

Dictamen n^o: **700/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **07.12.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 7 de diciembre 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 R.M.P.A. sobre responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria dispensada por parte del Hospital 12 de Octubre y de una facultativa de la Unidad de Cirugía Plástica Infantil de dicho centro, al no haberle realizado un seguimiento más adecuado de una úlcera en el pie derecho y no haber practicado pruebas diagnósticas para detectar la osteomielitis que padeció, lo que, a su juicio, hubiera evitado la amputación del pie y, posteriormente, de la pierna.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el consejero de Sanidad, mediante escrito de 21 de octubre de 2011, registrado de entrada el día 8 de noviembre de 2011, 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 7 de diciembre 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 oficina de Correos el 16 de julio de 2011, se reclama responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria al entender que tras haber sido tratada correctamente de una úlcera en el pie derecho en el Hospital de Fuenlabrada en los meses de junio a agosto de 2006, la mejoría obtenida en este centro se malogró y fue empeorando al pasar a ser tratada la paciente en el Hospital 12 de Octubre con ocasión de una cirugía urológica a la que debía someterse en dicho hospital. Alega la reclamante que fue tratada en la Unidad de Cirugía Plástica Infantil pero que no existe constancia documental de dicho tratamiento pese a haber pedido reiteradamente su historia clínica. Alega también que hubo desatención e inaplicación de medios y que en diez meses únicamente se le realizó una radiografía, el 21 de mayo de 2007, que mostró abscesos a causa de la infección desarrollada, la cual fue progresando hasta que fue necesario amputarle la pierna el 16 de julio de 2008.

Adjunta a su reclamación diversos informes médicos y fotografías del estado de su pie durante el proceso infeccioso.

Solicita como indemnización la cantidad de 130.000 euros, que desglosa: 90.000 euros por el daño consistente en la amputación de la pierna, incluyendo los daños morales y 40.000 euros en concepto de prótesis *“teniendo en cuenta la evolución actual de la tecnología”*. No justifica el cálculo de estas cantidades.

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

La paciente, de 19 años de edad en el momento de los hechos, espina bífida y meningocele, en el primer mes de vida se procedió a la colocación de un catéter de derivación ventriculoperitoneal por hidrocefalia. En seguimiento inicial en la Fundación A y, posteriormente, en el Servicio de Urología del Hospital 12 de Octubre por probable vejiga neurógena secundaria y reflujo vesicoureteral, fue intervenida quirúrgicamente en julio de 2005. Infecciones urinarias de repetición y un episodio de pielonefritis aguda en diciembre de 2005.

Entre los antecedentes consta la existencia de pies talos paráliticos y la realización en el año 2001 de una osteotomía de ambos calcáneos y osteosíntesis para corregir la marcha.

El 23 de junio de 2006 acudió al Servicio de Urgencias del Hospital de Fuenlabrada por presentar, tras un pequeño traumatismo, una úlcera neuropática sobre infectada en el talón del pie derecho de aproximadamente 15 días de evolución, con dolor importante. En el año 1996 la paciente presentó en la misma localización una úlcera plantar de un año de evolución que precisó tratamiento quirúrgico con realización de un colgajo plantar que hasta ese momento se había mantenido en buen estado.

Se realizó radiografía de pie en la que no se aprecian signos de osteomielitis. Junto con la limpieza, desbridamiento y cura se pautó tratamiento oral con antibióticos y antiinflamatorios. La evolución fue favorable, hasta que un mes después presentó edema en el pie. Se realizó cultivo y se aisló *Staphylococcus aureus*.

Se indicó tratamiento antibiótico según resultado del antibiograma (amoxicilina clavulánico y ciprofloxacino). En la consulta de 18 de agosto de 2006 la úlcera había evolucionado muy bien se recomendó seguir con curas periódicas en el hospital y alta laboral. La última cura que consta es de 13 de septiembre de 2006. La paciente dejó de acudir a las curas y, al parecer, comunicó en el Hospital de Fuenlabrada que, al tener programado un

ingreso en el Hospital 12 de Octubre había decidido seguir con las curas en este centro para mayor comodidad.

El 30 de octubre de 2006 ingresó en el Hospital 12 de Octubre para tratamiento quirúrgico programado de una incontinencia de cuello vesical. En la anotación correspondiente al día del ingreso consta que la paciente presentaba una úlcera de talón que se curaba ella misma con iruxol y un apósito esponjoso. En el postoperatorio presentaba infección de la herida quirúrgica de la intervención. Durante el ingreso según consta en el evolutivo se realizaron curas locales de la úlcera del talón con iruxol.

Desde noviembre de 2006 hasta mayo de 2007 en la documentación clínica incorporada al expediente no se ha encontrado ninguna referencia sobre la evolución de la úlcera plantar.

El 28 de mayo de 2007 ingresó en el Servicio de Cirugía Pediátrica (Sección de Cirugía Plástica) del Hospital 12 de Octubre para tratamiento quirúrgico de absceso en cara lateral externa de pie derecho y cara plantar y osteomielitis del calcáneo.

El postoperatorio cursó sin incidencias y fue dada de alta el 1 de junio de 2007 con ciprofloxacino en espera del resultado de los cultivos en los que se aisló estafilococo coagulasa negativo y estreptococo viridans. A la vista del antibiograma se instauró tratamiento con levofloxacino.

Después de la cirugía la paciente acudió a la consulta para control y seguimiento del proceso. En la ecografía de tobillo derecho del 20 de junio de 2007 se observaron dos colecciones en la superficie plantar del calcáneo y en el maleolo peroneo, se realizó drenaje el 3 de julio de 2007 resultando el cultivo estéril. En la ecografía del 3 de agosto de 2007 persistían las colecciones aunque de menor tamaño.

En la ecografía del 3 de septiembre de 2007 solo se visualizó una pequeña colección y ante la ausencia de sintomatología se decidió esperar y

revisar en un mes. En la revisión de 3 de octubre de 2007 la paciente presentaba buena evolución clínica. Se solicitó RMN y se indicó que mantuviera el tratamiento antibiótico con levofloxacino.

En la resonancia magnética (RMN) realizada el 22 de noviembre de 2007 aparece una colección de mayor tamaño y se realizó drenaje de la misma el 5 de diciembre de 2007. Se realiza cultivo que resultó estéril.

El 22 de enero de 2008 acudió a revisión a la consulta de Urología Infantil del Hospital 12 de Octubre, clínicamente se encontraba bien, aunque persiste la incontinencia. Hay una anotación en la que se señala que la osteomielitis estaba controlada.

El 9 de abril de 2008 acudió a revisión en la consulta de Cirugía. La paciente continuaba con el tratamiento con levofloxacino. Le volvía a molestar el pie. Se realizó ecografía que mostró la existencia de dos colecciones que se drenaron. Le indicaron que continuase con el antibiótico hasta obtener el resultado del cultivo.

El 21 de abril de 2008 volvió a consulta. Continuaba con molestias. Se había aislado *Staphylococcus epidermidis* resistente al levofloxacino. Se solicitó ecografía, gammagrafía ósea e interconsulta a la Sección de Enfermedades Infecciosas para valoración del tratamiento, donde recomendaron tratamiento oral con Linezolid 600 mg/12 horas al menos durante tres meses, con controles periódicos por posible toxicidad. En la gammagrafía apareció intenso acúmulo patológico en calcáneo derecho. Se solicitó interconsulta a Traumatología Infantil para valorar tratamiento. Desde este Servicio el 21 de mayo de 2008 se solicitaron diversas pruebas de imagen (Rx axial y AP de pie y tobillo, TAC y RMN) e interconsulta con Traumatología de adultos.

El 14 de julio de 2008 ingresó en el Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica I del Hospital 12 de Octubre para realizar amputación de

pierna derecha por osteomielitis crónica del calcáneo, según consta en el consentimiento informado firmado por la paciente el 15 de julio de 2008. El 16 de julio de 2008 se realizó la amputación infratuberositaria de miembro inferior derecho. La evolución posquirúrgica cursó sin incidencias y fue dada de alta el 22 de julio de 2008.

La paciente fue remitida al Servicio de Rehabilitación del Hospital de Fuenlabrada para tratamiento.

A partir del 14 de agosto de 2008 acudió cada dos semanas a dicho servicio donde se indicaron los cambios posturales para evitar actitudes viciosas del muñón. La herida del muñón que presentaba dos erosiones que supuraban, iba mejorando.

En la revisión del 13 de enero de 2009 se solicitó gammagrafía que descartó la presencia de osteomielitis a nivel de la zona amputada. En la revisión del 27 de abril de 2009 la herida estaba cerrada y la evolución era favorable, la paciente utilizaba la prótesis y la marcha era correcta con un bastón. Le dieron el alta en el gimnasio de Rehabilitación debiendo volver a revisión en tres semanas.

La paciente tiene reconocido por la Dirección General de Servicios Sociales de la Consejería de Familia y Asuntos Sociales de la Comunidad de Madrid, desde el 12 de enero de 2009, un grado de minusvalía del 76% por presentar: trastorno de la afectividad por trastorno adaptativo de etiología psicógena, discapacidad del sistema neuromuscular por mielomeningocele medular lumbo sacro de etiología congénita y ausencia de miembro inferior o sus partes esenciales por amputación de etiología infecciosa.

TERCERO.- Por los hechos que anteceden se ha incoado el correspondiente expediente por responsabilidad patrimonial de la Administración de conformidad con lo dispuesto 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 Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del citado Real Decreto, se han solicitado por el órgano instructor los informes preceptivos de los Servicios médicos presuntamente causantes del daño, incorporándose al expediente, la historia clínica e informes del Hospital 12 de Octubre y del Hospital de Fuenlabrada.

Resulta de relevancia el informe emitido de forma conjunta por el jefe del Servicio de Cirugía Plástica y la médico adjunta que trató a la paciente, de 24 de septiembre de 2009 (folios 227 a 231) en el que se expone que: “(...) *Se da la circunstancia de que la enfermera encargada de las curas, tanto de la Sección de Cirugía Plástica como de del Servicio de Urología, es la misma persona, ya que comparte la consulta en días alternos. Dicha enfermera, como encargada de curas, ha realizado el control de forma permanente de la evolución de las heridas urológicas y del pie en los horarios de las consultas de Urología e, incluso, debido a que [la reclamante] es una paciente conocida desde su nacimiento y dada su edad (mayor de 15 años) y para disminuir su absentismo laboral, en horarios fuera de consulta. (...) El Servicio de Cirugía Plástica, sección de Plástica Infantil, conocía el caso de la paciente a través de la consulta de la enfermera de curas dada la persistencia de la úlcera, realizando en ocasiones desbridamientos más agresivos y supervisando los tratamientos tópicos aplicados a la paciente, de hecho tuvo cita en la agenda de <<Curas de Plástica>> los días 23 y 26 de marzo de 2007. En el mes de mayo de 2007, cuando la paciente presenta un franco empeoramiento del proceso, se decide la realización de pruebas de imagen que constaten el motivo de empeoramiento (radiografía y RM que se adjuntan) (...)”.*

Consta también en el expediente el informe de la Inspección Médica de 11 de agosto de 2010 (folios 248 a 253) en el que se expone: *“La paciente ingresa el 30 de octubre de 2006 en el Hospital 12 de Octubre para corrección de una incontinencia urinaria derivada del mielomeningocele. Durante su ingreso, según consta en el evolutivo, se realizan curas locales de la úlcera del talón derecho. Desde noviembre de 2006, fecha del alta hospitalaria, hasta mayo de 2007 en la documentación clínica facilitada no se ha encontrado ninguna referencia sobre la evolución de la úlcera plantar. Según el informe realizado conjuntamente por el jefe de Servicio de Cirugía Pediátrica del Hospital 12 de Octubre y la médico adjunta que realizó el seguimiento de la úlcera plantar, la paciente acudió en diversas ocasiones a las revisiones correspondientes por su patología urológica a la consulta de urología infantil y, en dichas ocasiones, la enfermera que compatibiliza la consulta de urología y de plástica, realizó las curas pertinentes. Asimismo señalan en el citado informe que la sección de Plástica Infantil conocía el caso de la paciente a través de la consulta de enfermería supervisando los tratamientos tópicos aplicados”*. Finalmente concluye que *“Según la documentación clínica consultada no se puede objetivar que haya existido mala praxis ni negligencia en la atención sanitaria dispensada a la paciente”*.

En cuanto al procedimiento, se han cumplido los trámites establecidos al efecto en la normativa aplicable, incluido el trámite de audiencia, regulado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

Con fecha 27 de enero de 2011 se presenta escrito de alegaciones en el que la interesada se reitera su solicitud de 130.000 euros en concepto de indemnización o, alternativamente, 90.500 euros para el caso de que se alcance una resolución convencional. También amplía la reclamación al tratamiento recibido en el Hospital de Fuenlabrada con fundamento en un informe emitido por perito en valoración de daños corporales, especialista en

Medicina del Trabajo de 26 de enero de 2011 (folios 302 a 311) que expresa que:

“Hay un retraso injustificado, teniendo en cuenta la importancia de los síntomas manifestados (úlceras plantar en enferma de alto riesgo) en la exploración de la enferma.

La progresión de la infección (osteomielitis pie derecho) se produce en el contexto de un acto de asistencia sanitaria. Se produce una anormalidad por la demora en el abordaje de los síntomas (úlceras perforantes plantar) manifestados por la paciente, cuando se tenía que haber actuado inmediatamente en la realización de las pruebas diagnósticas necesarias, como es un cultivo y antibiograma del exudado de la úlcera. No se pusieron los medios y procedimientos a disposición de la enferma que prevea de forma anticipada, las posibles complicaciones y evolución de los signos patológicos surgidos (amputación pierna derecha debido a la progresión de la infección) que no cede con los fármacos pautados.

Se privó a la paciente de tener el tratamiento más adecuado (antibiótico específico amoxicilina+clavulánico, y ciprofloxacino) a su patología desde el principio. Hay un retraso inexcusable en el abordaje del problema desde el primer ingreso inicial hasta su diagnóstico preciso de más de cuarenta días, que hubiera favorecido su mejor evolución. Se utilizan mal los recursos, ya que se emplea una solución antiséptica que no es una indicación en el tratamiento de las curas de la úlcera. (...)

Teniendo en cuenta el punto anterior, y considerando por tanto que se trata de una paciente de riesgo, NO se debería mantener una actitud expectante, y limitada al tratamiento sintomático de la úlcera plantar mediante curas y cobertura antibiótica inespecífica, el tratamiento clínico correcto exige la realización precoz de un cultivo del exudado que nos permita conocer el tipo de germen que causa la infección, cobertura antibiótica de sospecha, y seguidamente antibiograma que nos permita

conocer cual es el antibiótico preciso al germen en concreto que causa la infección. (...)

Desde el mes de noviembre de 2006, prácticamente coincidiendo con el ingreso que esta paciente realiza en el Hospital 12 de Octubre para intervención quirúrgica urológica (incontinencia urinaria) hasta el día 20 de mayo de 2006, carecemos de documentación clínica referida a la evolución de la úlcera plantar. La evolución es descuidada y progresa hasta el punto de aparecer varios focos de absceso que alarman a su médicos y se solicita por primera vez en el mes de abril 2008 interconsulta con el Departamento de Enfermedades Infecciosas, pautando un nuevo antibiótico, Linezolid (antibacteriano ideal en el tratamiento del estafilococo resistente a las penicilinas)

En el mes de mayo (27 mayo 2007) ingresa en el Departamento de Pediatría, Cirugía Plástica, para tratamiento quirúrgico de dos abscesos (cara lateral externa y cara plantar) del pie derecho osteomielitis calcáneo. Cultivo: estafilococo y estreptococo. Y el 3 julio 2007 se realiza drenaje de los abscesos. Hay una mala evolución de su foco séptico que no es controlado en el Hospital 12 de Octubre durante 5 meses aproximadamente, y a resultas de la progresión de esta infección es preciso la amputación de la pierna derecha”.

Finalmente concluye:

“1.-No se establece ningún diagnóstico de certeza, ni tratamiento empírico correcto que hubiera evitado la progresión de la enfermedad, a su ingreso en el Hospital de Fuenlabrada.

2.-Se ha descuidado el tratamiento de la osteomielitis ya diagnosticada, durante un largo período de tiempo (más de 4 meses) que ha favorecido la progresión de la infección osteomielítica.

3.-*Se ha producido una pérdida de oportunidades (sic), al no diagnosticar la patología concreta que presentaba a pesar de los medios disponibles, que priva a la paciente de una mejora calidad de vida (amputación pierna derecha).*

Entiendo que la perjudicada (y su familia) no tienen el deber jurídico de soportar el daño, ya que la medicina tiene el grado de perfección necesario para diagnosticar y tratar una infección por osteomielitis, y que de haber sido diagnosticado en el momento oportuno (ingreso en Hospital de Fuenlabrada el día 23 de junio de 2006) sería más favorable la evolución de esta paciente. Se ha producido una pérdida de oportunidades (sic)”.

Ante la ampliación de la reclamación a la actuación médica al Hospital de Fuenlabrada la instrucción recaba el preceptivo informe del Servicio supuestamente causante del daño, que es emitido por el jefe del Servicio de Dermatología el 9 de mayo de 2011 y en el que expresa que: “(...) Como en todos los pacientes y según normas del servicio se realiza cultivo bacteriológico de la úlcera, se realiza radiografía de pie. Se inicia tratamiento con desbridamientos quirúrgicos para eliminar el tejido necrosado e infectado y con tratamiento antibiótico empírico hasta disponer de antibiograma, este tratamiento se inicia con amoxicilina clavulánico 500 mg cada 8 horas vía oral.

El cultivo bacteriológico (recogido el 28 de junio 2006) muestra positividad a enterococcus faecalis y staphylococcus aureus, sensibles a amoxicilina clavulánico y a ciprofloxacino, por lo que se decide la administración de ambos. El segundo cultivo el día 27 de julio solamente presentaba cultivo positivo a staphylococcus aureus sensible a los mismos antibióticos por lo que continuó con los mismos.

La radiografía de pie no mostró signos de osteomielitis y el desbridamiento quirúrgico realizado no llegó a observar datos de

osteomielitis y no se llegó a exponer hueso ya que la necrosis no era tan profunda. (...) la evolución fue muy favorable, cerrando casi por completo la úlcera y con tejido de granulación en el centro a plano con los bordes. Ante tan buena cicatrización y evolución la paciente se le da de alta laboral, que no hospitalaria, para que pueda seguir trabajando ya que lo necesitaba para mejorar su estado psicológico. Además el tratamiento con antibiótico sistémico (amoxicilina clavulánico y ciprofloxacino a las dosis adecuadas para su patología y peso) se mantuvo más de cuatro semanas, tiempo que cubre una posible osteomielitis que en ese momento no presentaba.

En septiembre acudió a curas después de iniciar la actividad laboral los días 6, 8, 11 y 13 en los que enfermería comprobó que seguía mejorando hasta casi el cierre completo. A partir de dicha fecha la paciente decide ser seguida por dicho problema en el Hospital 12 de Octubre y al llamarla para saber porque no acudía a las citas y poder terminar con nuevo estudio de imagen y cultivos, indicó que como se tenía que operar en el Hospital 12 de Octubre, en ese mes, prefería acudir allí. (...)

(...) Nunca se ha diagnosticado en este tiempo que está en el Hospital de Fuenlabrada de osteomielitis, por tanto la frase que se pone en el informe de la demanda indicando que el día 4 de agosto existía osteomielitis es erróneo. (...)

Por tanto concluimos que el diagnóstico, tratamiento y seguimiento de la paciente en este hospital ha sido absolutamente correcto, se ha seguido la evidencia científica que en ese momento (2006) existía, y además el cierre casi completo de la úlcera neuropática (también denominado mal perforante plantar cuando afecta a la planta del pie) es un éxito médico de incuestionable valor ya que es una patología, que como es bien sabido, en muchas ocasiones termina en un amputación que nosotros evitamos durante ese periodo, al no dejar evolucionar a osteomielitis”.

También se ha recabado nuevamente informe de la Inspección Sanitaria que fue emitido el 24 de mayo de 2011 y entre sus conclusiones expone:

“La atención sanitaria prestada en el Hospital de Fuenlabrada fue adecuada a la patología que en aquel momento presentaba la paciente como indica la propia evolución favorable del proceso.

Objetivamente no había signos que permitan afirmar la existencia de osteomielitis en aquel momento”.

A causa de la existencia de informes nuevos en el expediente se concede nuevo trámite de audiencia, en cuyo uso la interesada formuló alegaciones el 5 de agosto de 2011 ratificándose en su reclamación inicial y en las anteriores alegaciones.

El 29 de septiembre de 2011 se elevó por la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) propuesta de resolución desestimatoria.

El Servicio Jurídico en la Consejería emitió informe el 19 de octubre de 2011 en el que propone la desestimación de la reclamación.

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.

SEGUNDA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 39 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP.

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

También concurre legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, al encontrarse tanto el Hospital 12 de Octubre como el Hospital de Fuenlabrada integrados en la red pública sanitaria de atención primaria del Servicio Madrileño de Salud.

El artículo 142.5 de la LRJ-PAC dispone que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*.

En el caso sometido a dictamen, consta en el expediente que el alta de la paciente tuvo lugar el 27 de abril de 2009, quedando aún sujeta a revisiones, por lo que la reclamación presentada el 6 de julio del mismo año ha de considerarse formulada en plazo.

El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación aplicable. Especialmente, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se

ha evacuado el trámite de audiencia exigido en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y 82 y 84 LRJ-PAC.

CUARTA.- Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- esta responsabilidad consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

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

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

En el caso que nos ocupa está acreditada mediante informes médicos la osteomielitis sufrida por la enferma así como la amputación de la pierna derecha.

La interesada reclama por la pérdida de oportunidad acaecida a su juicio ya que alega que si hubiera sido tratada con mayor atención de la úlcera no hubiera sido precisa la amputación de la pierna.

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

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

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación

del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

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

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004, señala: *"lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis"*.

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

SÉPTIMA.- Alega la reclamante una atención defectuosa y descuidada ocasionó la pérdida de oportunidad de haber recibido un tratamiento precoz de su enfermedad lo que, a su juicio, hubiera supuesto un tratamiento menos agresivo que la amputación de la pierna. En alegaciones invoca también un retraso de diagnóstico por parte del Hospital de Fuenlabrada.

La historia clínica del Hospital de Fuenlabrada desmiente tajantemente retraso de diagnóstico de la osteomielitis mientras la paciente estuvo atendida en este centro, ya que las pruebas diagnósticas practicadas (radiografía y cultivos) mostraron que lo que existía era una infección que fue correctamente tratada hasta su casi completa curación, como reconoce la interesada en su escrito de reclamación inicial. En el mismo sentido se

pronuncia el informe de la Inspección Sanitaria respecto de la asistencia prestada por este hospital.

En cuanto a la atención dispensada en el Hospital 12 de Octubre, como ha quedado puesto de manifiesto en los antecedentes de hecho, no existe historia clínica que cubra el periodo de septiembre de 2006 hasta mayo de 2007. Sin embargo, el informe emitido por el jefe del Servicio de Cirugía Pediátrica reconoce que en varias ocasiones durante ese lapso de tiempo se prestó atención a la úlcera de la paciente *“realizando desbridamientos más agresivos y supervisando tratamientos tópicos”*.

La falta de informes médicos y de historia clínica sobre estas actuaciones impiden valorar a la Inspección Sanitaria la corrección de la prestación recibida por la paciente y en su informe concluye que no hay evidencias de mala praxis pero no puede concluir que la actuación médica haya sido conforme a la *lex artis ad hoc*.

De acuerdo con las reglas de la carga de la prueba en materia de responsabilidad patrimonial, salvo circunstancias concretas que no vienen al caso, recae sobre quienes la reclaman (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -recurso 4067/2000-, entre otras).

Pero la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre (Recurso nº 3071/03) y 2 de noviembre de 2007 (Recurso nº 9309/03) y 7 de julio de 2008 (Recurso nº 3800/04). A veces, incluso, el Tribunal Supremo, sentencia de 27 de junio de 2008 (Recurso nº 3768/04) requiere una explicación adecuada del evento dañoso para excluir la responsabilidad.

Ninguno de los informes médicos obrantes en el expediente se pronuncian en torno a esta cuestión, y el informe de la Inspección Médica que se limita a afirmar que no se aprecia la existencia de mala praxis sin poder explicar las razones de la tórpida evolución de la úlcera en el Hospital 12 de Octubre.

En definitiva, por parte de la Administración actuante no se ofrece ninguna explicación plausible y lógica respecto de la mala evolución de la infección de la paciente que pudiera desvincularla de su tratamiento en el hospital. Por ello, resulta de aplicación el principio de la “*facilidad de la prueba*”, antes citado y establecido por las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 (recurso de casación 273/03) y de 2 de noviembre de 2007 (recurso de casación 9309/03) en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas, en las que se atribuye a la Administración, acreditado el daño por la reclamante, el deber de dar una explicación razonable de lo sucedido.

Puesto que tal explicación no existe en el expediente no cabe sino considerar que se ha producido una pérdida de oportunidad derivada de una atención descuidada de la úlcera en el Hospital 12 de Octubre ante la ausencia de diagnóstico y tratamiento ante los graves síntomas.

OCTAVA.- 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 LRJAP-PAC con relación al momento en que la lesión efectivamente se produjo.

A la hora de realizar una valoración la jurisprudencia se ha decantado por una valoración global –sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 (RJ 8676), 15 de abril de 1988 (RJ 3072) y 1 de diciembre de 1989 (RJ 8992)- que derive de una “*apreciación racional aunque no matemática*” –sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990 (RJ

154)-, pues se carece de parámetro o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso.

En el presente caso hemos de considerar, a estos efectos, que el daño sufrido por la interesada es el de la pérdida de oportunidad de haber salvado la pierna si la prestación sanitaria hubiera sido correcta, lo que no es sino una hipótesis que se compadece mal con la exigencia legal de que el daño indemnizable sea real y efectivo.

Ello no obstante, en la jurisprudencia entiende que la pérdida de oportunidad se define -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»"*.

Como afirma la sentencia de 21 de febrero de 2008 (recurso de casación 5271/2003) *"en el caso de autos no se ha dejado de practicar actuación médica alguna ni se ha omitido tampoco ningún tratamiento posible, en eso consiste la pérdida de oportunidad"*. En el mismo sentido la sentencia de 13 de julio de 2005 (recurso de casación 435/2004): *"sin que conste la relevancia causa-efecto de un diagnóstico precoz porque, como afirma la sentencia recurrida, para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios"*.

La jurisprudencia, así, transforma la hipótesis de un resultado diferente y mejor para el paciente en un daño real y efectivo al afirmar en la sentencia de 25 de junio de 2010 (recurso de casación 5927/2010): *“Ahora bien, el principio de reparación integral exige indemnizar a (...) por el daño real y efectivo (artículo 139, apartado 2, de la Ley 30/1992), que padece por haberle privado de la oportunidad de protegerse, con una vacuna eficaz, contra la meningitis C, que la propia Administración conocía, presentaba como eficaz y proporcionó a otros, lo que comporta la existencia de nexo causal entre la falta de actividad de la Administración y el daño, tanto moral como físico y también económico experimentado por (...) ya que, las lesiones, las secuelas y la incapacidad que las mismas suponen para cualquier actividad, de por vida, determinan gastos extraordinarios que constituyen un daño real y efectivo ya producido”*.

En atención a este criterio entendemos que el daño que debe ser indemnizado es el de la amputación de la pierna de la paciente que tuvo lugar el 18 de julio de 2008 por lo que, con carácter orientativo para fijar la cuantía indemnizatoria, podrían tenerse en consideración el anexo sobre indemnizaciones por muerte y lesiones permanentes establecido en el 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 así como la Resolución de la dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 17 de enero de 2008, conforme a los cuales correspondería una indemnización de 55 a 60 puntos, incluidos los daños morales. Este órgano consultivo entiende que es razonable la aplicación de 57 puntos, a razón de 2.123,81 euros cada punto, dada la edad de la reclamante, lo que asciende a 121.057,17 euros.

Procede recordar que la interesada propone una resolución convencional aceptando 90.500 euros de indemnización, propuesta que es conforme a derecho al admitirla expresamente los artículos 8 y 13 RPRP.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación por responsabilidad patrimonial por concurrir la pérdida de oportunidad reclamada e indemnizar a la reclamante con la cantidad de 90. 500 euros.

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, 7 de diciembre de 2011