

Dictamen n^o: **252/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **18.05.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 18 de mayo de 2011, 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 S.G.L. sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, por los daños y perjuicios que el defectuoso proceso asistencial recibido por parte de la Fundación A le ha ocasionado, por supuesto retraso en el diagnóstico de un tumor.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante oficio de 4 de abril de 2011, registrado de entrada el día 8, 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 18 de mayo de 2011.

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

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

Mediante escrito presentado en el Servicio Madrileño de Salud con fecha 18 de agosto de 2008 la interesada ha cursado reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, por considerar que el retraso en el diagnóstico de un tumor localizado en la columna vertebral, le ha supuesto padecer innecesariamente múltiples molestias durante largo tiempo, costosos tratamientos innecesarios y persistencia en la actualidad de dolores y alteraciones sensitivas en dicho miembro.

Solicita una indemnización de dieciocho mil euros (18.000 €). Adjunta al escrito de reclamación copia de diversos informes y documentos médicos.

De la documentación clínica que obra en el expediente se desprende lo siguiente:

La paciente, nacida el 12 de mayo de 1958 y con antecedentes de cirugía máxilofacial por prognatismo, es remitida por su médico de cabecera a Traumatología el 1 de agosto de 2001 por presentar dolor en zona externa del muslo izquierdo que no cede al tratamiento con AINES. Se diagnostica trocanteritis y se trata con infiltraciones, sin que conste en la historia clínica exploración física alguna.

A fecha 21 de enero de 2002, la reclamante continúa con dolor. Se realiza una gammagrafía sin que aparezcan hallazgos patológicos. Se realiza fisioterapia en septiembre. Se hace RNM que muestra una trocanteritis bilateral de predominio izquierdo con bursitis trocanterea izquierda. Se inicia la fisioterapia sin exploración previa del nervio ciático.

Es remitida a la Fundación A el 20 de marzo de 2003 para valorar tratamiento quirúrgico pues la bursitis no responde al tratamiento médico, fisioterápico ni a infiltraciones. Tampoco se explora el nervio ciático pese a la atrofia muscular.

La paciente es estudiada en consulta de Traumatología de la Fundación A el 29 de abril de 2003, decidiéndose nuevas infiltraciones en mayo y posteriormente se opta por intervenirla, realizándose la operación (burssectomía y zplastia de fascia lata en cadera izquierda) el 1 de julio de 2003 y causando alta el día siguiente, 2 de julio.

En la revisión del 12 de agosto de 2003 ha mejorado, pero presenta atrofia del cuádriceps izquierdo por lo que se pauta rehabilitación y revisión en enero de 2004.

El 12 de enero de 2004 acude a revisión presentando molestias a nivel del muslo y rodilla. Se procede a infiltraciones del piramidal y se solicita RNM de ambas rodillas y caderas que, realizada el 15 de abril de 2004, no muestra patología relevante. En junio de 2004, ante la persistencia de las molestias, se prescribe nueva rehabilitación, realizando la paciente ejercicios en piscina para potenciar la musculatura y dándosele de alta el 12 de agosto de 2004.

El 14 de junio de 2005 vuelve a consulta de Traumatología de la Fundación A refiriendo molestias que se irradian a la rodilla izquierda. Se recomienda ejercicio físico, tratamiento con AINES y revisión en 4 meses. Vuelve a consulta el 22 de noviembre de 2005 con las mismas molestias, indicándosele que continúe con AINES.

En una revisión de 13 de julio de 2006 se consigna que presenta dolor en trocánter mayor de cadera izquierda que baja a la rodilla, que la paciente tumbada y sentada se encuentra mal y con limitación de movimientos. El especialista expone que impresiona de síndrome del músculo piramidal, pide RNM de cadera y propone infiltración del piramidal y si no hay mejoría, nueva intervención. El 26 de julio de 2006 se realiza la RNM de cadera y no se encuentra patología valorable. En la revisión realizada en la consulta de Traumatología el 1 de agosto de 2006 se consigna que el dolor da la impresión de ser de carácter neurítico,

pautándose tratamiento con Gabapentina y Feldene Flac durante 6 semanas.

El 12 de septiembre de 2006 ante la persistencia de las molestias se pide interconsulta a Neurología, que estudia a la paciente en consulta el día 14 y señala que presenta un dolor que se inicia en la cicatriz de la cadera izquierda y se irradia por la cara lateral del muslo, rodilla y cara posterior de pierna ipsilateral; el dolor ha ido en aumento y presenta, desde hace 3-4 semanas, acorchamiento de la cara posterior del muslo. Se habla de dolor neuropático por posible lesión leve de nervio cutáneo externo del muslo y del ciático. Se prescriben 3 comprimidos diarios de Lyrica por mala tolerancia a la Gabapentina. Se solicita nueva RNM de cadera y pierna para descartar lesiones en el trayecto del nervio ciático y se remite a la paciente a la Unidad del Dolor.

La RNM se realiza el 19 de septiembre de 2006, no apreciándose ninguna patología. El neurólogo, tras revisar a la paciente el día 23 de octubre de 2006, consigna que no hay evidencia actual de patología neurológica, que ha mejorado con el tratamiento y la remite a su médico de cabecera. El 24 de octubre la paciente es revisada en consulta de Traumatología.

La primera consulta en la Unidad del Dolor tiene lugar el 28 de septiembre de 2006 consignándose que la paciente presenta dolor a nivel de cadera izquierda, posquirúrgica, molesto y continuo, asociado a parestesias de MII. Se solicita radiografía de columna lumbar y se prescribe tratamiento con Lyrica 150 e ibuprofeno y revisión en 2 meses. El estudio combinado de gammagrafía ósea con Galio-67 realizado el 9 de octubre de 2006 no evidencia patología.

El 20 de febrero de 2007 acude a revisión en consulta de Traumatología y Unidad del Dolor; los resultados de las pruebas no muestran patología y el dolor sigue siendo intenso, punzante, profundo,

continuo, con disestesias y altera el sueño de la paciente. Se pide estudio EMG y nueva gammagrafía y se prescribe nuevo tratamiento con Cymbalta, Lyrica 150, Adolonta, Efferelgan, Nolotil y Omeprazol. Además se prescriben 5 sesiones de lontoforesis (introducción de iones de sales solubles en los tejidos por corriente continua) en región de la cicatriz, ampliables a 10 según resultados. La paciente acude a la Fundación A a recibir las 10 sesiones de lontoforesis entre los días 26 de febrero y 9 de marzo de 2007.

El 13 de marzo de 2007 se realiza gammagrafía de cuerpo entero que arroja resultados normales y el 4 de mayo de 2007 se le practica electromiograma que muestra datos compatibles con una lesión del nervio ciático de intensidad leve, señalándose que el estudio de los troncos y ramas del plexo crural es normal. El 18 de mayo de 2007 acude a revisión en consulta de la Unidad del Dolor, consignándose la persistencia de dolor no controlado pese al tratamiento, así como intolerancia a varios medicamentos, que se evidencia en forma de náuseas, vómitos y diarrea. Se cambian algunos fármacos y se prescriben 10 sesiones adicionales de lontoforesis. La paciente acude a la Fundación A a recibir las 10 sesiones de lontoforesis entre los días 21 de mayo y 1 de junio de 2007.

En la consulta de revisión del 1 de junio de 2007 se consigna la persistencia del dolor pese al tratamiento farmacológico ya la lontoforesis. Se reajusta la medicación y se cita para el día 6 de julio de 2007, fecha en la que se constata que *“continúa con sintomatología dolorosa sin control analgésico eficaz y sin diagnóstico claro...”* el dolor se origina en trocánter mayor de pierna izquierda y se irradia a cara lateral de muslo izquierdo; se inicia retirada de la Doluxetina tras la que se introducirá tratamiento con Venlafaxina y se envía a la paciente a consulta de Neurología para valorar tratamiento con toxina botulínica. El neurólogo hace constar que la paciente presenta un dolor desde hace tres años que se inicia en la cicatriz sobre el trocánter y se irradia por la cara lateral del

muslo hasta la rodilla, que la sintomatología ha ido aumentando progresivamente incluyendo la zona lumbar izquierda desde donde se irradia a área posterior del muslo hasta la rodilla, existiendo además una contractura paravertebral lumbar izquierda. Por todo ello, el 20 de julio de 2007 se infiltra a la paciente con 100 U. de toxina botulínica en región paravertebral lumbar izquierda.

El 9 de agosto de 2007 la paciente acude a revisión en la Unidad del Dolor, constatándose que la infiltración con toxina botulínica no ha mejorado el dolor, por lo que se realiza una infiltración local con Uprivacaina y Parametasona que se repite el 17 de agosto de 2007, sin obtenerse resultados.

Finalmente, en consulta de Traumatología el día 17 de agosto de 2007, se solicita una RNM de columna que se realiza el 20 de agosto de 2007 y que muestra la presencia de una tumoración intradural a nivel de la raíz de la cola de caballo, sugestiva de ependimoma mixopapilar. La tumoración tiene un tamaño de 3 x 5 cm extendiéndose desde el platillo inferior de L2 al superior de L4.

El 23 de agosto de 2007 se realiza a la paciente nueva infiltración sin conocer aún los resultados de la RNM. Conocido el resultado de la RNM, el servicio de Traumatología emite parte de interconsulta al de Neurocirugía, para valoración y tratamiento.

El 1 de octubre de 2007 la paciente acude a consulta de Neurocirugía, donde se la valora y se confecciona hoja de ingreso quirúrgico y consentimiento informado. Se informa a la interesada sobre la naturaleza de su dolencia, se solicita preoperatorio y se la incluye en lista de espera con carácter preferente.

El 9 de octubre de 2007 se realiza preoperatorio no apreciándose riesgo anestésico anormal. La paciente ingresa el 22 de octubre a las 19:44 horas

y es intervenida el día siguiente 23 de octubre a las 16:36 horas practicándose -bajo anestesia general- monitorización neurofisiológica e identificación radiológica de apófisis espinosa L3; laminectomía L2-L4, tumorectomía completa y cierre dural con sutura y sellado. Se anota que la duramadre está muy frágil debido a la compresión y erosión provocada por el tumor, que la raíz más comprometida era L3 izquierda, que el informe anatomopatológico realizado de forma intraoperatoria fue de neurinoma o schwannoma y que la extirpación tumoral aunque completa fue muy laboriosa por precisar fragmentación con sangrado capilar continuo.

El posoperatorio transcurre con normalidad hasta el 31 de octubre de 2007 en que se produce una pequeña fuga de líquido cefalorraquídeo (LCR) por fístula subcutánea que finalmente debe ser corregida quirúrgicamente, por lo que se recaba consentimiento informado y bajo anestesia local se implanta un catéter lumbar en espacio L5-S1 para drenaje de LCR evolucionando el posoperatorio dentro de límites normales.

El 8 de noviembre de 2007 se cierra el drenaje y evoluciona con normalidad causando alta el 13 de noviembre con diagnóstico de schwannoma de cauda equina, síndrome de cauda equina y fístula posquirúrgica subcutánea de LCR.

El 17 de diciembre de 2007 acude a revisión en consulta de Neurocirugía siendo la exploración normal, no presentando dolores y solo una parestesia residual en la pierna y pie izquierdo y fallos ocasionales en la marcha por inseguridad motora. En el comentario se hace constar que el schwannoma produjo un cuadro de sufrimiento de cauda equina de 4 años de duración (folio 239). A la exploración no existe estiramiento ciático, la fuerza y reflejos son normales y se aprecia una ligera hipoestesia superficial residual en pie izquierdo. Se solicita RNM de control que se

realiza el 14 de enero de 2008 y muestra cambios posquirúrgicos a nivel L2-L4 sin señal de recidiva o resto tumoral.

El 18 de febrero de 2008 vuelve a revisión en consulta de Neurocirugía constatándose una buena evolución y recomendando a la paciente realizar ejercicio físico frecuente y progresivo. La última revisión que consta en la documentación es de fecha 21 de agosto de 2008, quejándose la paciente de parestesias en pierna izquierda, deambulación insegura y dolor articular en rodilla izquierda. La exploración muestra un trofismo y fuerza muscular normales y ligera hipoestesia global de MII, recomendándose ejercicios de potenciación muscular de MII, paseos frecuentes y uso de bicicleta, así como revisión por Traumatología.

TERCERO.- Ante la reclamación se incoa 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, informe del jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de la Fundación A (folio 116) así como el informe de la Inspección Sanitaria, de 23 de enero de 2008 (folios 341 a 347), cuyas conclusiones ponen de manifiesto lo siguiente:

“1. Las exploraciones se centraron de forma exclusiva en la región de muslo y cadera, no ampliándose a la columna vertebral, pese a que no era en absoluto descabellado -sobre todo para un neurólogo- pensar en la posibilidad de que ese dolor, calificado de neuropático por los propios especialistas que atendían a la paciente y rebelde a toda clase de tratamiento, podía tener su origen en un cuadro compresivo espinal derivado de un tumor, de una protusión o hernia discal, etc.

2. La realización de una simple RNM de columna lumbar es una exploración de uso frecuente, coste contenido y entraña muy poco riesgo, por lo que resulta difícil de entender que no se realizara mucho antes de lo que se hizo, y desde luego, de forma previa a la aplicación de

tratamientos más agresivos (infiltraciones, uso de potentes analgésicos y otros neurofármacos, etc.).

3. Debido a un retraso no justificable en el diagnóstico, la paciente se vio sometida durante años a graves y persistentes molestias tanto derivadas de su enfermedad -incorrectamente tratada- como de las agresivas medidas terapéuticas a las que se vio innecesariamente sometida.

4. La no realización de una sencilla RNM de columna lumbar en una fase mucho más precoz propició, además de lo ya señalado, que se incurriera en el uso de costosos medios diagnósticos, terapéuticos y de otros recursos del centro cuya utilización era del todo innecesaria”.

También se ha incorporado un informe aportado por la aseguradora de la Consejería de Sanidad (folios 357 a 364), que con fecha 12 de marzo de 2010 concluye:

“Sin dejar de reconocer la dificultad de diagnóstico por el solapamiento con otras patologías, lo atenuado de la sintomatología y su lenta progresión, ha podido existir un retraso de diagnóstico de aproximadamente 11 meses.

De haberse diagnosticado el tumor antes la actitud quirúrgica y los resultados no hubieran sido muy diferentes, pero se hubieran suprimido otros tratamientos innecesarios”.

Hay otro informe, también aportado por la aseguradora, con la misma fecha pero distinta conclusión (folios 365 a 373):

“Sin dejar de reconocer la dificultad de diagnóstico por el solapamiento con otras patologías, lo atenuado de la sintomatología y su lenta progresión, ha podido existir un retraso diagnóstico.

Las consecuencias del retraso diagnóstico a efectos de Valoración del Daño Corporal han sido 340 días con carácter impeditivo, sin apreciarse secuelas atribuibles a dicho retraso”.

Con fecha 8 de abril de 2009, se confiere trámite de audiencia a los interesados en este procedimiento, la perjudicada y la Fundación A.

En uso del indicado trámite, la reclamante presenta escrito de alegaciones con fecha 21 de enero de 2011 (folio 384), donde se ratifica en lo expuesto en su reclamación.

Por su parte, la Fundación A presenta alegaciones con fecha 28 de enero de 2011 (folios 385 a 387) en las que expone: *“La Fundación A ya comunicó su disconformidad con el informe elaborado por el inspector médico, puesto que examinado el contenido de dicho informe de la Inspección, relativo a la asistencia prestada al paciente, no tiene en cuenta, ni valora, que con la clínica de dolor que presentaba la paciente no estaba indicado realizar un RM. La realización de RM tiene indicaciones precisas que en la paciente no se daban. Las dificultades diagnósticas se deben a la peculiar presentación de la clínica junto con la baja incidencia del tipo de tumor en la población general y el clínico de ir descartando las opciones más frecuentes con los métodos adecuados y lógicos como en el caso de la paciente se realizó, hasta el momento que se apreció posible irradiación radicular del plexo lumbosacro (distinto de dolor neuropático), se realizó el estudio pertinente, el diagnóstico y se solucionó el problema de la paciente. El dilatado proceso de diagnóstico no ha repercutido en el resultado final de la paciente el cual es satisfactorio quedando solucionada su patología. Todo lo anterior, pone remanifiesto la correcta asistencia prestada por la Fundación A y, por tanto, la improcedencia de la reclamación efectuada”.*

El 21 de marzo 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 estimación parcial de la reclamación, reconociendo a la reclamante el derecho a ser indemnizada por la Administración en la cantidad de 46.426,80 euros debido al retraso diagnóstico de 340 días en su patología tumoral de columna vertebral en la Fundación A de Madrid, que es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos en la Consejería de Sanidad.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN 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.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 17 de mayo de 2011.

SEGUNDA.- 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 que sufre el daño supuestamente causado por la actuación 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 B) 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 arts. 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 concurran los requisitos configuradores de aquella, según el art. 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. E 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 supuesto, el Hospital –a través de escrito presentado por su director gerente–, además de personarse en el procedimiento en calidad de interesado, ha formulado también alegaciones, evacuando el trámite de audiencia que se le ha conferido. La tramitación del procedimiento ha sido, pues, escrupulosa con los derechos de todos los interesados, sin conculcar su derecho de defensa.

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”*. Puesto que en la última revisión que consta en el expediente, realizada el 21 de agosto de 2008, la interesada aún se queja de parestesias en pierna izquierda, dolor articular en rodilla izquierda y deambulación insegura, hemos de

considerar que la reclamación presentada el 18 de agosto de 2008 ha sido formulada dentro del plazo legalmente establecido.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, en el Título X, Capítulo Primero y en la Disposición Adicional 12ª de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) y en el Real Decreto 429/1993 (RPRP).

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.

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 aunque es

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

Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo sólo 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).

CUARTA.- Habiendo quedado probada la realidad del daño es preciso discernir si el mismo es imputable al funcionamiento normal o anormal de los servicios sanitarios. Para ello procede valorar si la atención médica dispensada se ajustó a la *lex artis ad hoc*, es decir, a una buena práctica médica.

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*".

También hay que tener en cuenta que es doctrina jurisprudencial reiterada -por todas citaremos las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007, 7 de marzo de 2007 y 16 de marzo de 2005- que *"a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente"*, o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto 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*.

Es preciso determinar si la actuación de los facultativos, se ajusta a las reglas de una praxis correcta, teniendo en cuenta los medios técnicos disponibles, para determinar si el daño producido es o no antijurídico.

Para apreciar la ocurrencia de una buena práctica sanitaria es imprescindible realizar una rigurosa evaluación de la prueba, contraponiendo los informes periciales contrarios, sin que tenga prevalencia la realizada por peritos funcionarios, porque si bien les es predicable independencia y objetividad, no es menos cierto que otros peritos pueden tener análogas condiciones. La prueba debe sustentarse en peritos que reúnan la mayor especialidad posible que abarque la procedencia de la lesión ocurrida, artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *"Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales*

oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias”.

El informe del jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología expone que la paciente fue diagnosticada de bursitis trocantérica en septiembre de 2002, tras intentar tratamiento conservador sin éxito fue intervenida quirúrgicamente en julio de 2003 mediante resección de la bursa del trocánter izquierdo y plastia de la fascia. En enero de 2004 continúa con molestias en rodilla, siendo tratada sin éxito en Neurología y en Unidad del Dolor. En 2006 se practica RMN de muslo y radiografía de columna lumbar que no evidenciaron patología reseñable. En 2007 *“al aparecer nuevos síntomas dolorosos en región lumbar y cresta iliaca y confirmarse en el estudio EMG la existencia de una lesión del nervio ciático de intensidad leve, todo ello hace valorar la necesidad de realizar una RM de columna lumbar en la que se diagnosticó de un proceso intradural del que fue intervenida posteriormente”.*

En la historia clínica consta que en la consulta de Traumatología de la Fundación A del 29 de abril de 2003 se pone de manifiesto una evolución de dos años con dolor en cara externa de cadera izquierda. Este dolor desaparece al caminar, empeora en reposo y le duele por la noche llegando a despertar a la enferma.

A la exploración se señala que presenta movilidad normal de cadera con dolor a la palpación del trocánter mayor. Sin otras alteraciones.

Llama la atención que en la historia clínica reseñada no se expresa si la exploración del nervio ciático ha sido positiva o negativa.

Es también digno de reseñar que se hable de dolor en la “cara externa de la cadera”, parece querer decir cara externa del muslo izquierdo, porque la articulación coxofemoral que es la cadera propiamente dicha no tiene cara externa por la que permita expresar una irradiación dolorosa.

El 6 de julio de 2007 en consulta de Neurología se valora tratamiento con toxina botulínica. Llama de nuevo la atención que, pese al cuadro clínico existente, se dispongan a infiltrar toxina botulínica en región para vertebral y no conste una sencilla exploración física del nervio ciático que permitiría establecer un diagnóstico de presunción y solicitar las técnicas complementarias precisas para llegar al diagnóstico de certeza.

El informe de la Inspección Médica, como ha quedado consignado en las antecedentes de hecho considera que se ha producido un retraso de diagnóstico motivado por la falta de realización de una RMN de columna lumbar, la cual entiende que era pertinente toda vez que la sintomatología que presentaba la paciente era compatible con un cuadro compresivo espinal y la conveniencia de su realización se acentúa más en el caso objeto de dictamen al vista de la falta de resultados positivos de los tratamientos que se estaban proporcionando a la paciente, algunos de ellos más agresivos que la RMN. El médico inspector considera que la perjudicada sufrió daños derivados de este retraso de diagnóstico al afirmar: *“Debido a un retraso no justificable en el diagnóstico, la paciente se vio sometida durante años a graves y persistentes molestias tanto derivadas de su enfermedad -incorrectamente tratada- como de las agresivas medidas terapéuticas a las que se vio innecesariamente sometida”*. Con ello, no solo establece la antijuridicidad del daño sino también la relación de causalidad, ya que la paciente no estaba obligada a soportar los dolores padecidos desde el momento en que pudo sospecharse la existencia de una compresión espinal y debió confirmarse o descartarse con una RMN, cuya ausencia es la que motivó el retraso de diagnóstico y, por ende, de tratamiento adecuado a la patología sufrida por la enferma.

En sus alegaciones la Fundación A se opone a la conclusión del informe del médico inspector porque *“no tiene en cuenta, ni valora, que con la clínica de dolor que presentaba la paciente no estaba indicado realizar un RM. La realización de RM tiene indicaciones precisas que en la*

paciente no se daban. Las dificultades diagnósticas se deben a la peculiar presentación de la clínica junto con la baja incidencia del tipo de tumor en la población general y el clínico de ir descartando las opciones más frecuentes con los métodos adecuados y lógicos como en el caso de la paciente se realizó, hasta el momento que se apreció posible irradiación radicular del plexo lumbosacro (distinto de dolor neuropático), se realizó el estudio pertinente, el diagnóstico y se solucionó el problema de la paciente. El dilatado proceso de diagnóstico no ha repercutido en el resultado final de la paciente el cual es satisfactorio quedando solucionada su patología. Todo lo anterior, pone de manifiesto la correcta asistencia prestada por la Fundación A y, por tanto, la improcedencia de la reclamación efectuada”.

Sin embargo, de la historia clínica se desprende que la apreciación de irradiación en el dolor de la paciente (momento en que, según las alegaciones, hubiera procedido la RMN) fue muy anterior a la práctica de la prueba diagnóstica de imagen objeto de la controversia. En efecto, consta en el expediente que en consulta de Neurología el 14 de septiembre de 2006 la perjudicada presentaba dolor en cicatriz de cirugía de cadera que se irradiaba por la cara lateral del muslo, no obstante, no se le realizó la RMN hasta el 20 de agosto de 2007, por lo que el tiempo transcurrido entre estas fechas es el tiempo del retraso de diagnóstico objeto de reproche por la reclamante.

De lo expuesto cabe concluir que la paciente sufrió dos enfermedades sucesivas, una de carácter “menor”, cual es la bursitis trocantérea y otra “mayor”, cual es el schwannoma, que se expresaba a través de la afectación neurológica correspondiente con un dolor en la zona externa del muslo izquierdo que no fue adecuadamente interpretado ni explorado. Si bien cabe tener en cuenta el solapamiento del proceso “menor” con el “mayor”, defendido en las alegaciones de la Fundación A, suscribimos el criterio expuesto por el informe de la Inspección y el de la compañía

aseguradora en el sentido de que se ha producido un retraso de diagnóstico.

QUINTA.- 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, durante el periodo de 14 de septiembre de 2006 hasta el 20 de agosto de 2007.

En el presente caso se ha producido una pérdida de oportunidad de haber evitado el padecimiento de la reclamante y un daño físico consistente en el dolor sufrido desde el 14 de septiembre de 2006 hasta el 20 de agosto de 2007.

Uno de los informes emitidos por la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud expone que *“Las consecuencias del retraso diagnóstico a efectos de Valoración del Daño Corporal han sido 340 días con carácter impeditivo, sin apreciarse secuelas atribuibles a dicho retraso”*. En consideración a ello la propuesta de resolución entiende que procede indemnizar 340 días de baja impeditiva no hospitalaria y aplica la Resolución de 20 de enero de 2011 de la Dirección General de Seguros y fondos de Pensiones, proponiendo una indemnización de *“46.426, 8 euros (55,27 –importe previsto cuando de días impeditivos sin estancia hospitalaria se trata-, por cada uno de los 840 días de retraso impeditivo)”*.

Es evidente que se ha producido un error material en la operación aritmética realizada en la propuesta de resolución al multiplicar el importe de la indemnización por día (55,27) por 840 días y no por 340 como correspondería.

Ello no obstante, no podemos tampoco compartir el criterio expuesto en la propuesta de resolución, ya que el artículo 141.3 LRJ-PAC exige que la valoración de los daños se realice 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 24 de enero de 2006 para los 108 días indemnizables del año 2009 (del 14 de septiembre al 31 de diciembre) y la Resolución de 7 de enero de 2007 para los 232 días del año 2007 (desde el 1 de enero hasta el 20 de agosto).

El día improductivo sin hospitalización en 2006 tenía fijada una indemnización de 49,03 euros, que multiplicada por 108 días asciende a 5.295,24 euros.

La indemnización diaria fijada en 2007 para día de baja improductiva sin estancia hospitalaria era de 50,35 euros, que multiplicada por 232 días asciende a 11.681,20 euros.

La indemnización que corresponde a la reclamante por el dolor físico, por lo tanto, ascendería a 16.976,44 euros.

A ello habría que añadir el daño moral derivado de la pérdida de oportunidad, que este Consejo estima en 3.000 euros.

Por lo anterior correspondería una indemnización por importe de 19.976,44 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.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada e indemnizar a la reclamante con 19.976,44 euros, cantidad que deberá ser actualizada al momento de la resolución.

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, 18 de mayo de 2011

