

Dictamen n^o: **211/12**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **11.04.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 11 de abril de 2012, sobre consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1^o de su Ley reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre en el asunto promovido por M.J.R.V., sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por las secuelas que padece tras un traumatismo en columna y que atribuye a un tratamiento inadecuado por parte de la Fundación A.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el consejero de Sanidad, mediante oficio de 29 de febrero de 2012, registrado de entrada el día 6 de marzo del mismo año, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 11 de abril de 2012.

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

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

Por escrito presentado en el registro general de la Consejería de Sanidad el día 3 de noviembre de 2010 y que tuvo entrada en el Servicio Madrileño de Salud el día 4 del mismo mes y año, la interesada formula reclamación de responsabilidad patrimonial por la deficiente atención recibida en el Hospital A donde fue atendida tras sufrir una caída de bicicleta y causarse una lesión en zona dorsolumbar.

En la reclamación se indica que tras inyectarle unos analgésicos y realizar una radiografía recibió el alta, *“sin hacer ninguna recomendación o indicación de reposo o inmovilización de ningún tipo”* por lo que *“no tomé especiales precauciones en lo que se refiere al desarrollo de mi vida normal a pesar del dolor”*.

Después de 48 horas de dolor intenso, la reclamante acudió a su médico de cabecera quien le dio baja laboral y recomendó asistir a consulta de Traumatología, donde fue atendida el 4 de febrero de 2010 por un traumatólogo de la mutua laboral correspondiente a la empresa donde trabaja. Por prescripción de ese médico se le practicó resonancia magnética (RM) en la que se observó: *“Fractura-aplastamiento del cuerpo vertebral L2”*.

Posteriormente fue tratada en un centro privado en el que se diagnosticó *“fractura estallido L2 con cifosis prostratumática”*. Ante la gravedad de la lesión fue operada el día 22 de octubre de 2010 en dicho centro privado.

La reclamante considera que *“estos hechos vienen a confirmar que el traumatismo que existía en la columna vertebral, en el momento que me asistieron en el servicio de urgencias de la Fundación A, por haber sido indebidamente tratada, se convirtió en fractura y estallido de la vértebra L2 y que, tras acudir a un nuevo servicio médico, concretamente a los*

especialistas de la sociedad médica B, que comprobaron el agravamiento de la lesión inicial, hube de ser intervenida de inmediato”.

Cifra la indemnización en cincuenta y dos mil cuarenta euros (52.040€), que posteriormente amplía en alegaciones a cincuenta y tres mil trescientos euros (53.300 €).

Se propone como medios de prueba:

- *La documental por aportada.*
- *Se requiera al Hospital A a fin de que remita toda la documentación e informes médicos de la reclamante.*
- *Se requiera al centro privado en el que fue intervenida a fin de que remita toda la documentación e informes médicos de la reclamante.*
- *Se reserva aportar informe pericial médico u otras pruebas que considere pertinente.*

La historia clínica y la restante documentación médica obrante en el expediente, ponen de manifiesto los siguientes hechos:

La paciente, de 53 años y sin antecedentes destacables, fue trasladada en ambulancia al servicio de urgencias de la Fundación A el día 30 de enero de 2010 tras sufrir un accidente de bicicleta refiriendo dolor lumbar. Se le realizó exploración física, que no mostró compromiso neurológico y estudio radiológico de columna lumbosacra en ese mismo momento, informada como “*no se observan lesiones óseas agudas, leve disminución del interespacio entre L1-L2*”. Se estableció juicio clínico de “*Contusión lumbar y glútea*”. Se administró un antiinflamatorio no esteroideo vía muscular, refiriendo mejoría clínica a las dos horas pudiendo ponerse en bipedestación y deambular con normalidad. Se pautó tratamiento con Enantyun, paracetamol, calor local y control por su MAP (folio 9).

Ante la persistencia de dolor lumbar, el 4 de febrero del mismo año acudió a Traumatología de la mutua laboral, que solicita RMN lumbar y cuyo informe describe *“Fractura-aplastamiento del cuerpo vertebral L2, con línea de fractura paralela al platillo vertebral superior”* (folio 11).

Con fecha 22 de febrero ingresó en un centro sanitario privado para intervención, registrándose como juicio diagnóstico: *“Fractura estallido L2 con cifosis postraumática. Fue intervenida quirúrgicamente, practicándose corrección y fijación L1-L3”*.

Cursó alta hospitalaria el 26 de febrero de 2010 con corsé, tratamiento farmacológico y medidas posturales.

TERCERO.- Ante la reclamación se ha incoado procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración. En fase de instrucción se han recabado los informes médicos que conforman la historia clínica de la reclamante (folios 23 a 43), así como el informe del Servicio supuestamente causante del daño (folio 38), y el informe de la Inspección Sanitaria, de 14 de febrero de 2011, (folios 44 a 53), cuyas conclusiones ponen de manifiesto lo siguiente:

“La asistencia sanitaria prestada a [la paciente] en fecha 30 de enero de 2010 en el Servicio de Urgencias de la Fundación A de Madrid (a cargo del Servicio Madrileño de Salud), se muestra deficitaria ya que no fue objetivada la lesión ocasionada por el traumatismo motivo de la asistencia: erróneamente, no se diagnosticó la fractura acúñamiento por aplastamiento de la vértebra lumbar L2 no mínima, ni fue encauzada la paciente de modo correcto. Como consecuencia, apareció cifosis postraumática y una evolución desfavorable de la fractura existente (calificada con posterioridad de <<en estallido>>) que fue tributaria de tratamiento quirúrgico –corrección y fijación de L1-L3- en fecha 22 de febrero de 2010”.

El 13 de abril de 2011 se otorgó trámite de audiencia a la interesada, que lo recibió el 19 de abril y a la empresa gestora de la Fundación A, que lo recibió el 18 de abril.

Esta entidad presentó alegaciones el 6 de mayo en las que se opone al informe emitido por la Inspección Sanitaria en los siguientes términos:

“La atención inicial de urgencias en el momento del traumatismo recoge la ausencia de sintomatología neurológica en ese momento agudo.

En la radiografía realizada se objetiva buena alineación de columna SID alteraciones en muro posterior.

A la paciente se le administró antiinflamatorio no esteroideo presentando una clara mejoría del dolor, se mantenía de pie y deambulaba con normalidad.

Se trataba de una primera atención en la que es difícil de valorar las concretas lesiones que se pueden producir y, casi siempre, precisan de un examen posterior pasado el momento agudo.

Inicialmente en este tipo de casos de fractura con acúñamiento, casi la totalidad tienen un tratamiento conservador hasta que posteriormente se concreta el alcance de la lesión.

El procedimiento fue absolutamente correcto con remisión a su MAP y a su vez al traumatólogo para corrección tras los hallazgos definitivos.

El resultado de la atención dispensada y evolución en el tiempo es el mismo ya que no existe secuela derivada de la atención. Las secuelas en todo caso son las propias de las consecuencias del traumatismo por accidente de bicicleta, imputables únicamente a dicho accidente y no al proceso de asistencia.

Por tanto carecen de fundamento las conclusiones del informe de inspección tanto respecto del diagnóstico inicial como cuando recoge que no se remitió para valoración por especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, cuando consta en el informe de la atención de Urgencias obrante al folio 39 del expediente, el control por su médico de AP para remisión a traumatólogo, como así sucedió y expresamente recoge la reclamante en su escrito de reclamación”.

No consta que en este momento la interesada formulara alegaciones.

También forma parte del expediente un informe facultativo de valoración del daño en relación con la asistencia sanitaria recibida (folios 58 a 64) emitido el 26 de mayo de 2011 a instancia de la correduría de seguros del Servicio Madrileño de Salud, que concluye: *“hubo una incorrecta interpretación de los hallazgos de la imagen de la columna lumbar y que posteriormente, fueron confirmados en una RMN 4 días después.*

No obstante (...) se difiere la cirugía hasta el 20 de febrero, por lo que se contradice con la definición de una fractura por estallidos en cuanto a su gravedad por la inestabilidad, y que precisa cirugía de urgencia.

Con todo ello queremos indicar que el retraso en el diagnóstico de la fractura-acuñamiento de L2 por el error inicial en Urgencias de A, establecido en 4-5 días, no ha supuesto ningún agravamiento en la fractura sufrida (...) incluso su traumatólogo difiere y programa la cirugía 15 días después de conocido el diagnóstico, lo que a todas luces indica que no hay criterio de urgencia y que el retraso en el diagnóstico no agravó la fractura sufrida”.

El informe concluye con delimitación del daño corporal: *“sólo procedería indemnizar por los 4 días de retraso (...) puesto que el proceso posterior*

es el mismo que tendría que haber soportado aunque se hubiera diagnosticado a tiempo”.

La valoración objetiva de la incapacidad temporal se fija en 4 días a razón de 55, 27 euros/día, resultando una indemnización total de 221,08 euros.

En cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, fue conferido de nuevo el 30 de mayo de 2011 trámite de audiencia a las dos parte interesadas, reclamante y empresa gestora de la Fundación A por correo con acuse de recibo el 3 de junio para ambas, a fin de que pudieran formular las alegaciones que tuviera por convenientes.

La entidad gestora del hospital presentó alegaciones el 15 de junio oponiéndose también al informe de valoración de daños, así expone:

“A la vista de la nueva documentación aportada al expediente, consistente en el dictamen facultativo de valoración del daño corporal de la paciente [...] emitido por la [colegiada autora del informe de valoración de daños], obrante a los folio 70 a 76 del expediente, manifestamos nuestra discrepancia al mismo puesto que entendemos que no existió error en el diagnóstico, aunque lo establezca de 4-5 días, ya que, la primera asistencia de urgencias en un momento agudo en el que se realizan placas de RX, remitiendo a MAP y su traumatólogo no supuso mala praxis ni de ello se deriva agravación del proceso.(...)El dictamen pone de manifiesto que de la asistencia prestada por la Fundación A, no se deriva ni agravación del proceso previo ni incremento de los días de baja, ni la reclamación por el material de osteosíntesis, al mismo tiempo que no pueden derivarse los daños morales que alega la reclamante ni existe relación de causalidad que fundamente la reclamación efectuada puesto que el proceso es el mismo en general y los plazos y periodos han sido los que ha marcado su traumatólogo posteriormente”.

Por su parte, la interesada presentó escrito de alegaciones el 21 de junio de 2011 en el que expone su disconformidad con la valoración de daños realizada ya que entiende que si se la hubiera tratado correctamente de forma inmediata no hubiera requerido cirugía, su baja habría sido de menor duración, no tendría perjuicios estéticos ni incapacidad parcial.

Manifiesta su discrepancia del informe de valoración del daño señalando que los daños no son únicamente un retraso de cuatro días en el diagnóstico habiendo permanecido igual el resto de factores asociados a su lesión, sino que ese retraso implicó una mala evolución de su lesión inicial, que se agravó con la aparición de una cifosis postraumática que inicialmente no existía y con una progresión de la fractura vertebral que determinó la necesidad de cirugía.

También especifica *“Que la propia Inspección Sanitaria de Madrid reconoce la deficitaria actuación y la necesaria aparición de cifosis postraumática y progresión de las fracturas, así como la necesaria intervención quirúrgica por la falta de atención inicial y la falta de recomendación de reposo, absolutamente necesaria para el tipo de lesión padecida. (...) En definitiva es evidente que el error diagnóstico inicial, condicionó una pérdida de oportunidad terapéutica dado que con los hallazgos iniciales podría haberse intentado un tratamiento conservador ortopédico con corsé, lo cual ya no resultaba posible tras los hallazgos posteriores, en donde ya había mayor aplastamiento, desplazamiento del muro posterior y cifosis post traumática, precisando entonces como única opción terapéutica indicada la realización de cirugía mediante fijación instrumental L1-L3”*.

Junto al escrito de alegaciones presenta un dictamen pericial de valoración de daños que plantea la siguiente indemnización:

- Por la agravación del proceso previo: 5 puntos

- Por material de osteosíntesis: 10 puntos
- Por el perjuicio estético: 5 puntos

Lo que totaliza un importe total, a 800 € el punto, de 16.000 €

Por el incremento de días de curación: 105 días x 60 euros día: 6.300 €

Por incapacidad permanente parcial para mis actividades habituales: 16.000 €.

A dichos gastos suma la cantidad de 15.000 € por daños morales.

El 11 de julio de 2011 se formula por la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) propuesta de resolución estimatoria, reconociendo una indemnización de 221,08 euros, que es informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el 11 de agosto de 2011.

En este estado del procedimiento, el expediente se remitió a este Consejo Consultivo el 29 de febrero de 2012 para su preceptivo informe, siendo objeto del Dictamen 619/11, de 10 de noviembre de 2011 en el que se recogía como conclusión: *“Procede retrotraer el expediente para la emisión del informe complementario solicitado a la Inspección Sanitaria, tras el cual podría ser preceptivo nuevo trámite de audiencia a los interesados”*.

Con fecha 19 de diciembre de 2011, se recaba el antedicho informe complementario por parte de la Inspección Sanitaria, que se ratifica en su informe anterior, si bien realiza las siguientes aclaraciones:

- El informe de la RMN de 4 de febrero de 2010 no recoge el diagnóstico de *“fractura por estallido”* sino de *“fractura-aplastamiento de cuerpo vertebral L2”*.

- La “*fractura por estallido*” y la “*cifosis postraumática*” se diagnostican en el centro privado al que acudió la paciente y que fue el que pautó la cirugía como tratamiento en vez de un tratamiento conservador con corsé. La Inspección da por cierto expresamente el informe de alta del ingreso de la paciente en este centro, del 22 al 26 de febrero de 2010.

Se da traslado de la nueva documentación incorporada al expediente en ampliación del trámite de audiencia, tanto a la parte reclamante, como al centro concertado objeto de reproche, ambos con acuse de recibo fechado el 27 de diciembre de 2011; tras lo cual, han presentado sendos escritos de alegaciones.

La reclamante presentó sus alegaciones el 23 de enero de 2012, en ellas se ratifica en su posición inicial y expresa: “(...) *El informe de la Inspección Sanitaria de Madrid sobre la reclamación formulada, firmado por la Dra. [...], especifica que, dado que no fue avistada y diagnosticada la lesión, consecuentemente no fui encauzada a un tratamiento adecuado ni fui directamente remitida para ser valorada por el especialista en Cirugía Ortopédica y Traumatología, y deja claro que las consecuencias de una mala evaluación inicial, sin actuaciones, lleva a la aparición de cifosis post traumática y, en este caso, también a una progresión de las fracturas, calificándose en febrero de 2010 de estallido L2.*

Por ello en ese momento fue necesario tratamiento quirúrgico más corrección y fijación del L1-L3, que se realizó en fecha 22 de febrero de 2010.

Quiere ello decir que hasta la propia Inspección Sanitaria de Madrid reconoce la deficitaria actuación y la necesaria aparición de cifosis post traumática y progresión de las fracturas, así como la necesaria intervención quirúrgica por la falta de atención inicial, y la falta de

recomendación de reposo, absolutamente necesaria para el tipo de lesión padecida (...)”.

Le lleva a valorar la indemnización solicitada en un importe total de 38.300 euros.

El 20 de enero de 2012, la Gerencia de la Fundación A, presenta escrito de alegaciones “(...) *por todo lo anterior, la nueva documentación aportada, y el nuevo informe de aclaraciones emitido por la Inspección Médica, ponen de manifiesto que no proceden las nuevas alegaciones presentadas por la reclamante ni las conclusiones del informe pericial en el que se basan, por la inexistencia en las atenciones realizadas inicialmente de estallido L2 ni de cifosis postraumática, ni mucho menos de urgencia quirúrgica, de las que se deriven daños o perjuicios para la reclamante por la atención efectuada en la Fundación A”.*

Finalmente, el 23 de febrero de 2012, la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) elevó de nuevo propuesta de resolución parcialmente estimatoria, reconociendo la cantidad de 221,08 euros.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la 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”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP.

TERCERA.- La reclamante está legitimada activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, por ser la persona directamente afectada por los daños supuestamente ocasionados por la asistencia sanitaria.

En cuanto a la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, al centrarse el reproche formulado en la actuación sanitaria prestada por la Fundación A, es preciso recordar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª) de 6 de julio de 2010, en relación con un caso planteado respecto de otra asistencia dispensada en la Fundación A (Clínica A) sostiene lo siguiente: *«En primer término, por afectar a la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, procede resolver, para desestimar, la alegación de la Letrada de la Administración sobre la responsabilidad exclusiva de la Fundación A. Este argumento defensivo es invocado invariablemente en los recursos relativos a responsabilidad patrimonial sanitaria en que ha intervenido dicha Fundación, y, también invariablemente, es rechazado por esta Sala. La Fundación A dispensó tratamiento sanitario a la recurrente en el ámbito del Sistema Nacional de Salud, en el que dicho establecimiento sanitario, pese a su naturaleza privada, se halla integrado mediante concierto, como autorizan los artículos 66 y 67 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad. La disposición adicional*

duodécima de la LRJ-PAC, añadida por la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece que la responsabilidad patrimonial de los servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados <<por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria, y las correspondientes reclamaciones, seguirán la tramitación administrativa prevista en esta Ley, correspondiendo su revisión jurisdiccional al orden contencioso-administrativo en todo caso>>. Con base en esta disposición el Tribunal Supremo ha declarado (en STS 3-7-2003, recaída en recurso de casación para unificación de doctrina, y después en SSTs 20-2 y 24-5-2007) <<que la existencia de tal concierto, tratándose de una asistencia sanitaria prestada con base al mismo, no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad patrimonial de la Administración, siempre que concurren los requisitos configuradores de aquélla, según el artículo 139 de la Ley 30/92>>. Aunque este criterio tiene por objeto la prestación sanitaria a los funcionarios y militares por entidades privadas, resulta con mayor razón aplicable a este supuesto en que el interesado no interviene de modo alguno en la elección del centro sanitario. Así pues, es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios. A estos efectos debe entenderse por Administración sanitaria las entidades, servicios y organismos públicos y los centros concertados, tal como permite los citados preceptos de la Ley General de Sanidad como fórmula para su integración en dicho Sistema. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio de la facultad de repetición que, por incumplimiento del concierto o por otras causas, corresponde a la Administración». Con base en esta argumentación del citado Tribunal, cabe afirmar que la reclamación está correctamente dirigida contra la Administración de la Comunidad de Madrid, por ser la

competente para la prestación de la asistencia sanitaria. Igualmente, hay que señalar que la empresa privada que gestiona el establecimiento sanitario donde se prestó la asistencia médica objeto de reproche, está legitimada para comparecer en el procedimiento en calidad de interesada, al poder resultar involucrados en éste sus derechos o intereses legítimos (artículo 31.1.b) de la LRJAP-PAC). En este caso, la meritada empresa ha sido notificada sobre el expediente, se ha emitido informe del coordinador de la Unidad de Urgencias y se la ha dado por dos veces trámite de audiencia, habiendo presentado alegaciones, por lo que sus derechos han sido garantizados.

El artículo 142.5 de la LRJ-PAC dispone que *“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 determinación del alcance de las secuelas”*.

En el caso sometido a dictamen, la atención dispensada a la reclamante en Urgencias de la Fundación A tuvo lugar el 30 de enero de 2010 por lo que la reclamación presentada el 3 de noviembre del mismo año ha de reputarse formulada en plazo con independencia del momento de determinación del alcance de las secuelas.

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

CUARTA.- Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -sentencias de 26 de

junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- esta responsabilidad consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

QUINTA.- Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de octubre de 2003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

En el caso que nos ocupa los daños sufridos por la reclamante están acreditados por los informes médicos que obran en el expediente: estallido de L2 con cifosis postraumática que requirió intervención quirúrgica que ha supuesto un perjuicio estético ligero por cicatriz, material de osteosíntesis y 109 días de baja.

La interesada solicita también indemnización por daño moral y por una supuesta incapacidad permanente parcial para sus actividades habituales, pero no ha aportado prueba alguna de la existencia de estos daños, por lo que no serán tenidos en consideración en el presente dictamen.

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

Podemos resumir diciendo que no es exigible una actuación administrativa más allá de la buena práctica médica, *lex artis ad hoc*.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de noviembre de 2000, recuerda: *"Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales, ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse excluida de antemano"*.

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004, señala: *"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"*.

Resulta ello relevante por la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración, a través de esta institución, en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder sólo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

SÉPTIMA.- Alega la reclamante que no hubo un correcto diagnóstico en la Fundación A por lo que su lesión inicial se agravó y ello requirió mayor tiempo de curación, cirugía y perjuicio estético derivado de ella.

El informe de la Inspección Médica en sus consideraciones expone que, el facultativo que atendió a la paciente en Urgencias interpretó el estudio radiológico como: *"No se observan lesiones óseas agudas, leve disminución del interespacio entre L1-L2"* y estableció como juicio diagnóstico: *"contusión lumbar y glútea"*. Sin embargo, de acuerdo con el informe del jefe del Servicio de Radiología emitido el 30 de enero de 2010, el mismo día de la asistencia, la radiografía mostraba: *"Disminución de altura de cuerpo vertebral L2 con aspecto de cuña y esclerosis del platillo superior, probablemente en relación con fractura"*.

Por su parte, del coordinador de Urgencias de la Fundación A, *“en la radiografía se objetiva una pérdida de altura del cuerpo vertebral de L2 (aproximadamente un 30 por ciento), manteniéndose buena alineación de columna y sin alteraciones en el muro posterior (...) La lesión es compatible con un aplastamiento vertebral probablemente secundario a traumatismo”*.

De ello la médica inspectora concluye que *“(...) el facultativo que asistió a la interesada y le emitió el alta en fecha 30 de enero de 2010, no observó ni diagnosticó la alteración de la morfología del cuerpo vertebral lumbar aludido, en el lugar del traumatismo, consistente en pérdida de altura de aproximadamente un 30 por ciento para el coordinador del Servicio, en la columna de la paciente, de 53 años, con mineralización normal y sin otras alteraciones vertebrales, según informa el jefe de Radiología del Centro; lesión que, en definitiva, se trataba de una fractura”*.

Es decir, ya en el momento de acudir a Urgencias la paciente presentaba una fractura vertebral que no fue diagnosticada por el médico que la atendió pese a que se manifestaba en la radiografía y se constató en el informe del radiólogo. Hubo, por lo tanto, un error en el diagnóstico como invoca la reclamante.

OCTAVA.- La siguiente cuestión que es pertinente examinar es si dicho error motivó o no un agravamiento de la fractura inicial, como alega la interesada o si, por el contrario, solo implicó un retraso de pocos días en el tratamiento que hubiera sido pertinente como expone el informe de valoración de daños emitido a instancia de la correduría de seguros del Servicio Madrileño de Salud.

El informe de la médica inspectora recoge diversos criterios de clasificación de gravedad de las fracturas toracolumbares (sistema Denis,

clasificación de Magerl, sistema TLICS) en los que se aprecia que la fractura que la reclamante sufría inicialmente (por compresión en cuña) era de menor gravedad que la que resultó finalmente (estallido). Además afirma que el tratamiento conservador comienza incluyendo un reposo inicial que ha de ser pautado.

En el caso sometido a dictamen no se pautó reposo a la paciente, que hubiera sido lo indicado en la fractura vertebral que padecía, según la inspectora.

El informe de la Inspección también subraya los casos de fractura vertebral en los que procede la cirugía y señala: *“Como norma general una fractura toracolumbar se trata quirúrgicamente cuando cumple los criterios de inestabilidad: aplastamiento del cuerpo vertebral mayor al 50 por ciento, ángulo de cifosis segmentaria mayor al 25 por ciento, ocupación del canal mayor al 50 por ciento y presencia de lesión neurológica”*.

En el momento de su asistencia en Urgencias la paciente no presentaba ninguno de estos criterios ya que solo tenía aplastamiento del cuerpo vertebral del 30 por ciento, inferior por tanto al 50 por ciento que hubiera implicado la necesidad de cirugía.

Como expone la médica inspectora, *“(...) se trataba de un fractura estable en inicio, con buena alineación y sin alteración neurológica, era fractura lumbar por compresión con un grado de pérdida de altura leve-moderado (no en estricto mínima), que requería reposo inicial y la valoración por especialista en el momento para la indicación de inmovilización externa o actuar con estrecho control radiológico (...) Las consecuencias de una mala evolución inicial, sin actuaciones, lleva a la aparición de cifosis postraumática y, en este caso, también a una progresión de la fractura, calificándose en febrero de 2010 de <<estallido*

L2>>. Fue tributaria entonces de tratamiento quirúrgico (corrección y fijación entre L1-L3) ”.

En contraposición al informe de la Inspección se encuentra el informe emitido a solicitud de la correduría de seguros que concluye: *“hubo una incorrecta interpretación de los hallazgos de la imagen de la columna lumbar y que posteriormente, fueron confirmados en una RMN 4 días después. (...)*

No obstante (...) se difiere la cirugía hasta el 20 de febrero, por lo que se contradice con la definición de una fractura por estallidos en cuanto a su gravedad por la inestabilidad, y que precisa cirugía de urgencia. (...)

Con todo ello queremos indicar que el retraso en el diagnóstico de la fractura-acuñamiento de L2 por el error inicial en Urgencias de A, establecido en 4-5 días, no ha supuesto ningún agravamiento en la fractura sufrida (...) incluso su traumatólogo difiere y programa la cirugía 15 días después de conocido el diagnóstico, lo que a todas luces indica que no hay criterio de urgencia y que el retraso en el diagnóstico no agravó la fractura sufrida”.

Ha de tenerse también en cuenta que en la primera exploración radiológica se practica únicamente radiografía simple y cuatro días después se realiza RMN, que en todo caso permite una mayor precisión diagnóstica.

Este Consejo Consultivo entiende que, a la vista de las aclaraciones complementarias del informe de la Inspección Sanitaria ambos informes son contradictorios ya que, según la Inspección se produjo un error inicial en el diagnóstico de Urgencias de 30 de enero de 2010, puesto que la radiografía ya mostraba una posible fractura, lo que se confirmó con la RMN de 4 de febrero de 2010. Pero dicha fractura no es descrita como *“en estallido”* hasta el 22 de febrero en la clínica privada a la que acudió la

paciente y en la que fue intervenida, por lo que la mala evolución no tuvo lugar en solo 4 ó 5 días, como expone el informe sobre valoración del daño.

Además, la argumentación de que no había criterio de urgencia y que el retraso de diagnóstico no agravó la fractura, como sostiene el informe de valoración del daño, pierde su fundamento al comprobar que tras el diagnóstico de la fractura “*en estallido*” el 22 de febrero de 2010 la cirugía tuvo lugar de forma inmediata, puesto que la paciente fue dada de alta tras la intervención el 26 de febrero de 2010 y, por lo tanto, la cirugía no se programó para quince días después del diagnóstico, como se afirma en este informe.

Este órgano consultivo, a la vista de lo expuesto, otorga mayor credibilidad al informe de la Inspección Sanitaria que al de valoración de daños y, por lo tanto, entiende que ha quedado establecida la pérdida de oportunidad de la reclamante así como una infracción de la *lex artis* en la atención suministrada en 30 de enero de 2010 en el Servicio de Urgencias de la Fundación A.

NOVENA.- Procede a continuación, de conformidad con el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, la valoración de los daños para su cuantificación, lo que debe hacerse por imperativo del artículo 141.3 LRJ-PAC con relación al momento en que la lesión efectivamente se produjo, es decir, desde el 30 de enero de 2010 hasta la fecha de alta el 18 de agosto de 2010.

A la vista del informe de la Inspección no cabe tomar en consideración la valoración efectuada por los dictaminadores de la correduría de seguros del Servicio Madrileño de Salud, como ha quedado expuesto en la consideración jurídica anterior. Por lo mismo, no podemos tampoco compartir el criterio expuesto en la propuesta de resolución ya que sigue el

de la valoración de daños comprendida en el informe emitido a instancia de la correduría de seguros.

En el presente caso se ha producido una pérdida de oportunidad de haber evitado el agravamiento de la reclamante y unos daños físicos consistentes en la cirugía a la que debió someterse y los daños derivados de la misma así como una mayor duración del periodo de curación.

La valoración de los daños ha de realizarse con relación al momento en que la lesión efectivamente se produjo, lo que supone que habría que aplicar la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 31 de enero de 2010.

La reclamante estuvo 199 días de baja, de los cuales 90 se corresponden con el tiempo establecido por el INSS como periodo medio de curación de lesiones como la sufrida, según se expone en el informe de valoración aportado por la propia interesada. Por ello solo estos 90 días han de considerarse improductivos y de ellos 4 de hospitalización. Los 109 días restantes han de considerarse como días no improductivos. Ello supondría las siguientes cuantías indemnizatorias:

- 4 días de hospitalización, a 66 euros cada día: 264 euros.
- 86 días de baja improductiva, a 53,66 euros cada día: 4.614,76 euros.
- 109 días de baja no improductiva, a 28,88 euros cada día: 3.147,92 euros.

A estas cantidades habría que añadir las correspondientes a 10 puntos por material de osteosíntesis y 3 puntos por perjuicio estético ligero que, a 725,6 euros cada punto, atendiendo a la edad de 53 años de la reclamante, supondrían 9.432,93 euros.

La cuantía indemnizatoria por los daños físicos ascendería a 17.459,61 euros.

Puesto que nos encontramos ante un caso de pérdida de oportunidad procede reducir el importe de la indemnización al 50 por ciento, de acuerdo con el criterio expresado en la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2012 (recurso de casación 2243/2008) lo que supone una indemnización de 8.729,80 euros.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente



CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación al haberse apreciado la pérdida de oportunidad reclamada, e indemnizar a la reclamante con 8.729,80 euros. Esta cantidad deberá actualizarse a la fecha de la resolución que ponga fin al procedimiento con arreglo al índice de precios al consumo, fijado por el Instituto Nacional de Estadística, y de los intereses que procedan por demora en el pago de la indemnización fijada, los cuales se exigirán con arreglo a lo establecido en la Ley General Presupuestaria.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 11 de abril de 2012