

Dictamen n^o: **403/14**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **24.09.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 24 de septiembre de 2014, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por M.I.C.A., sobre responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por la asistencia sanitaria dispensada en el Centro de Salud Cuzco y el Hospital de Fuenlabrada, que considera deficiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Mediante escrito presentado el 4 de agosto de 2011 se formula reclamación de responsabilidad patrimonial por considerar la reclamante que el déficit de movilidad que padece es consecuencia del retraso en el diagnóstico de una lesión en el tendón extensor del cuarto dedo de la mano derecha.

Expone la interesada que el 16 de agosto de 2010 sufrió un fuerte golpe en la mano derecha y acudió al centro de salud de la calle Cuzco, en Fuenlabrada, donde no le diagnosticaron la lesión del tendón que padecía y que requirió cirugía, que se efectuó el 27 de agosto, lo que implicaba, según la interesada, once días de retraso, a los que atribuye el déficit de movilidad que padece.

En concepto de indemnización solicita 19.289,74 euros por los días improductivos, más las secuelas pendientes de confirmar por tener un 45 por ciento únicamente de movilidad en los dos dedos.

SEGUNDO.- De la historia clínica y la documentación obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos:

La paciente acude de urgencia al centro de salud Cuzco el 16 de agosto de 2010 por haber sufrido un golpe en la mano derecha. El 18 de agosto, acude al Hospital de Fuenlabrada y en el examen realizado se observa que hay movilidad completa para flexión de los dedos y mínima limitación de últimos grados de extensión. El 24 de agosto asiste a revisión en la consulta de Traumatología, hay imposibilidad para la extensión articular metacarpofalángica (MCF), se aprecia cabo proximal tendón extensor del cuarto dedo parcialmente.

La intervención quirúrgica se realiza el 27 de agosto, pero tras tratamiento rehabilitador no se consigue recuperar la movilidad completa.

El 22 de febrero de 2011 recibe el alta en Rehabilitación y el 8 de marzo de 2011, en consulta de Cirugía Ortopédica y Traumatológica, se propone otro tratamiento quirúrgico, que es rechazado por la paciente por lo que recibe el alta con secuelas.

TERCERO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial. Por escrito de 9 de agosto de 2011 se requiere a la interesada para que concrete la cuantía económica solicitada. El 2 de septiembre de 2011 concreta la indemnización en 40.319,14 euros, de los cuales 19.289,74 euros resarcen los días improductivos y 21.029,40 euros corresponderían a la secuela valorada en 20 puntos, atendiendo a la edad de la reclamante, que cuando ocurrieron los hechos tenía 52 años.

Se ha incorporado al expediente la historia clínica de la paciente, incluidos los documentos de consentimiento informado para anestesia e intervención quirúrgica y se ha recabado el informe del jefe de Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología del Hospital Universitario de Fuenlabrada, de fecha 18 de agosto de 2011.

Asimismo, se ha unido al expediente el informe de la Inspección Sanitaria de 10 de abril de 2012, en el que se expone que no consta que se explorara la posibilidad de lesión tendinosa en el centro de salud.

El expediente contiene un dictamen de valoración de daños corporales de 23 de junio de 2012 emitido por una licenciada en Medicina y Cirugía, especialista en valoración del daño corporal y perito médico de seguros, que propone una indemnización de 622, 60 euros, por los días improductivos.

La aseguradora, con fecha 28 de noviembre de 2012, informa a la correduría de seguros de la Consejería de Sanidad que se ha ofrecido a la reclamante la cantidad de 1.000 euros conforme a la valoración de daño corporal realizado por la perito de seguros, ofrecimiento que ha sido rechazado por la reclamante.

Por escrito de 5 de diciembre de 2012, notificado el día 14 siguiente, se ha comunicado a la interesada la apertura del trámite de audiencia, en cuyo uso la representación de la reclamante presenta escrito el 8 de enero de 2013, en el que además de ratificar sus anteriores manifestaciones alega que en el consentimiento informado no se refleja la posibilidad de la causación de las lesiones y secuelas que finalmente se produjeron. Finalmente propone una terminación convencional del procedimiento rebajando la solicitud de indemnización a 21.029,40 euros.

El 17 de junio de 2013 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) propone estimar

parcialmente la reclamación formulada por la interesada reconociéndole una indemnización en cuantía total de 622,60 euros.

A solicitud del consejero de Sanidad, el Consejo Consultivo emite el dictamen 337/13, que en su sesión de 30 de julio informó que procedía retrotraer el expediente para:

- Solicitar e incorporar al expediente el informe del centro de salud Cuzco que contenga un pronunciamiento expreso sobre si exploró la posibilidad de lesiones en los aparatos extensor y flexor, ya que el informe de la Inspección mencionaba dicha omisión.

- Solicitar que la Inspección Sanitaria se pronuncie sobre si la secuela de falta de movilidad sufrida por la reclamante trae o no causa del retraso quirúrgico de 9 días reconocido por el jefe del Servicio de Traumatología en su informe y sobre si la actuación médica tanto del centro de salud Cuzco como del Hospital de Fuenlabrada se ajustó o no a la *lex artis ad hoc*.

De acuerdo con lo dictaminado por este órgano consultivo se ha incorporado al expediente la documentación solicitada de la que se infiere que en el centro de salud Cuzco no existió atención médica sino de enfermería. La enfermera anotó que existía movilidad completa con estructura articular conservada.

A la vista del informe del centro de salud, la Inspección Sanitaria, emite un informe complementario el 4 de diciembre de 2013 en el que expone que de la nueva información facilitada por el centro de salud Cuzco de Fuenlabrada se desprende que la paciente presentaba movilidad completa por lo que parece que el tendón no estaba roto en ese momento. Respecto de la influencia que haya podido tener en las secuelas padecidas por la paciente el retraso en la cirugía expone, si bien hubo un retraso de diagnóstico, el mismo no ha sido determinante para las secuelas existentes.

Con fecha 11 de junio de 2014 se remite el expediente a la reclamante y se notifica la apertura del trámite de audiencia. No consta la presentación de alegaciones o nueva documentación en el plazo establecido al efecto.

El 14 de julio de 2014, la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma del viceconsejero de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 6/2014, de 17 de marzo), propone estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por la interesada y acordar una indemnización de 622,60 euros.

CUARTO.- Por el consejero de Sanidad, mediante escrito de 25 de agosto de 2014, registrado de entrada el día 29 siguiente con número de expediente 387/14, se formula consulta a este Consejo Consultivo, correspondiendo su estudio a la Sección II, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez que firmó la propuesta de dictamen siendo deliberado y aprobado por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 24 de septiembre de 2014.

El escrito solicitando el dictamen fue acompañado de la documentación, en soporte CD, que se consideró suficiente y de la que se ha dejado constancia en los anteriores antecedentes de hecho.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

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

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 3 de octubre de 2014.

SEGUNDA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

La reclamante está legitimada activamente al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, en tanto en cuanto es la persona que ha sufrido el daño supuestamente ocasionado por la asistencia sanitaria.

Asimismo, se encuentra legitimada pasivamente la Comunidad de Madrid en la medida en que tanto el centro de salud Cuzco como el Hospital de Fuenlabrada se encuentran integrados en el sistema sanitario público.

Por lo que al plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad se refiere, el derecho a reclamar prescribe al año desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o manifestarse su efecto lesivo. Tratándose de daños físicos o psíquicos a las personas el plazo deberá computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas (artículo 142.5 LRJ-PAC).

De acuerdo con la historia clínica, la paciente fue dada de alta con secuelas el 8 de marzo de 2011, por lo que la reclamación presentada el 4 de agosto del mismo año ha de considerarse formulada en plazo.

El procedimiento se ha iniciado a instancia de parte y se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos, aunque procede destacar que se ha sobrepasado con creces el plazo de seis meses para resolver que establece el artículo 13 RPRP.

TERCERA.- 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.

En el caso sometido a dictamen se efectúan dos reproches:

En primer lugar, el retraso de diagnóstico y tratamiento quirúrgico que, a juicio de la interesada hubiera evitado o disminuido las secuelas que padece. Reclama, pues, una pérdida de oportunidad.

En segundo lugar, un déficit de información sobre los riesgos de la cirugía ya que sostiene que el documento de consentimiento informado no contempla las secuelas que finalmente se produjeron.

Sobre la primera cuestión, la naturaleza indemnizable de la pérdida de oportunidad ha sido reconocida por la jurisprudencia, entre otras, en Sentencia de 7 de julio de 2008, (recurso de casación 4476/2004) como

«la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los

ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una “falta de servicio”».

La jurisprudencia también afirma que la pérdida de oportunidad *“implica una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio”* (STS de 3 de diciembre de 2012, recurso de casación 815/2012).

En resumen, la teoría de la pérdida de oportunidad en el ámbito sanitario implica un retraso de diagnóstico y/o de tratamiento que obvia la probabilidad de haber obtenido un resultado distinto y mejor. En estos supuestos, la responsabilidad ha de ser proporcional a la probabilidad, al igual que la indemnización.

Es preciso subrayar que para que exista pérdida de oportunidad es necesario que se haya producido una actuación médica contraria a *lex artis* y es esa actuación incorrecta la que determina que la evolución del enfermo hubiera podido ser distinta y mejor.

El Consejo Consultivo viene aplicando la doctrina de la pérdida de oportunidad en casos en que se tiene en cuenta la posibilidad de que, de haber actuado de otro modo los servicios de salud, se hubiera podido cambiar el curso de los acontecimientos en beneficio del paciente, teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso.

En el presente caso, aunque los informes médicos adveran la vulneración de la *lex artis* –así el informe del Servicio de Traumatología como el de la

Inspección Sanitaria reconocen la posible existencia de un retraso en el diagnóstico- ambos informes aseveran también que dicho retraso no tuvo consecuencias y no fue el causante de las secuelas sufridas por la reclamante, ya que el tratamiento diferido no compromete el resultado final en los tendones extensores de la articulación MCF.

Por otro lado, tampoco queda acreditado el retraso de diagnóstico de forma indubitada, ya que tras haber podido conocer el informe del centro de salud Cuzco, el médico inspector informa que en tanto en cuanto se comprobó que existía movilidad articular completa ello supondría que *“el tendón no estaba roto en ese momento”*, por lo que no habría habido retraso de diagnóstico.

Es necesario señalar que la historia natural de un tendón extensor afectado viene expresada en la limitación para la extensión. En este caso, la extensión era completa el día 16 de octubre de 2010, parcial el día 18 y nula el día 24, siendo intervenida el día 27. Por tanto no cabe hablar de retraso y su cuadro es compatible con rotura parcial del tendón que se intensifica con el paso de los días.

En este caso, la reclamante no ha acreditado la mala praxis ni el retraso de diagnóstico, limitándose a afirmarlo. Por su parte, en los informes médicos incorporados al expediente, aunque se reconoce que pudo haber una actuación no ajustada a la *lex artis*, también se afirma que la misma no influyó en la evolución de la enferma, por lo que se niega palmariamente la pérdida de oportunidad, ya que siendo nula o inexistente la posibilidad de haber evitado las secuelas de la reclamante con un diagnóstico precoz de la lesión tendinosa no se cumple el requisito de la incertidumbre causal, que es el fundamento mismo de la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Por otro lado, es preciso recordar que la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección 10^a) de 17 de mayo de 2013 afirma que las alegaciones sobre negligencia médica deben probarse con *“medios*

probatorios idóneos” y tras exponer la doctrina de la carga de la prueba en los términos que acabamos de exponer, concluye afirmando que

“En consecuencia, es a la parte demandante a quien corresponde, en principio, la carga de la prueba sobre las cuestiones de hecho determinantes de la existencia, de la antijuridicidad, del alcance y de la valoración económica de la lesión, así como del sustrato fáctico de la relación de causalidad que permita la imputación de la responsabilidad a la Administración”.

En el caso sometido a dictamen la interesada no ha aportado prueba alguna sobre la pérdida de oportunidad invocada como podría haber sido, por ejemplo, un dictamen médico pericial. Sin embargo, como venimos exponiendo, los informes médicos incorporados al expediente se han pronunciado claramente acerca de su inexistencia, en particular el informe de la Inspección Sanitaria, que como reiteradamente ha expuesto este Consejo, tiene especial valor en los procedimientos en los que se exige responsabilidad patrimonial como consecuencia de actos médicos, opinión compartida por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en sentencias como la de 10 de abril de 2013 (recurso 583/2011).

CUARTA.- Por último, y en relación con el reproche de falta de información al paciente, hemos de recordar que la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la Autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica define el consentimiento informado como la conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada, para que tenga lugar una actuación que afecta a su salud.

Consta en el expediente documento de consentimiento informado suscrito por la enferma en el que, en efecto, no consta como riesgo el padecimiento de las secuelas que tiene la reclamante.

Ahora bien, no cabe olvidar que dichas secuelas no han sido originadas por la cirugía, ni siquiera la interesada lo pretende así en su reclamación, ya que las atribuye al retraso de diagnóstico pero no a la intervención quirúrgica.

Este Consejo Consultivo no puede admitir la pretensión de una supuesta falta de información sobre los riesgos de una cirugía cuando dichos riesgos no solo no concurren en el acto quirúrgico sino que ni tan siquiera la propia interesada se los atribuye al mismo en su reclamación.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada al no concurrir pérdida de oportunidad alguna ni la necesaria relación de causalidad entre el daño sufrido y la prestación sanitaria recibida.

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, 24 de septiembre de 2014