

Dictamen nº: **194/23**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **20.04.23**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 20 de abril de 2023, 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 procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por D., en nombre y representación de su hija menor de edad,, por los daños y perjuicios sufridos por la niña que atribuye a la extracción incorrecta de dos piezas dentales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 5 de julio de 2022, la persona citada en el encabezamiento, representado por una abogada, presentó un escrito en la Comunidad de Madrid en el que relataba que su hija, nacida el 20 de septiembre de 2013, había sido tratada por el Servicio de Cirugía Maxilofacial Pediátrica del Hospital Universitario La Paz, por problemas con los dientes de leche, con el diagnóstico de *"lingulización de la erupción de 2 piezas dentales y la ausencia de exfoliación de otras 2 piezas. Existiendo compromiso de espacio en las piezas dentales, piezas 72 y 82"*.

El escrito continuaba señalando que el 7 de octubre de 2021 se procedió a la intervención quirúrgica mediante la exodoncia de las piezas dentales 71 y 81 y que, tras la intervención, el padre se percató de que las piezas extraídas no eran las correctas por lo que lo puso en conocimiento del personal que Enfermería que avisó al cirujano. Tras realizar una radiografía de urgencia, el cirujano confirmó que los dientes extraídos no eran los correctos, si bien, dada la posición de las raíces de las piezas definitivas que se dejaron y la situación dentaria, consideró que era mejor no reimplantarlas y esperar el reposicionamiento de las otras. La menor fue dada de alta a las horas de la intervención quirúrgica.

El reclamante explicaba que, el 15 de octubre de 2021, puso los hechos en conocimiento del hospital. Refería que la contestación que recibió del centro hospitalario fue lo informado por el especialista que había tratado a la niña, en los siguientes términos:

“...Al consignar en la historia clínica las piezas, estas se indicaron mal por mi parte, consignando las piezas 71 y 81 en vez de indicar las piezas 72 y 82. Debido a la programación quirúrgica, dicha cirugía no fue realizada por mí, por lo que siguiendo las indicaciones de la historia clínica el cirujano procediera a la exodoncia de las piezas incorrectas. Una vez detectado en el hospital de día el error, se procedió a realizar una radiografía y que dada la posición de las raíces de las piezas definitivas que se dejaron y la situación dentaria era mejor no reimplantarlas y esperar el reposicionamiento de las otras. Se ha visto a la paciente en consultas externas y se va a seguir a la misma para ver la evolución del caso y el posicionamiento dental, así como la evolución de las piezas deciduales que han quedado en boca. Actualmente no podemos saber el futuro de dichas piezas y de los tratamientos que va a ver que realizar sobre las mismas”.

El escrito de reclamación continuaba relatando que, ante la situación descrita, se había llevado a la niña a un centro privado y que tras la valoración había informado que se pretendía recuperar *“mediante implantes y prótesis posteriores los dientes, que se llevará a cabo en dentición permanente completa pasado el crecimiento completo de la paciente. Durante el crecimiento y desarrollo y hasta llegar a la última fase se plantea prótesis provisionales que han de ser repuestas periódicamente y alternadas con el consiguiente tratamiento ortodóncico. Se establece la finalización del tratamiento alrededor de los 18-20 años de edad, es decir dentro de 10-12 años”*.

El padre de la niña explicaba que habían iniciado el tratamiento y abonado facturas por valor de 1.760 euros.

En virtud de todo lo expuesto, el escrito de reclamación consideraba que concurrían los requisitos para declarar la responsabilidad de la administración, por cuanto las secuelas y daños, eran consecuencia de una mala praxis médica, debido a la equivocación en la exodoncia de las piezas dentales 71 y 81, por equivocación del especialista a la hora de anotar las mismas.

El escrito de reclamación acababa solicitando una indemnización de 60.593 euros, correspondiendo 58.833 euros a las secuelas padecidas teniendo en cuenta la edad, los años de tratamiento, molestias, daño estético y morales, según el baremo establecido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, para el año 2022, que se tomaba de referencia y 1.760,00 euros de los gastos abonados.

El escrito se acompañaba con el certificado de apoderamiento *apud acta* en el archivo electrónico de apoderamientos judiciales; informes de la asistencia en el Hospital Universitario La Paz y en el centro privado;

el escrito de contestación a la reclamación de 15 de octubre de 2021 y diversas facturas (folios 1 a 18 del expediente).

Consta que a requerimiento del instructor del procedimiento se aportó el libro de familia de la menor interesada.

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

La niña, nacida el 20 de septiembre de 2013, ingresó de forma programada en el Hospital Universitario La Paz, el 7 de octubre de 2021, con el diagnóstico de ausencia de exfoliación de las piezas dentales 71 y 81. Bajo anestesia local y sedación, se realizó la exodoncia de esas dos piezas, así como de la 62 con movilidad grado II/III.

Consta en el folio 35 el protocolo quirúrgico donde figura que, en la reanamnesis, los padres explicaron que los incisivos centrales ya eran definitivos y que se tenían que haber exodonciado las piezas dentales 72 y 82. Se solicitó ortopantomografía urgente apreciando 72 y 82 con raíz completa, sin reabsorción radicular, por lo que dado el pronóstico se decidió no reimplantación.

No consta en la documentación médica examinada asistencia posterior a la menor en el centro hospitalario.

TERCERO.- Presentada la reclamación, se acordó la instrucción del expediente conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Se ha incorporado al procedimiento la historia clínica de la paciente del Hospital Universitario La Paz (folios 25 a 46).

Asimismo, consta en el procedimiento el informe de 31 de agosto de 2022 del jefe del Servicio de Cirugía Oral y Maxilofacial del referido

hospital que se limita a indicar que los hechos ocurrieron tal y como expresa el reclamante y que, desde entonces, se ha realizado un seguimiento exhaustivo de la paciente para evaluar su desarrollo cráneo-facial y planear las actitudes terapéuticas a realizar en el futuro.

Consta que se requirió al padre de la niña para que aportase un presupuesto detallado (en la medida de lo posible) de los gastos futuros que habría de afrontar la menor, a los que se hacía referencia en el informe del centro privado aportado con el escrito de reclamación.

En contestación a dicho requerimiento, el reclamante adjuntó un informe del referido centro privado en el que se indicaba que la paciente, de 8 años de edad, acudió a consulta el 22 de diciembre de 2021 presentando ausencia de 2 incisivos inferiores permanentes y que el tratamiento finalizaría cuando hubiera completado su crecimiento y desarrollo mandibular, (lo cual sucede alrededor de los 18 – 20 años de vida). Explicaba que a lo largo de los años la paciente requerirá tratamiento ortodóncico y de prótesis para suplementar los dientes perdidos y que, al finalizar su periodo de crecimiento, los dientes serían repuestos mediante implantología. Por último, indicaba que dados los avances científicos que podían suceder en ese largo periodo de tiempo era imposible hacer un cálculo de lo que supondría el tratamiento dentro de 10 años.

Figura también en el expediente el informe de valoración del daño emitido a instancias del Servicio de Madrileño de Salud, que tras analizar la historia clínica de la menor interesada y la indemnización solicitada, expone que la reclamación incurre en una indeterminación en general a la hora de establecer exactamente las secuelas, el daño estético, el tiempo de tratamiento, etc., ya que se debería haber incluido un desglose de dichos conceptos para poder valorar independientemente cada uno de ellos. En todo caso, el informe realiza un detallado análisis de los conceptos indemnizatorios y propone el

resarcimiento en base a 1 punto de secuela (924,78 euros); 38 días de perjuicio personal básico (1.201,18 euros); dos intervenciones quirúrgicas (1.475 euros), y los perjuicios patrimoniales por lesiones temporales (4.300 euros) y por lesiones permanentes (3.300 euros). En total, 11.200,96 euros.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia al reclamante que formuló alegaciones el 3 de febrero de 2023 oponiéndose al informe de valoración del daño corporal. En primer lugar, indicó que se había teniendo en cuenta la edad de 9 años erróneamente, ya que la niña contaba con 8 años de edad en el momento de los hechos. Consideró que la secuela debía valorarse en dos puntos y debía apreciarse el perjuicio estético en 13 puntos. En cuanto al perjuicio patrimonial, daño emergente, estimaba que teniendo en cuenta que no se podía saber el tratamiento que iba a necesitar, estableciéndose una cantidad máxima de 59.512,80 euros por recambio de la prótesis y ortesis, consideraba adecuado establecer por cada diente una cantidad moderada de 19.837,60 euros por todo el tratamiento, lo que suponía la cantidad de 39.675,20 euros. Todo ello ascendería a 64.626,09 euros, más la cantidad de 1.760 euros por facturas abonadas.

Finalmente, el 3 de marzo de 2023 se formuló propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación por un importe de 11.200,96 euros, sin perjuicio de su actualización a la fecha que se ponga fin al procedimiento.

CUARTO.- La solicitud de dictamen ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 9 de marzo de 2023, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada por el Pleno de este órgano consultivo en su sesión de 20 de abril de 2023.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros, y a solicitud del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en 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, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se regula en la LPAC de conformidad con su artículo 1.1, con las particularidades previstas para los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los artículos 67, 81 y 91. Su regulación debe completarse con lo dispuesto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en lo sucesivo, LRJSP), cuyo capítulo IV del título preliminar se ocupa de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

La menor ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, conforme a lo dispuesto en el artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la LRJSP, al ser la persona que recibió la asistencia sanitaria reprochada. Actúa debidamente representada por su padre, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil, que atribuye a los padres la

representación legal de los hijos menores no emancipados. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco mediante copia del libro de familia.

No obstante, el progenitor actúa representado por una abogada que presenta para acreditar dicha representación un certificado de inscripción de apoderamiento *apud acta* en el archivo electrónico de apoderamientos judiciales. Dicho apoderamiento *apud acta* ante un letrado de la Administración de Justicia no es válido para actuar ante una Administración pública y, de hecho, el propio certificado limita su validez a actuaciones judiciales. Por ello no puede tenerse por acreditada fehacientemente la representación a los efectos del artículo 5 de la LPAC. No obstante, puesto que se ha tramitado el procedimiento, y sin perjuicio de que la Consejería de Sanidad deba requerir la acreditación de esa representación, se procederá a examinar el fondo de la reclamación.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria reprochada se prestó por el Hospital Universitario La Paz, centro hospitalario integrado en la red sanitaria pública.

En cuanto al plazo para el ejercicio del derecho a reclamar, es de un año contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el presente caso, la menor fue intervenida el 7 de octubre de 2021 con alta hospitalaria ese mismo día, por lo que la reclamación interpuesta el 5 de julio de 2022 se habría formulado en plazo legal, con independencia de la fecha de curación o de determinación de las secuelas.

En cuanto al procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación de responsabilidad patrimonial, se observa que en cumplimiento del artículo 81 de la LPAC se ha emitido informe por el

servicio implicado en la asistencia sanitaria reprochada y así se emitió informe por el jefe del Servicio de Cirugía Oral y Maxilofacial del Hospital Universitario La Paz. Además, se han incorporado un informe de valoración del daño emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud y la historia clínica de la menor. Además, se ha conferido trámite de audiencia a la interesada. Tras la tramitación completa del procedimiento, se ha redactado la propuesta de resolución en sentido estimatorio parcial de la reclamación de responsabilidad planteada.

No obstante, se observa que en este caso no se ha recabado el informe de la Inspección Sanitaria, que, aunque con carácter general no tiene carácter preceptivo, esta Comisión viene resaltando, entre otros muchos en el Dictamen 499/18, de 22 de noviembre, el especial valor de su opinión, tal y como también reconoce el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, así la Sentencia de 24 de mayo de 2022 (recurso 786/2020), entre otras muchas. Se considera así que, la adecuada resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el ámbito sanitario requiere una cualificada valoración profesional y objetiva, que no puede ser sustituida por las apreciaciones del instructor, considerando especialmente valioso a tal fin el criterio de la Inspección. Sin embargo, en este caso, no consideramos necesaria la retroacción del procedimiento para recabar ese informe, teniendo en cuenta que, como a continuación analizaremos, no existe controversia sobre los hechos reclamados y se ha reconocido por la Administración el error cometido en la asistencia sanitaria reprochada.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se recoge en el artículo 106.2 de la Constitución Española y 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.

Según constante y reiterada jurisprudencia, el sistema de responsabilidad patrimonial presenta las siguientes características: a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral.

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 con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo

imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de marzo de 2022 (recurso 771/2020), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, «*el hecho de que la responsabilidad extracontractual de las Administraciones públicas esté configurada como una responsabilidad objetiva no quiere decir, ni dice, que baste con haber ingresado en un centro hospitalario público y ser sometido en el mismo al tratamiento terapéutico que el equipo médico correspondiente haya considerado pertinente, para que haya que indemnizar al paciente si resultare algún daño para él. Antes, al contrario: para que haya obligación de indemnizar es preciso que haya una relación de nexo causal entre la actuación médica y el daño recibido, y que éste sea antijurídico, es decir: “que se trate de un daño que el paciente no tenga el deber de soportar, debiendo entenderse por daño antijurídico, el producido (cuando) no se actuó con la diligencia debida o no se respetó la lex artis ad hoc”*».

En consecuencia lo único que resulta exigible a la Administración Sanitaria “... es 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 este tipo de responsabilidad es una indebida aplicación de medios para la obtención de resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente” (STS Sección 6ª Sala C-A, de 7 marzo 2007).

En la mayoría de las ocasiones, la naturaleza jurídica de la obligación de los profesionales de la medicina no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo, obligación del resultado, sino una obligación de medios, es decir, se obligan no a curar al enfermo, sino únicamente a dispensarle las atenciones requeridas, según el estado de la ciencia (SSTS de 4 de febrero y 10 de julio de 2002 y de 10 de abril de 2003).

En definitiva, el título de imputación de la responsabilidad patrimonial por los daños o perjuicios generados por el funcionamiento normal o anormal de los servicios de asistencia sanitaria, no consiste sólo en la actividad generadora del riesgo, sino que radica singularmente en el carácter inadecuado de la prestación médica llevada a cabo, que puede producirse por el incumplimiento de la lex artis o por defecto, insuficiencia o falta del servicio.

A lo anterior hay que añadir que no son indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido evitar o prever según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento que se producen aquéllos, de suerte que si la técnica empleada fue correcta de acuerdo con el estado del saber, el daño producido no sería indemnizable por no tratarse de una lesión antijurídica sino de un riesgo que el paciente tiene el deber de soportar y ello aunque existiera un nexo causal.

En la asistencia sanitaria el empleo de la técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido ya que cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si a pesar de ello causó el daño o más bien pudiera obedecer a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente».

CUARTA.- En este caso, como hemos visto en los antecedentes de este dictamen, el reclamante reprocha que, en la intervención quirúrgica realizada a su hija, el 7 de octubre de 2021, en el Hospital Universitario La Paz, se realizó por error la exodoncia de las piezas dentales 71 y 81, que eran definitivas, en lugar de la 72 y 82, que eran las previstas según lo indicado por el especialista que venía tratando a la menor. Como consecuencia de dicho error, se reclamaban las secuelas padecidas por la niña teniendo en cuenta la edad, los años de tratamiento, molestias, perjuicio estético y daños morales, así como los gastos ya abonados en un centro privado.

No resulta controvertido en el expediente que los hechos ocurrieron tal y como relata el padre de la niña pues así se constata en la historia clínica, y ha sido reconocido por el jefe del Servicio de Cirugía Oral y Maxilofacial del referido hospital, implicado en el proceso asistencial de la menor. De esta manera, en lugar de extraerse las piezas dentales 72 y 82, que eran las previstas, según el seguimiento que estaba recibiendo la menor por el Servicio de Cirugía Maxilofacial Pediátrica del Hospital Universitario La Paz, en la intervención quirúrgica programada del día 7 de octubre de 2021, se exodonciaron por error las piezas 71 y 81 que eran piezas definitivas, lo que se constató en una ortopantomografía urgente realizada tras el acto quirúrgico.

Como es sabido, de acuerdo con la jurisprudencia no todo error médico supone necesariamente la existencia de responsabilidad patrimonial por mala praxis, al existir circunstancias que pueden explicar aquél en determinadas circunstancias, pero también es cierto con arreglo a esa misma jurisprudencia que *“probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible”*. Así lo demanda el principio de la *“facilidad de la prueba”*, que recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 6 de febrero de 2019 (recurso 538/2017) con cita de la

jurisprudencia del Tribunal Supremo, (así la Sentencia de 16 de febrero de 2012).

En este caso, no se ha tratado de justificar la actuación, sino que se ha reconocido que el error en la cirugía se produjo por el especialista de Cirugía Maxilofacial Pediátrica que trataba a la niña que al consignar en la historia clínica las piezas afectadas las indicó de manera incorrecta, consignando las piezas 71 y 81 en vez de indicar las piezas 72 y 82. La cirugía no fue realizada por dicho especialista, por lo que el cirujano que la practicó, al seguir las indicaciones de la historia clínica, procedió a la exodoncia de las piezas incorrectas.

La actuación descrita constituye una infracción de la *lex artis ad hoc* generadora de un daño antijurídico a la menor que no está obligada a soportar.

QUINTA.- Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 34 de la LRJSP, pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados para lo que habrá que acudir como criterio orientador al baremo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

Como hemos expuesto en los antecedentes, el escrito inicial de reclamación, solicitaba una indemnización de 60.593 euros, correspondiendo 58.833 euros “a las secuelas padecidas, teniendo en cuenta la edad, los años de tratamiento, molestias, daño estético y morales”, sin mayor concreción, y 1.760,00 euros por los gastos abonados en un centro privado, aportando facturas al efecto. Tras requerimiento de la Administración, para que se aportase un presupuesto detallado (en la medida de lo posible) de los gastos futuros que habría de afrontar la menor, a los que se hacía referencia en el informe del centro privado aportado con el escrito de reclamación, se adjuntó un informe de dicho centro en el que de manera poco precisa se

explicó que el tratamiento finalizaría cuando la menor hubiera completado su crecimiento y desarrollo mandibular, (lo cual situaba alrededor de los 18 – 20 años de vida) y que a lo largo de los años la paciente requerirá tratamiento ortodóncico y de prótesis para suplementar los dientes perdidos y que, al finalizar su periodo de crecimiento, los dientes serían repuestos mediante implantología.

Frente a la indefinición de lo reclamado por el padre de la niña, se ha aportado al procedimiento un informe de valoración del daño emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud, en el que se analizan con detenimiento los daños indemnizables según los conceptos expuestos de manera genérica en la reclamación.

Así las cosas, y atendiendo a lo expresado en este último informe, dada su mayor coherencia y fundamentación, cabe reconocer los siguientes daños indemnizables:

- Por lo que se refiere a la secuela consistente en la pérdida de dos incisivos, el informe pericial le asigna un punto, teniendo en cuenta la secuela 02054 que valora la pérdida de los incisivos (o caninos) con 1 punto de secuela por cada uno de los dientes. Al proponerse la rehabilitación posterior mediante implantología, como es el caso, se debería realizar un descuento del 75%, según la tabla correspondiente (*“en caso de tratamiento con prótesis removible se reducirá la puntuación en un 25%. Si la prótesis es fija la puntuación se reducirá en un 50%. La colocación de un implante osteointegrado supondrá la reducción de un 75%. El porcentaje se aplicará sobre el total del valor de la suma de los dientes rehabilitados”*). Según el escrito de oposición al informe de valoración del reclamante, dicha secuela debería valorarse en dos puntos al proponerse prótesis removibles (reducción del 25% según la tabla), pero lo cierto es que en el informe del centro privado se habla de implantología, por lo que parece razonable asignarle un punto.

Ahora bien, el informe de valoración del daño parte de una edad de 9 años, si bien en el momento de los hechos la niña tenía 8 años por lo que el importe correspondiente a ese concepto sería de 927,71 euros, en lugar de los 924,78 euros que recoge el informe.

- Perjuicio personal básico. Para razonable la explicación ofrecida en el informe de valoración del daño que lo fija en 17 días, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido entre la exodoncia de los dientes, la colocación de implantes y la fabricación de las prótesis sobre implantes. A ello añade 21 días para la realización de unos provisionales adecuados. En total 38 días, lo que arroja una cifra de 1.201,18 euros.

- No cabe considerar un perjuicio personal particular según el informe al no existir constancia de días de hospitalización, pérdida de clases o cualquier otra circunstancia que hiciese pensar en la pérdida o alteración de actividades específicas de desarrollo personal.

Sí deben valorarse las intervenciones quirúrgicas, siendo razonable la indemnización de la exodoncia errónea, que el informe de valoración incluye en el Grupo 0 y valora en 550 euros, el máximo posible al haberse producido en ámbito hospitalario y con sedación, y la futura realización de implantes como cirugía del grupo IV y valorada en 925 euros.

- El informe indica que el tratamiento de ortodoncia no está en absoluto justificado. Indica que a la lesionada se le retiraron los dientes 31 y 41, los dientes centrales mandibulares, y que, por tanto, con mantener el espacio que ha quedado mediante una prótesis removible o un arco lingual sería suficiente para que posteriormente se pudieran reponer los dientes ausentes. El informe considera que tratar de introducir un tratamiento de ortodoncia es un claro beneficio económico injustificado de la situación, pues viene a colocar el resto de los dientes de la lesionada, que nada tiene que ver con la actuación realizada en el Hospital Universitario La Paz.

El informe añade que no es para nada razonable indicar que la lesionada acabará el crecimiento sobre los 20 años contra todo conocimiento científico y sin justificar de ningún modo, pues lo esperable es que la lesionada finalice el crecimiento como cualquier niña, entre los 15-16 años (según la bibliografía que aporta). En cualquier caso, señala que se han realizado ortopantomografías de la lesionada que podrían ayudar a determinar la edad de maduración ósea y si finalizará el crecimiento antes o después de esa fecha, puesto que una cosa es la edad biológica y otra la edad cronológica. Añade que independientemente del desarrollo individual de la lesionada o de cuándo será el mejor momento para colocar implantes, a efectos de valoración del daño sólo afecta a los gastos futuros de prótesis y órtesis, puesto que el tratamiento de ortodoncia que se propone no está justificado, según lo expuesto.

Para el informe de valoración del daño, el único tratamiento razonable consiste en la colocación de uno o varios provisionales durante unos años hasta que se coloquen los implantes, y la colocación de los implantes y coronas definitivas.

En cuanto dicho tratamiento, que es el que consideramos oportuno indemnizar dada la falta de explicación técnica aportada por el reclamante para justificar el tratamiento de ortodoncia propuesto por el centro privado, el informe de valoración del daño considera un implante y corona de zirconio por 1.100 euros por diente, siendo por lo tanto 2.200 euros. El provisional lo valora en 300 euros y considerando la realización de un provisional por año hasta los 16 años, por lo tanto, un importe de 2.100 euros, aunque considera 7 provisionales cuando deberían ser 8, según la edad de la niña en el momento de los hechos, y, por tanto, 2.400 euros.

- En cuanto al daño estético. El informe considera que son secuelas y perjuicios estéticos aquellos que permanecen una vez

finalizado el proceso de curación (artículo 101.2 del Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, “*el perjuicio estético es el existente a la finalización del proceso de curación del lesionado*”), por lo que si a la niña se le reponen los dientes mediante implantes no existe ningún perjuicio estético. En todo caso, los días que estuvo sin dientes desde la exodoncia hasta la colocación de los provisionales se ha valorado como lesión temporal e indemnizado como perjuicio personal básico.

- Además, según el informe, parece razonable indemnizar como perjuicio patrimonial los gastos futuros en prótesis y órtesis que precise la niña a lo largo de su vida. El informe considera que los implantes se pueden colocar sin problema sobre los 16-17 años, estando poco justificado la espera hasta los 20 años. Por ello, teniendo en cuenta que, según el INE, la esperanza de vida de una mujer nacida en 2012 es de 85,1 años, y que el tratamiento puede durar perfectamente 20-25 años, se precisarán 3 reposiciones a lo largo de la vida de la niña (37, 57 y 77 años). De esta manera, calcula 2 coronas sobre implantes a un importe de 1.100 euros (550 cada una) con 3 reposiciones, dan un total de 3.300 euros.

- En cuanto a posibles daños morales, que invoca de manera genérica el escrito de reclamación, cabe recordar que como recoge, entre otras, la Sentencia de 31 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo (así la Sentencia de 6 de abril de 2006) “*los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales*” y “*la situación básica para que pueda darse un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia*”, constituyendo “*estados de ánimo permanentes de una cierta intensidad (...)*”. En la Sentencia de 14 de marzo de 2007, se mantiene que “a

efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración se incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave”.

Ahora bien, al igual que el daño patrimonial, el daño moral debe ser probado y, en este caso, el reclamante no ha aportado prueba alguna del daño que aduce y en qué medida la asistencia sanitaria reprochada ha repercutido en la esfera psicofísica de la niña en los términos que recogen las sentencias anteriormente citadas.

- Respecto a las facturas de gastos abonados, el informe considera que se incluyen conceptos como selladores, limpieza bucal o colocación de flúor que nada tienen que ver con la exodoncia de las piezas dentales y por tanto no deben incluirse en la indemnización.

En definitiva, por todos los conceptos que hemos considerado indemnizables debería abonarse a la perjudicada una cantidad de 11.503,89 euros, que deberá actualizarse a la fecha que se ponga fin al procedimiento conforme a lo dispuesto en el artículo 34 de la LRJSP.

Por todo cuanto antecede, esta Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la presente reclamación y abonarse una indemnización de 11.503,89 euros, que deberá actualizarse a la fecha que se ponga fin al procedimiento, previa subsanación del defecto de representación observado.

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 20 de abril de 2023

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 194/23

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid