

Dictamen nº: **143/16**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **02.06.16**

DICTAMEN de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 2 de junio de 2016, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3.f).a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto sobre responsabilidad patrimonial promovido por D. D.V.M., por la atención sanitaria dispensada en el Hospital Severo Ochoa de Leganés.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 30 de abril de 2013 tuvo entrada en el Registro del Servicio Madrileño de Salud una reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con la asistencia sanitaria recibida en el Servicio de Urgencias del Hospital Severo Ochoa de Leganés el día 31 de mayo de 2012, solicitando ser indemnizado por los daños y perjuicios ocasionados por importe de 100.000,00 euros.

En la reclamación relata que el día 31 de mayo de 2012 hubo un error de diagnóstico puesto que tras recibir un fuerte balonazo en la muñeca derecha jugando al fútbol, acudió al servicio de urgencias del Hospital Severo Ochoa de Leganés y sin que se realizara estudio radiológico alguno, se le diagnosticó esguince de muñeca derecha.

Continúa señalando que ante la persistencia de dolor en la muñeca derecha, acudió a consulta del médico de Atención Primaria los días 1 de junio de 2012, 29 de junio de 2012 y 12 de septiembre de 2012.

El reclamante subraya que el día 2 de octubre de 2012 es examinado por el Servicio de Traumatología prescribiéndose estudio radiológico que se realiza el día 16 de octubre de 2012, siendo diagnosticado el 17 de octubre de 2012 de: *“fractura polo proximal de escafoides”*, encontrándose en lista de espera quirúrgica desde el 18 de enero de 2013 para *“osteosíntesis con injerto vascularizado”* en la muñeca derecha.

Refiere en su escrito, que el día 3 de noviembre de 2012 sufre nuevo accidente en la mano izquierda acudiendo al servicio de Urgencias del Hospital Severo Ochoa de Leganés, donde previo examen físico y radiografía se diagnostica *“fractura de radio distal izquierdo”*.

A la reclamación acompaña diversa documentación médica.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

- El día 31 de mayo de 2012 el reclamante tras sufrir un traumatismo con un balón en la muñeca derecha, acudió al Servicio de Urgencias del Hospital Severo Ochoa de Leganés, siendo explorado y diagnosticado de *“esguince de muñeca derecha”* pautándose un tratamiento con hielo, vendaje, medicación, control por su médico y volver a urgencias si presentase alguna complicación.

- Con posterioridad, acude a la consulta del médico de familia el día 1 de junio de 2012 sin que refiera mas dolor ni otros síntomas que indiquen posibles complicaciones, el día 29 de junio de 2012 siendo explorado sin que se aprecie inflamación de la mano ni de la muñeca y

dos meses y medio después, el día 12 de septiembre de 2012 refiriendo aumento de dolor, por lo que es derivado a traumatología para estudio.

- Acude el día 2 de octubre de 2012 al Servicio de Traumatología solicitándose estudio radiográfico de la muñeca derecha que se realiza el día 16 de octubre de 2012, siendo valorado el día 17 de octubre de 2012 con diagnóstico de *“fractura polo proximal de escafoides”*.

- El reclamante acude el día 24 de octubre de 2012 al servicio de Urgencias del Hospital Severo Ochoa donde le diagnosticaron de pseudoartrosis de fractura escafoides derecho, derivándole a la consulta de traumatología para su inclusión en lista de espera quirúrgica para osteosíntesis con injerto vascularizado.

- El 3 de noviembre de 2012 sufre otro accidente, diagnosticado de fractura de radio distal izquierdo.

- El 9 de noviembre de 2012, el reclamante manifiesta que prefiere retrasar cirugía a junio de 2013.

- Previo consentimiento informado, el 3 de julio de 2013 es intervenido quirúrgicamente de pseudoartrosis del escafoides, en la muñeca derecha.

TERCERO.- Presentada la reclamación, por el Servicio Madrileño de Salud se inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC) y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (en adelante, RPRP).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica del reclamante en el Hospital Severo Ochoa de Leganés.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del RPRP, se han incorporado al procedimiento, informe del médico de familia de 10 de junio de 2013, en el que se da cuenta de la asistencia prestada al paciente en las consultas de los días 1 de junio de 2012, 29 de junio de 2012 y 12 de septiembre de 2012.

También se ha incorporado el informe del Servicio de Traumatología de 12 de junio de 2013 en el que se subraya *“cuando se realizó el estudio radiográfico (16/19/12) se observa claramente una pseudoartrosis de escafoides con reabsorción importante de los bordes, lo que no concuerda tampoco con el tiempo transcurrido desde el accidente”*.

Figura asimismo, informe emitido por la inspección sanitaria, en el que tras analizar la asistencia dispensada al reclamante y efectuar las consideraciones médicas oportunas, concluye que *“en la radiografía realizada se demostró la existencia de una pseudoartrosis del escafoides y se propuso tratamiento quirúrgico, al que el paciente accedió, pero no se demostró que dicha pseudoartrosis fuese a consecuencia del traumatismo de mayo”*.

A propuesta del Servicio Madrileño de Salud ha emitido informe una especialista en valoración de daño corporal, licenciada en medicina y cirugía de fecha 29 de junio de 2015 y a propuesta de la Compañía de Seguros consta en el expediente, informe pericial emitido por médico licenciado en medicina y cirugía, especialista en cirugía ortopédica y traumatología de fecha 7 de mayo de 2015.

Concluida la instrucción del expediente, se confirió trámite de audiencia al reclamante. Consta en el expediente que formuló alegaciones acompañadas de informe médico pericial suscrito por licenciado en medicina y cirugía de fecha 15 de febrero de 2016 y diversa documentación médica.

Finalmente, el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, reconociendo el derecho del reclamante a ser indemnizado con la cantidad de 16.206,23 euros.

CUARTO.- El consejero de Sanidad mediante oficio que tuvo entrada el 8 de abril de 2016 en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid formula preceptiva consulta sobre el asunto indicado en el encabezamiento.

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la letrada vocal D.^a Rosario López Ródenas, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada en la reunión del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 2 de junio de 2016.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f).a de la Ley 7/2015, de 26 de diciembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a quince mil euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se encuentra regulada en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, desarrollados en el RPRP.

En lo que respecta a la legitimación activa, el reclamante ostenta dicha legitimación para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 LRJPAC, en cuanto es la persona que ha recibido la asistencia sanitaria que es objeto de reproche y de la que derivaría el daño por el que se reclama.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria fue prestada en el Hospital Severo Ochoa de Leganés, integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña.

Por último y en lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJPAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a las Administraciones prescribe al año, que se contará, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho aconteció o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

En el presente caso, el reclamante considera que hubo una asistencia sanitaria deficiente en urgencias el día 31 de mayo de 2012, de modo que la reclamación presentada el día 30 de abril de 2013, se encuentra formulada en plazo.

En la tramitación del procedimiento se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Tal como se dijo anteriormente se han recabado y evacuado los informes de los servicios médicos implicados en el proceso asistencial del reclamante: informe del médico de familia de 10 de junio de 2013, informe del Servicio de Traumatología de 12 de junio de 2013 e informe de la Inspección Médica de 2 de agosto de 2013.

Asimismo, tal como se ha señalado anteriormente, se ha emitido informe médico pericial a propuesta del Servicio Madrileño de Salud, una

especialista en valoración de daño corporal, licenciada en medicina y cirugía de fecha 29 de junio de 2015. A propuesta de la Compañía de Seguros emite informe médico pericial un licenciado en medicina y cirugía, especialista en cirugía ortopédica y traumatología de fecha 7 de mayo de 2015.

También durante la instrucción se ha dado trámite de audiencia al interesado, de conformidad con el artículo 84 de la LRJPAC y artículo 11 del RPRP, formando parte del expediente, las alegaciones formuladas por el reclamante y documentación presentada con las mismas.

Finalmente, se ha redactado la oportuna propuesta de resolución por el Viceconsejero de Sanidad, en la que propone al órgano competente para resolver la estimación parcial de la reclamación, reconociendo el derecho del reclamante a ser indemnizado con la cantidad de 16.206,23 euros.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra Constitución, a cuyo tenor: *“los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*.

La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJPAC y en el RPRP. El artículo 139 de la citada LRJPAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

“1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

2º.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en numerosas Sentencias, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo de 17 de julio de 2015 (recurso de casación 3547/2013) y 25 de mayo de 2014 (recurso de casación 5998/2011), requiere conforme a lo establecido en el artículo 139 LRJPAC:

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

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

c) Que exista una relación de causa a efecto entre el funcionamiento del servicio y la lesión, sin que ésta sea producida por fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio de 2009 *“no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.*

CUARTA.- En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada *lex*

artis se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), y 23 de febrero de 2009 (recurso nº 7840/2004) disponen que:

“se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316) y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825)] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos”.

La misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), afirma que *“lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis”.*

Por su parte, en las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (Recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) se dice que *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”*.

Todo lo anterior resulta relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, sino que únicamente debe responder de aquéllos que los administrados no tengan el deber jurídico de soportar y sean causados por infracción de la llamada *lex artis*.

QUINTA.- En el presente caso, el reclamante imputa a la administración sanitaria mala praxis en la asistencia prestada en el servicio de urgencias del Hospital Severo Ochoa el día 31 de mayo de 2012, cuando acudió tras recibir un golpe en la muñeca derecha y se le diagnosticó un esguince de muñeca derecha, sin que se realizara estudio radiológico alguno, por lo que considera que no se ha actuado conforme a la denominada *lex artis*.

En primer lugar, debemos partir de las consideraciones que recoge el informe del médico de familia en el que con respecto a la asistencia prestada al reclamante el día 1 de junio de 2012, por tanto un día después de asistir a urgencias, señala: *“el paciente en la consulta no refiere más dolor ni otros síntomas que indiquen posibles complicaciones”*. *“El día 29 de junio de 2012 acude nuevamente a consulta, refiriendo que está mejor, que ha disminuido el dolor, aunque persiste el dolor sobre todo al coger objetos pesados. Tras la exploración no se aprecia inflamación de la mano ni de la muñeca, ni dolor en un punto determinado, ni*

deformidades, solamente dolor leve al realizar determinados movimientos de la muñeca como flexo-extensión forzada de la misma. Entiendo que es la evolución normal del esguince, por lo que recomiendo ejercicios de la muñeca para fortalecer la zona afectada”. Y por último “el 12 de septiembre de 2012, es decir, dos meses y medio después, acude nuevamente refiriendo que el dolor había aumentado de intensidad”.

En segundo lugar, en el informe del jefe del Servicio de Traumatología se manifiesta que *“desde un punto de vista clínico es prácticamente imposible que un traumatismo banal, como es un traumatismo con un balón sobre una muñeca, pueda producir una fractura de escafoides”.*

En tercer lugar, y por lo que respecta a la asistencia prestada al reclamante en el servicio de urgencias el día 31 de mayo de 2012, la inspección médica pone de relieve en el informe de 2 de agosto de 2013 que *“en el servicio de urgencias fue explorado, interrogado sobre el mecanismo de la lesión y realizado el correspondiente examen de la muñeca, a saber, su aspecto, si había una deformidad ósea, si presentaba inflamación de la misma, palidez, cianosis. También se le exploró el movimiento, el estado neurovascular, así como se le palpó la mano. Todas estas pruebas indicaban que se trataba de un proceso banal, la radiografía simple se realiza ante la sospecha de una fractura. El paciente, solo se quejó de aumento del dolor a los dos meses y medio, y en ese momento, fue derivado a traumatología quien le indicó la radiografía”.*

No obstante lo hasta ahora expuesto, constan en el expediente, informes emitidos por especialistas en la materia en los que se manifiesta, que el día que el reclamante acudió a urgencias con un traumatismo en la muñeca derecha, tendría que haberse realizado un estudio radiológico.

En este sentido se pronuncia el informe pericial de valoración del daño corporal emitido a solicitud del Servicio Madrileño de Salud: “A

nuestro criterio, y a pesar de un traumatismo por un balón, en urgencias del Severo Ochoa el 31.05.12 se le debería haber realizado un estudio radiológico de la muñeca derecha”, así como el informe médico pericial emitido a instancia de la Compañía de Seguros, al señalar que es “perfectamente factible que un balonazo pueda provocar una fractura de escafoides, siempre que sea lo suficientemente fuerte” y continua, “en segundo lugar, salvo casos contados, en los servicios de urgencia se debe considerar prácticamente de obligado cumplimiento el realizar radiografía de la zona lesionada, aunque la exploración no sea sugerente de fractura”.

Así pues, resulta evidente a tenor de los citados informes de los especialistas en la materia, que un estudio radiológico de la muñeca derecha en la asistencia de urgencias el día 31 de mayo de 2012, habría permitido un juicio clínico que indicara si se trataba de un esguince o en su defecto, de una fractura del escafoides, tal como se demostró en la radiografía que se realizó al paciente el día 16 de octubre de 2012, considerándose en este sentido, que la asistencia prestada en urgencias al reclamante el día 31 de mayo de 2012, tras recibir un traumatismo en la muñeca derecha, no se ajustó a la *lex artis*.

Llegados a este punto y por lo que respecta a la valoración del daño, la diferencia existente entre la valoración efectuada por el Servicio Madrileño de Salud en la propuesta de resolución y la valoración efectuada por el reclamante reside en los días de incapacidad temporal, contabilizados de forma distinta por las partes, los perjuicios estéticos y las secuelas que padece el reclamante.

A la hora de valorar el daño esta Comisión comparte el criterio que se contiene en el informe pericial de valoración del daño corporal realizado a solicitud del Servicio Madrileño de Salud en el que se pone de relieve que *“puesto que nunca podremos saber si de haberle diagnosticado el 31.05.12 la fractura de escafoides derecho y haber sido tratado, bien mediante opción ortopédica bien optado por la cirugía, cual hubiera sido el resultado final, lo que sí parece innegable es que se produjo una demora en el*

diagnóstico de la fractura”, por lo que procederá indemnizar desde el día del accidente hasta el 9 de noviembre de 2012, fecha en la que el paciente decide diferir la intervención quirúrgica.

En este sentido y con base en el baremo establecido para las víctimas de accidentes de tráfico establecido en el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre y la Resolución de 24 de enero del 2012, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones del M.º de Hacienda, que actualiza las cuantías previstas en el precitado Decreto Legislativo, la indemnización que corresponde al reclamante es de 162 días improductivos, desde el día del accidente hasta el día 9 de noviembre de 2012 que el paciente decide retrasar la intervención quirúrgica, a 56,6 euros por día, 9.169,20 euros, 6 puntos por secuelas puesto que permanece la pseudoartrosis de escafoides a 972,29 cada punto, 5.563, 74 euros, más 10% de factor de corrección, 1.473,29 euros. total 16.206,23 euros.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad reconociendo al reclamante una indemnización de 16.206,23 euros, cantidad que deberá ser actualizada conforme al artículo 141.3 de la LRJPAC.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de

quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 2 de junio de 2016

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 143/16

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid