 1999 y que cumple con todos los estándares de calidad exigidos (EN ISO 14971, EN ISO 10993-1, EN 980, EN 1041, EN ISO 17664:2004).

De igual modo, recuerda que el Certificado CE acredita que el fabricante ha implementado un sistema de aseguramiento de calidad para el diseño, fabricación e inspección final de los productos fabricados por él, en cumplimiento de los requisitos impuestos por la norma europea citada.

Como resultado de dichos certificados, el producto (placa de titanio) obtuvo el marcado CE, *conditio sine qua non* para su venta, como aparece reflejado en las instrucciones de uso del producto y en las etiquetas que se adjuntan con el escrito. También se adjunta la copia de la citada Declaración de Conformidad y del Certificado CE.

DECIMOCUARTO.- El 7 de abril de 2016 se confiere el oportuno trámite de audiencia al reclamante y a la empresa aseguradora del Servicio Murciano de Salud.

En ejercicio de ese derecho, el letrado x, actuando en nombre y representación de esa compañía de seguros, presenta el 25 de abril de 2016 un escrito en el que manifiesta que, a la vista de la historia clínica del interesado, no se cumplen los requisitos exigidos para que se pueda declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

De hecho, considera que se ha constatado que la actuación del equipo médico fue correcta y que no guarda relación causal con la falta de consolidación de la fractura ni con la rotura del material de osteosíntesis. De igual modo, advierte que existen diversos documentos de consentimiento informado, firmados por el reclamante, en los que se exponen las posibles complicaciones que luego se produjeron en este caso concreto.

Por su parte, el interesado presenta el 28 de abril de 2016 un escrito en el que reitera las alegaciones que ya ha efectuado a lo largo del procedimiento.

DECIMOQUINTO.- Obra en el expediente una copia de un correo electrónico enviado el 9 de mayo de 2016 por una representante de la compañía aseguradora en el que comunica que se va a ofertar al perjudicado una indemnización de 502,88 euros como consecuencia del retraso que se incurrió en la valoración del estudio radiológico.

También explica que la propuesta se ajusta al valor del día de estancia hospitalaria (71,84 ? x 7 días) que se contiene en la Resolución de 5 de marzo de 2014, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad temporal que resultarán de aplicar durante 2014 el sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Sin embargo, también se contiene la copia de un segundo correo electrónico de otra empleada de esa compañía, fechado el 10 de abril de 2017, en el que informa de que el perjudicado no ha querido aceptar la propuesta ni ha realizado una contraoferta.

DECIMOSEXTO.- El 27 de noviembre de 2017 se formula propuesta de resolución estimatoria, en parte, de la reclamación por entender que concurren los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial administrativa, puesto que se ha acreditado que se produjo una demora de una semana en la asistencia que se prestó al interesado.

También se considera que procede la aplicación del baremo de accidentes de circulación aplicable al año 2014, al que se ha hecho referencia, pero se advierte que no todos los días en que se demoró la redacción del informe estuvo el paciente hospitalizado, ya que fue dado de alta el 22 de febrero.

Por consiguiente, la valoración del daño que debería de indemnizarse sería de 462,59, con arreglo al siguiente desglose:

- 4 días de hospitalización, a razón de 71,84 €/día: 287,36€.

- 3 días improductivos, a razón de 58,41 €/día: 175,23€.

TOTAL: 462,59€.

Finalmente, se recuerda que esa cantidad se debe actualizar de acuerdo con lo que se dispone en el artículo 141.3 LPAC.

Una vez incorporados el preceptivo índice de documentos y el extracto de secretaría, se remite el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en este Consejo Jurídico el 1 de diciembre de 2017.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

CONSIDERACIONES

PRIMERA.- Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, ya que versa sobre una reclamación que en concepto de responsabilidad patrimonial se ha formulado ante la Administración regional, 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 los artículos 142.3 LPAC y 12.1 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.- Régimen legal aplicable, legitimación, plazo de ejercicio de la acción de resarcimiento y procedimiento seguido.

I. En cuanto al régimen jurídico que resulta de aplicación a este procedimiento, conviene recordar que la LPAC ha sido derogada por la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y que este nuevo Cuerpo legal y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP), configuran una nueva regulación de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Sin embargo, la Disposición transitoria tercera, apartado a), de la LPACAP establece que no resulta de aplicación a los procedimientos iniciados antes de su entrada en vigor, sino que se regirán por la normativa anterior. De conformidad con ello, el régimen legal que resulta aplicable en este caso es el que se contenía en la LPAC.

II. La reclamación ha sido interpuesta por una persona interesada que es quien sufre los daños personales por los que solicita una indemnización.

La Administración regional está legitimada pasivamente por dirigirse contra ella la reclamación e imputarse el daño a los servicios públicos sanitarios de su competencia.

III. Acerca del requisito del plazo, el artículo 142.5 LPAC establece que, en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas.

De acuerdo con lo que se pone de manifiesto en la reclamación, el interesado solicita un resarcimiento porque considera que se le dispensó (en la intervención quirúrgica de 4 de julio de 2013) un tratamiento incorrecto y que se utilizó un material de osteosíntesis defectuoso. Aunque la lesión se manifestó en la revisión que se llevó a cabo en enero de 2014, el alcance del daño por el que se podía reclamar no se podía establecer hasta que se interviniera al paciente (lo que se produjo el 17 de marzo siguiente) y éste recibiera el alta médica correspondiente. Aunque se sabe que la evolución posterior inmediata a esa operación fue satisfactoria, no se conoce esa fecha concreta.

No obstante, no cabe duda de que la acción de resarcimiento se interpuso de manera temporánea, dentro del plazo establecido al efecto, puesto que la reclamación se presentó el 14 de julio de ese mismo año.

IV. El examen conjunto de la documentación remitida permite afirmar que, en lo esencial, se han cumplido los trámites legales y reglamentarios que integran esta clase de procedimientos.

Por otro lado, interesa señalar que la decisión del órgano instructor de continuar con los trámites del procedimiento de responsabilidad patrimonial, una vez transcurrido el plazo máximo de tres meses previsto para la emisión de informe por parte de la Inspección Médica, aparece justificada en la existencia de elementos suficientes de juicio para adoptar la decisión, de acuerdo con lo señalado en nuestro Dictamen núm. 193/2012.

Así, se considera que la decisión que se contiene en la propuesta de resolución elevada se sostiene en suficientes elementos de juicio técnicos que se contienen tanto en los informes que han emitido los facultativos que asistieron al interesado como en el informe pericial que remitió la compañía aseguradora del Servicio Murciano de Salud. Además, puede entenderse que dichos elementos de juicio resultan suficientes desde el momento en que el reclamante no ha presentado ningún elemento probatorio acreditativo ni, concretamente, prueba pericial alguna en la que sostenga la realidad de sus imputaciones.

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). La *lex artis*, por tanto, actúa como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa, cuando del ámbito sanitario se trata.

En este sentido, pues, debe concluirse en que sólo si se produce una infracción de la *lex artis* responde la Administración de los daños causados que puedan imputarse a dicha actuación infractora, pues en caso contrario dichos perjuicios no son imputables a la atención sanitaria pública y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el paciente. Por lo tanto, analizar la praxis médica durante la intervención sanitaria permite determinar si se trata de un supuesto que da lugar a responsabilidad, no ya porque exista un daño, sino porque se produce una infracción del citado criterio de normalidad de los profesionales médicos; prescindir de tal criterio conllevaría una excesiva objetivación de la responsabilidad administrativa, que habría de declararse en todos los supuestos de actuaciones médicas en centros sanitarios públicos que, por ejemplo, no pudieran evitar la muerte de un paciente, o la producción de lesiones derivadas de una complicación de una intervención quirúrgica, cuando la correspondiente actuación sanitaria fue realizada conforme a la *lex artis*; responsabilidad que, por lo dicho, no puede admitirse en estos casos u otros análogos.

La determinación de si la asistencia sanitaria se ajusta o no a normopraxis descansa, de forma necesaria, en la apreciación efectuada por profesionales de la medicina, pues sólo ellos poseen los conocimientos especializados precisos para una adecuada valoración de los actos médicos en el contexto concreto que presenta cada supuesto. Siendo necesarios, por tanto, conocimientos científicos para valorar hechos o circunstancias relevantes en el asunto -artículo 335 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil-, el principal apoyo probatorio de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial ha de ser, para los reclamantes, un informe pericial que ponga de manifiesto los errores u omisiones cometidos durante todo el proceso asistencial (el especial valor probatorio de los informes médicos en los procedimientos de responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria es puesto de relieve por el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 1 de marzo de 1999).

CUARTA.- Sobre el fondo del asunto.

Como ya se ha puesto de manifiesto con anterioridad, el interesado solicita una indemnización, que no llega a cuantificar, porque entiende que se le dispensó un tratamiento incorrecto y porque se utilizó un material de osteosíntesis defectuoso en la intervención que se realizó en julio de 2013. Considera que ello motivó que se tuviera que someter a una nueva intervención quirúrgica, con los graves riesgos que ello conlleva; que se le provocara una disminución de 9 centímetros en la pierna intervenida, por extracción del peroné, y que padezca cojera y dolor a la deambulación. Por otro lado, también sostiene que ello le impidió realizar las actividades básicas de la vida diaria (por tener que guardar reposo) durante el tiempo comprendido entre la rotura de la placa de titanio y la operación en la que se sustituyó dicho elemento.

Otra cuestión distinta -como seguidamente se explicará- es que el reclamante, en la primera queja que presentó en abril de 2014 ante el Servicio de Atención al Usuario del Área VIII de Salud, denunció de manera expresa el retraso en el que se incurrió para realizarle un *scanner* de contraste y para efectuar una valoración de los resultados, y puso de manifiesto los inconvenientes que esa situación le había provocado.

A pesar de las imputaciones que realiza, el reclamante no ha aportado ningún medio de prueba, preferentemente de carácter pericial, que avale esas alegaciones, a pesar de que el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil determina que *"Corresponde al actor ... la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda... el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda"*.

Efectuada esa aclaración, conviene abordar por separado el estudio de cada uno de los títulos de imputación a los que se ha hecho referencia. Así, y por lo que respecta al primero de ellos (tratamiento incorrecto y colocación de un material de osteosíntesis defectuoso), se debe destacar que la lectura del expediente administrativo permite a este Órgano consultivo alcanzar la convicción de que no se produjo ninguna infracción de la *lex artis* en este caso concreto, de que el daño al que se refiere el interesado en su reclamación tiene carácter plenamente jurídico y de que, por ello, tiene la obligación jurídica de soportarlo.

Así, en el informe médico-pericial que se ha aportado al procedimiento se explica (Conclusión 2ª) que la fractura de fémur izquierdo evolucionó hacia una pseudoartrosis (lo que es una complicación posible) que fue correctamente tratada. Que como el fémur continuaba sin consolidar se retiró el clavo y se sustituyó por una placa con aporte de injerto óseo, en 2013 (Conclusión 3ª). También, que la pseudoartrosis persistió y que se hizo necesario realizar una nueva intervención debido al hecho de que se rompió la placa. Como consecuencia de ello, ese elemento fracturado se retiró, se colocó una nueva y se realizó un injerto de peroné vascularizado (Conclusión 4ª).

De manera particular, se explica que la rotura de la placa no se puede achacar a la mala calidad o a un mal estado del material, sino que produjo, precisamente, como consecuencia de la falta de consolidación de la fractura. También se expone que la rotura del elemento de titanio se produjo porque soportaba el peso del paciente cuando caminaba y que las placas de osteosíntesis no están pensadas para soportar el peso del cuerpo, sino tan sólo para mantener el hueso unido.

El propio facultativo que operó al interesado explica en su informe (Antecedente sexto de este Dictamen) que la rotura de la placa pudo obedecer a una fatiga del material, que se pudo causar en este caso por la falta de unión de parte del foco de la fractura femoral que presentaba, y que si bien este hecho es poco frecuente, en ocasiones se produce cuando los ciclos de carga a los que se somete el material exceden su resistencia, y más en hueso reumático y con tendencia a no unir, como el del paciente.

En relación con la posible deficiencia del material empleado, señala el traumatólogo en ese mismo informe que se usa con frecuencia para las fracturas como las que presentaba el paciente, con excelentes resultados.

De igual forma, se ha traído al procedimiento documentación que acredita que el producto cumplía con todos los requisitos que exige la Directiva 93/42/CE, que fue sometido al procedimiento de conformidad regulado en dicha norma europea y que se comercializó con el marcado CE cumpliendo todos los estándares de calidad exigidos.

Por lo tanto, y como se dice en el informe pericial en relación con esta imputación (Conclusión 5ª), no se puede reconocer ni mala praxis ni actuación contraria a la *lex artis* en el proceso de tratamiento de este paciente ni el empleo de elementos materiales defectuosos.

Asimismo, se explica en ese informe que en ningún momento se produjo un acortamiento de la pierna intervenida (por resección de un segmento de peroné, ni de éste completo, llegado el caso) ya que la longitud de la misma viene determinada por la tibia, que es el hueso principal y el que soporta el peso del cuerpo durante la marcha.

Como ya se ha dejado apuntado, otra cuestión distinta es la que se refiere a la demora que se produjo a la hora de informar el *scanner* (en realidad, un angioTAC) que se le realizó al interesado en el Hospital *Santa Lucía*. Se razona adecuadamente en la propuesta de resolución que no toda tardanza en la aplicación de un tratamiento ha de resultar indemnizable, dado que la circunstancia de que un paciente tenga que esperar la realización de una prueba constituye un hecho habitual en la práctica clínica, debido a la limitación de recursos que existe en la Sanidad pública. Eso supone que los perjuicios que puedan ocasionarse por esta demora no revisten, con carácter general, el carácter de antijurídicos, por lo que los pacientes deben soportarlos.

En este caso, el Director Gerente del Área VIII de Salud explicó al interesado (Antecedente segundo de este Dictamen) que los traumatólogos se plantearon, después de retirar la placa de osteosíntesis rota, hacer un injerto de peroné del propio paciente, según la vascularización del miembro afecto. Por esa razón, tuvieron que solicitar que se realizara una artroresonancia en el Hospital *Santa Lucía*, porque el Hospital *Los Arcos del Mar Menor* no dispone del equipamiento necesario. Así pues, la necesidad de que la prueba se realizase en ese primer hospital mencionado resultaba plenamente justificada.

Pero, por otra parte, sí que ha quedado debidamente acreditado en el expediente que el informe de la prueba se extravió en el Hospital de Cartagena durante una semana, por lo que el daño que este retraso causó al reclamante sí que ha de considerarse totalmente antijurídico, ya que el interesado no tenía la obligación jurídica de soportarlo. En consecuencia, procede reconocer que se produjo un funcionamiento anómalo del servicio público sanitario en esta ocasión.

La constatación de esa circunstancia no impide que resulte necesario formular una consideración adicional acerca de esta cuestión, puesto que puede plantearse la duda de si se produce en esta ocasión una incongruencia por diferencia (*extra petita*) entre lo solicitado por el interesado y lo que se le llegue a reconocer o acerca de si esto último pudiera obedecer a un motivo diferente del alegado por el reclamante. Como es sabido, el principio de correspondencia entre lo pedido y lo otorgado o principio de congruencia impide al sujeto decisor de una controversia -entre caso, a la Administración Pública- sustituir el derecho invocado por las partes (la *causa petendi* de la acción) por otro diferente, aunque sea en su propio beneficio.

Y es que, como se ha dejado apuntado al inicio de este apartado del Dictamen, en puridad, en la reclamación que el interesado presentó el 14 de julio de 2014 tan sólo aludía, como títulos de imputación concretos, a la administración de un tratamiento incorrecto y a la utilización de un material de osteosíntesis defectuoso, que, como ya se ha dicho, son alegaciones que deben ser claramente desestimadas. A pesar de ello, también se ha señalado que el paciente había presentado el 10 de abril de 2014 una queja ante el Servicio de Atención al Usuario en cuya parte final se solicitaba "*una explicación por parte del centro por daños y perjuicios*".

Resulta conocido que la Administración sanitaria no calificó ese escrito como una auténtica reclamación de responsabilidad patrimonial ya que no entendió que con él se interpusiera una verdadera acción de resarcimiento pecuniario por el daño que se había causado. No resulta necesario ahora plantearse si ello resultó acertado o si debió haberse incoado ya el procedimiento de responsabilidad patrimonial en ese momento inicial.

A este Consejo Jurídico le basta considerar que por medio de esos dos escritos, esto es, de la queja de 10 de abril (folios 2 a 4 del expediente) y de la reclamación de 14 de julio (folios 40-42), se formuló de manera conjunta una solicitud única de indemnización, en la que los elementos fácticos que explicaban la producción del daño estaban expuestos de manera complementaria entre ellos. Por lo tanto, cabe apreciar que entre una y otra reclamación existe una vinculación lógica e inescindible de carácter necesario, pues para conocer el verdadero alcance y entidad de la lesión por la que se reclama se debe atender a las dos por igual y al mismo tiempo.

Este planteamiento se ve reforzado, si cabe, por la constatación de que el primer documento que se acompañó con la reclamación propiamente dicha fue, precisamente, la copia de la queja que se había presentado con anterioridad, lo que dota a los dos escritos del carácter complementario al que se ha hecho alusión y justifica que se deba entender que la resolución que se dicte guarda relación plena, en sentido amplio, con las imputaciones que formuló el reclamante.

Por lo tanto, sí que se debe reconocer que se produjo un mal funcionamiento del servicio público sanitario que debe ser objeto de la correspondiente reparación económica.

QUINTA.- Sobre el *quantum* indemnizatorio.

Una vez que se ha reconocido la realidad y efectividad de la lesión y su relación causal con el funcionamiento anormal del servicio público sanitario, procede, como impone el artículo 12.2 RRP, analizar la valoración del daño producido y determinar la cuantía y el modo de la indemnización.

En este sentido, no se puede estar de acuerdo con la cuantificación del daño que se contiene en la propuesta de resolución de la que aquí se trata, que es muy parecida a la que planteó en su momento la compañía aseguradora al propio perjudicado y que éste rechazó. Y ello, porque supone desatender que la verdadera naturaleza del daño que procede reconocer en esta ocasión no es la de una simple lesión de carácter físico, provocada por la prolongación innecesaria de una situación de dolor o de padecimiento del paciente, y que tampoco guarda relación únicamente con los inconvenientes provocados por la incapacidad temporal del reclamante o por el hecho de su hospitalización.

De manera contraria, hay que entender que el daño que debe ser indemnizado se corresponde sólo en escasa medida con el padecimiento físico del interesado y con la incapacidad temporal que se ha mencionado. Su vinculación más adecuada enlaza, sobre todo, con la situación de zozobra, de desasosiego o de preocupación que debió experimentar el reclamante ante el retraso injustificado en la realización de la prueba y en la obtención del resultado, y ante el temor -por su parte- de que se produjera una infección de la herida o de que la placa de titanio rota le causara daños graves en los vasos sanguíneos u otros efectos nocivos igualmente relevantes. Su naturaleza más adecuada, por tanto, sería la de un daño moral evidente, que aunque no ha sido explícitamente alegado por el reclamante, sí se puede deducir del primer escrito de queja donde dice textualmente:

"...se me podía haber realizado dicha prueba sin necesidad de tanto tiempo de espera, habiéndome perjudicado y padeciendo un sufrimiento innecesario..."

Acerca de esta cuestión se debe destacar que la situación de angustia o de nerviosismo que pudo sufrir el reclamante vino favorecida, en buena medida, por los propios comentarios que le hacían los facultativos y los miembros del personal sanitario que le atendieron, que demandaron con urgencia (el 5 y el 12 de febrero, según se ha constatado) al Hospital *Santa Lucía* que se realizara cuanto antes la prueba y que se enviara el resultado con celeridad. Por eso, debe entenderse en sus justos términos la afirmación que se contiene en el informe pericial de que *"debe quedar claro que, en ningún momento, la situación era urgente y que, por supuesto, no existía riesgo alguno de infección o de cualquier otra complicación"* (folio 285 vuelto, *in fine*).

Como aquí se explica, la apreciación que pudo forjarse el paciente acerca de la gravedad de su situación o de las complicaciones que se podían producir es algo que enlaza con las manifestaciones que han expuesto en sus informes los facultativos que le atendieron y no parece, por tanto, que fuese simple fruto de su imaginación o consecuencia de una valoración subjetiva carente del menor fundamento. Si el interesado padeció el sufrimiento que se menciona es porque los médicos que le atendían le hicieron partícipe de sus propias inquietudes al respecto y porque le expresaron la necesidad de que la prueba se realizara cuanto antes y de que se recibiese también el informe con la mayor rapidez posible. Y ahora no resulta adecuado sostener lo contrario.

En consecuencia, no cabe duda de que la apreciación de las circunstancias que concurren en esta reclamación permite efectuar una estimación indemnizatoria a tanto alzado y de carácter genérico. Como puso de manifiesto el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en su Dictamen núm. 169/2012, *"En materia de responsabilidad sanitaria, a la hora de realizar una valoración, la jurisprudencia se ha decantado por una valoración global (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987, 15 de abril de 1988 y 1 de diciembre de 1989) que derive de una "apreciación racional aunque no matemática" (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990), debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso"*.

Así pues, hay que recordar que la compañía aseguradora ofreció al interesado la suma de 502,88 euros al tomar en consideración la cantidad que se correspondería con una incapacidad de 7 días de ingreso hospitalario, con arreglo al mencionado baremo para los accidentes de tráfico sucedidos en 2014. Por otra parte, en la propuesta de resolución se ajusta la indemnización al resarcimiento que se podría recibir por 4 días de hospitalización y 3 de carácter impositivo, ya que el interesado fue dado de alta el 22 de febrero de ese año. De acuerdo con ello, se propone reconocer una indemnización total de 462,59 euros.

A la vista de esas consideraciones, este Órgano consultivo estima más adecuado reconocer una indemnización a tanto alzado por daño moral de 1.000 euros, cantidad que vendría a duplicar prácticamente las sumas anteriormente mencionadas y que resulta más acomodada a la verdadera naturaleza de la situación de angustia y sufrimiento que, sin duda, experimentó el reclamante.

Por último, se recuerda que esa cantidad debe ser objeto de la actualización a la que se refiere el artículo 141.3 LPAC.

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

CONCLUSIONES

PRIMERA.- Se dictamina favorablemente la propuesta de resolución estimatoria, en parte, de la reclamación formulada por existir la necesaria relación de causalidad entre el funcionamiento anómalo del servicio público sanitario y el daño que se alega, cuya antijuridicidad ha sido debidamente acreditada.

SEGUNDA.- No obstante, se dictamina de manera desfavorable la valoración del daño producido y el alcance de la indemnización que procede reconocer al interesado, que debe adecuarse a la que se determina en la Consideración quinta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.

