

Dictamen n.º: **369/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **26.09.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad en su sesión de 26 de septiembre de 2019, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por D., sobre indemnización de los daños y perjuicios derivados de la incorrecta colocación de una férula suropédica post cirugía traumatológica en el Hospital Universitario Infanta Elena.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de junio de 2016 tuvo entrada en el Servicio Madrileño de Salud reclamación formulada por el interesado solicitando indemnización por los daños y perjuicios derivados de la incorrecta colocación de una férula suropédica post cirugía traumatológica en intervención efectuada en el Hospital Universitario Infanta Elena (en adelante HUIE9 el 19 de junio de 2015. Según el reclamante, a resultas de la intervención sufrió una lesión tipo abrasión de aproximadamente 6x5 cm de forma ovalada, que le ocasionaba fuertes e intensos dolores. Como consecuencia, hubo de ser sometido, con fecha 22 de julio de 2015, a una nueva intervención por el Servicio de Cirugía Plástica del Hospital Universitario de Getafe. Recibió el alta hospitalaria en el citado Servicio de Cirugía Plástica el 6 de mayo de 2016.

SEGUNDO.- En relación con el contenido de la reclamación, la consulta del expediente administrativo ha puesto de manifiesto los siguientes hechos:

on fecha 6 de mayo de 2015, el paciente, de 61 años de edad, fue intervenido en el HUIE de un neuroma de Morton en segundo y tercer espacio intermetatarsal del pie derecho, ante el fracaso de los tratamientos conservadores. Durante el postoperatorio aparece una dehiscencia de la herida que no cierra por segunda intención, por lo que se lleva a cabo un procedimiento quirúrgico de lavado y cierre de la herida el 19 de junio de 2015, con inmovilización mediante férula suropédica.

Con fecha 20 de junio de 2015, el paciente acude al Servicio de Urgencias del hospital por molestias en la pantorrilla derecha. El informe de alta del citado servicio, de la misma fecha, manifiesta la existencia de *“lesión tipo abrasión de aproximadamente 6x5 cm. Forma ovalada, sin signos de infección”*. Se le realiza cura colocándole de nuevo la escayola. Se realizan nuevas curas con valoración por enfermería los días 24 de junio, 1, 3 y 9 de julio.

El 10 de julio de 2015, el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica emite nuevo informe, constatando que la herida sigue en las mismas condiciones, y añadiendo la presencia de una placa de aproximadamente 10X10 cm en el gemelo, consecuencia de una quemadura que le realizó el yeso, remitiendo al paciente al Servicio de Cirugía Plástica del hospital Universitario de Getafe para valoración.

El 22 de julio de 2015, el reclamante es sometido a nueva intervención por el citado Servicio de Cirugía Plástica, donde se le realizó una escisión tangencial hasta plano sano y cobertura con autoinjerto mallado obtenido de la cara posterolateral de su pierna derecha. Es dado de alta el mismo día de la intervención, con remisión a controles periódicos. El alta definitiva se produce el 6 de mayo de 2016.

TERCERO.- Recibida la reclamación, por oficio de 8 de junio de 2016, de la jefa del Área de Responsabilidad Patrimonial y Actuaciones Administrativas del SERMAS, se informó a los interesados de la tramitación del procedimiento, del plazo para su resolución y del sentido de un posible silencio administrativo.

En el transcurso del procedimiento se ha recabado por parte del instructor el informe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del HUIE, siendo suscrito por el jefe de servicio en la fecha del 29 de junio de 2016. En el mismo, tras explicar el seguimiento realizado al paciente en las diversas consultas a la que fue llevado, y aclarar algún aspecto de las mismas en relación con las afirmaciones vertidas en el escrito de reclamación, se señala explícitamente:

“Tanto la dehiscencia de la herida quirúrgica como la aparición de lesiones cutáneas tras la inmovilización de miembros, son complicaciones que aparecen en la práctica clínica habitual, siendo más frecuentes en pacientes diagnosticados de diabetes mellitus” Sin embargo, concluye manifestando que “las quemaduras en relación al uso del yeso, están descritas en la literatura y relacionados tanto con la técnica (la temperatura del agua de fraguado, el grosor del yeso, la falta de ventilación de la extremidad) como con las condiciones específicas del paciente, diagnosticado en el presente caso de diabetes mellitus”.

Por su parte, la Inspección Sanitaria emite informe con fecha 30 de noviembre de 2016, en el que respecto al mecanismo de producción de la quemadura en la cara posterior de la pierna derecha, determina que *“los datos objetivos que obran en la historia clínica no permiten establecer con total precisión cual fue el mecanismo de producción de la quemadura...por lo que no se puede objetivar si la producción de la citada quemadura fue debida a la realización incorrecta del procedimiento terapéutico*

consistente en la implantación de la férula o fue inevitable a pesar de la correcta realización de citado procedimiento terapéutico”.

Concluida la instrucción, mediante oficio de 18 de marzo de 2019 se otorgó el trámite de audiencia a los reclamantes y demás interesados, formulándose exclusivamente alegaciones por parte del HUIE, oponiéndose a las pretensiones del actor y avalando su actuación conforme a la *lex artis*.

Formalizado el trámite de audiencia, el viceconsejero de Sanidad ha formulado propuesta de resolución de 24 de junio de 2019 en el sentido de estimar la reclamación concediéndole al reclamante una indemnización de 7.683,67 euros.

Emitida la propuesta de resolución se ha formulado consulta que ha tenido entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el 27 de junio de 2018, dando lugar al expediente nº 315/18 que ha correspondido al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 26 de septiembre de 2019.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación que, numerada y foliada, se consideró suficiente.

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 su Ley 7/2015, de 28 de noviembre, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de 11/14las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP). Así se deduce del hecho de haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC), en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

La persona que formula la reclamación ostenta legitimación activa para deducir la pretensión de responsabilidad patrimonial, al ser la persona directamente afectada por la asistencia sanitaria pretendidamente deficiente.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid pues la asistencia sanitaria se prestó en el Hospital Universitario Infanta Elena en virtud del concierto que ese centro sanitario tiene suscrito con la Comunidad de Madrid, toda vez que resulta

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, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder. En este sentido se manifestó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid cuyo criterio ha sido reiterado por esta Comisión Jurídica Asesora (vgr. dictámenes 112/16, de 19 de mayo y 566/18, de 27 de diciembre) en los que se asume la doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada, entre otras, en las Sentencias de 30 de enero (r.1324/2004) y de 6 de julio de 2010 (r. 201/2006).

Por lo que se refiere al plazo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC, el derecho a reclamar prescribe en el transcurso de un año a contar desde el hecho causante o de manifestarse su efecto lesivo. Este plazo se contará, en el caso de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En el presente supuesto, sin perjuicio de que el alta definitiva del paciente se produjo el 6 de mayo de 2016, el escrito de reclamación tiene entrada en el Servicio Madrileño de Salud el 2 de junio de 2016, en plazo, pues la intervención quirúrgica de la que deriva la lesión objeto de reclamación se llevó a cabo el 19 de junio de 2015.

En cuanto a los trámites cumplimentados a lo largo del procedimiento, se ha recabado informe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del HUIE según exige el artículo 10.1 del RPRP y se ha incorporado un informe de la Inspección Médica sobre los hechos que motivan la reclamación, así como las historias clínicas de la atención sanitaria prestada al reclamante no solo en dicho servicio, sino también en el Hospital Universitario de Getafe. Después de ello, se ha otorgado a los reclamantes el trámite de audiencia previsto en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP y se ha elaborado la propuesta de resolución.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial del Estado se recoge en el art. 106.2 de la Constitución Española, que garantiza el derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, en los términos establecidos por la ley, previsión desarrollada por la LRJSP en su Título Preliminar, Capítulo IV, artículos 32 y siguientes. Regulación que, en términos generales, coincide con la que se contenía en los artículo 139 y siguientes de la LRJ-PAC.

La viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración, según doctrina jurisprudencial reiterada, por todas, las Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2018 (recurso de casación 5006/2016), de 11 de julio de 2016 (recurso de casación 1111/2015) y 25 de mayo de 2016 (recurso de casación 2396/2014), requiere conforme a lo establecido en el art. 139 LRJ-PAC:

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. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 2007 (Recurso 10231/2003), con cita de otras muchas declara que *“es doctrina jurisprudencial consolidada la que sostiene la exoneración de responsabilidad para la Administración, a pesar del carácter objetivo de la misma, cuando es la conducta del propio perjudicado, o la de un tercero, la única determinante del daño producido aunque hubiese sido incorrecto el funcionamiento del servicio público (Sentencias, entre otras, de 21 de marzo, 23 de mayo , 10 de octubre y 25*

de noviembre de 1995, 25 de noviembre y 2 de diciembre de 1996 , 16 de noviembre de 1998 , 20 de febrero , 13 de marzo y 29 de marzo de 1999)".

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 (recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) *“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 la asistencia sanitaria, 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.

Según la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (Sección 5ª) de 15 de marzo de 2018 (recurso de casación 1016/2016), la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación médica o sanitaria, como reiteradamente ha señalado dicho Tribunal (por todas, sentencias de 21 de diciembre de 2012 (recurso de casación núm. 4229/2011) y 4 de julio de 2013, (recurso de casación núm. 2187/2010) que *«no resulta suficiente la existencia de una lesión*

(que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis como modo de 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”, por lo que “si no es posible atribuir la lesión o secuelas a una o varias infracciones de la lex artis, no cabe apreciar la infracción que se articula por muy triste que sea el resultado producido” ya que “la ciencia médica es limitada y no ofrece en todas ocasiones y casos una respuesta coherente a los diferentes fenómenos que se producen y que a pesar de los avances siguen evidenciando la falta de respuesta lógica y justificada de los resultados”.

Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las Sentencias de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010)) y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales *“puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido”*, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal.

QUINTA.- Centrado así el objeto de la reclamación, vamos a analizar el reproche del reclamante, partiendo de lo que constituye la

regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. Ello por mor del artículo 217 de la Ley 1/2000 de Enjuiciamiento Civil.

En este sentido se ha pronunciado, entre otras, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de noviembre de 2018 (recurso 309/2017), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En particular, *“las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica”*.

En el presente supuesto, admitiendo la efectividad del daño, tal y como se desprende de la historia clínica del paciente, si bien el interesado no aporta ningún dictamen médico que avale la posible infracción de la *lex artis*, sí es cierto que tanto el informe del jefe del servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del HUIE como el de la inspección médica consideran como una hipotética causa determinante de la quemadura sufrida por el paciente *“la realización incorrecta del procedimiento terapéutico consistente en la implantación de la férula”*. Así las cosas, resulta de aplicación en este caso la jurisprudencia, según la cual, *“probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible”*. En este sentido se manifiesta la Sentencia del Tribunal Superior de Andalucía de 24 de enero de 2019 (recurso 613/2015), que se hace eco de otras sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 (recurso de casación 273/03) y de 2 de noviembre de 2007 (recurso de casación 9309/03) en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas, en las que se atribuye a la Administración, el deber de dar una explicación razonable de lo sucedido. Podemos reproducir por su claridad la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 6ª) de 27 de junio de 2008, que se pronuncia en los

siguientes términos: “(...) *Es verdad que la carga de la prueba pesa sobre quien formula la pretensión indemnizatoria; pero es igualmente claro que en un caso como éste, con todos los indicios mencionados, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido*”.

En el presente supuesto, la propia Inspección Sanitaria reconoce que los datos objetivos que obran en la Historia Clínica “*no permiten establecer con total precisión cuál fue el mecanismo de producción de quemadura en la cara posterior de la pierna derecha por lo que no se puede objetivar si la producción de la citada quemadura fue debida a la realización incorrecta del procedimiento terapéutico...*”

Partiendo de la consideración de que el informe de la Inspección Sanitaria obedece a criterios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias, entre ellas la dictada el 22 de junio de 2017 (recurso 1405/2012): “*...sus consideraciones médicas y sus conclusiones constituyen un elemento de juicio para la apreciación técnica de los hechos jurídicamente relevantes para decidir la litis, puesto que, con carácter general, su fuerza de convicción deviene de los criterios de profesionalidad, objetividad, e imparcialidad respecto del caso y de las partes que han de informar la actuación del médico inspector, y de la coherencia y motivación de su informe*”, hemos de concluir que la mera confusión objetiva en torno a la causa que origina el daño sufrido por el particular no puede exonerar a la Administración de resarcir el daño efectivamente causado, si bien el presente supuesto es preciso atemperar la responsabilidad administrativa en función de las circunstancias personales del reclamante. En efecto, el consentimiento firmado por el paciente con carácter previo a la intervención, ya aludía que por las circunstancias especiales de cada paciente hay que esperar riesgos adicionales en pacientes con enfermedades como diabetes que, en su

tipo mellitus, padece el actor y que dificulta la cicatrización posterior a cualquier proceso quirúrgico.

SEXTA.- Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RPRP, pronunciarse sobre la concreta valoración del daño solicitado.

El reclamante no fija la cuantía de la indemnización, siendo la Administración, a través del informe pericial de 7 de marzo de 2019 incorporado al expediente y contenido en la propuesta de resolución, la que la determina en la cantidad de 7683,67 euros, resultante de minorar en un 50% la valoración contenida en dicho informe en atención al factor de predisposición, la diabetes mellitus que padece el actor.

Dicha valoración comprende 1 día de ingreso hospitalario (22.07.15), a razón de 71,84 €, para la intervención de escisión tangencial de la quemadura profunda y cobertura con autoinjerto de la cara posterolateral de la pierna; 63 días impeditivos, a razón de 58,41 €, en dos periodos: el primero, de 32 días, del 20.06.15 al 22.07.15 (fecha de cirugía); y el segundo, de 31 días más por el período postquirúrgico más agudo y 258 días no impeditivos, hasta la fecha de alta en el Servicio de Cirugía Plástica del Hospital Universitario de Getafe, a razón de 31,43 €. Desde el punto de vista secuelar, se contempla perjuicio estético ligero (valor de entre 1 y 6 puntos), determinando 3 puntos, por la cicatriz residual de la quemadura y de la zona de toma del injerto cutáneo.

Esta Comisión considera adecuada dicha cuantía indemnizatoria fijada por la Administración en la propuesta de resolución remitida.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial al haberse acreditado mala praxis en la asistencia sanitaria al reclamante, debiéndose ser indemnizado en la cuantía de 7.683,67 euros, con la actualización correspondiente a la fecha de finalización del procedimiento.

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 26 de septiembre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 369/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid