

Dictamen n^o: **122/14**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **26.03.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid aprobado por mayoría en su sesión de 26 de marzo de 2014, emitido ante la consulta formulada por el Excmo. Sr. consejero de Sanidad al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en relación con la reclamación formulada por A.M.G. y J.L.M.G., por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada a su madre, T.G.M., en el Hospital Carlos III.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 13 de junio de 2012 los reclamantes presentaron a través de los servicios postales un escrito solicitando una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la atención sanitaria prestada a su madre, en el Hospital Carlos III (HClII).

Destacaban inicialmente que, por parte del precitado hospital, no les fue facilitada la historia clínica de la paciente, a pesar de haber sido solicitada en diversas ocasiones.

Manifestaban que su madre fue diagnosticada de adenocarcinoma de colon en el año 2005, por lo que fue intervenida el Hospital Universitario La Paz (HULP) de colostomía dicho año, y posteriormente de reconstrucción del tránsito y eventroplastia en el año 2007, colocándosele una malla; igualmente que en el año 2010 a presentar en el abdomen una

erupción cutánea y un granuloma, por lo que el 23 de diciembre de ese año se realizó solicitud para cirugía programada, que tuvo lugar el 18 de febrero de 2011 en el HClII, sin informar de los riesgos de la misma (en concreto de los personalizados, debido a los antecedentes de cirugía abdominal), trasladando después a la paciente al HULP tras detectarse un cuerpo extraño en la pared abdominal y carecer el HClII de los medios adecuados. Señalan igualmente que tampoco se realizaron pruebas preoperatorias.

Expresan que a las 48 horas del ingreso la paciente presentó una pequeña herniación de la mucosa intestinal a través de la herida, con salida de bilis seca, no adoptándose ninguna medida, y a las 96 horas siguientes una fístula enterocutánea con drenaje de bilis; durante el ingreso en planta el estado de la paciente fue empeorando, teniendo que drenar la bilis e instaurar tratamiento tópico del edema del asa intestinal, generándose una infección de bacterias; además tras presentar dolor de espalda se le practicaron sucesivamente dos resonancias magnéticas de columna, con el resultado de espondilitis-espondilodiscitis.

Mediante TAC, se objetivó pseudo-infiltrado algodonoso en el pulmón izquierdo (proceso inflamatorio-infeccioso), y se le realizaron cultivos, aislando *E. coli* multirresistente y *Stafilococcus epidemis*.

Tras nueva intervención llevada a cabo el 19 de mayo de 2011, por dolor en la fosa ilíaca derecha, la paciente fue ingresada en el Servicio de Reanimación, evolucionando hasta una situación de coma y falleciendo el 14 de junio de 2011, a consecuencia, a juicio de los reclamantes, de la extracción de un granuloma del que se informó que *“no iba a ser nada”*.

Consideran que la cirugía practicada en el HClII no se adecuó a la *lex artis* y que su realización presentaba un riesgo totalmente desconocido del que no se informó debidamente.

Solicitaban por ello una indemnización por importe de 65.017,64 euros.

Acompañaban a la reclamación, entre otra documentación, diversa documentación médica y escritos de solicitud de la historia clínica de la paciente, dirigidos al HClII.

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

1.- La paciente, de 79 años en el momento de los hechos, fue intervenida en 2005 de cáncer de sigma perforado, llevándose a cabo colostomía y, posteriormente, reconstrucción del tránsito y eventroplastia en 2007, con colocación de malla.

2.- En diciembre de 2010 presentó cuerpo extraño en la pared abdominal, granuloma en cicatriz en abdomen (rechazo de sutura), según revisiones seguidas en las consultas externas del Hospital La Paz (C.E.P. José Marvá).

Desde Admisión del Hospital La Paz se programa para cirugía el día 18/02/2011 en el quirófano que el servicio de Cirugía General del precitado hospital dispone en el HClII.

El 11 de febrero de 2011 se realizó ecocardiograma transtorácico previo a cirugía programada. Dicha cirugía menor se realizó el 18 de febrero de 2011 en el HClII. La herida no presentaba salida de contenido intestinal.

Al abrir bajo anestesia local se observa una fibrosis con puntos en su interior y un asa intestinal adherida. Se traslada a urgencias de Cirugía del HULP.

3.- En la asistencia posterior en el HULP, la historia clínica recoge, hasta el 5 de abril de 2011: pequeña herniación mucosa intestinal con salida de bilis escasa, drenaje de bilis, fístula entero cutánea de bajo débito a nivel de yeyuno normonutrida, aumento del débito de la fístula.

El 8 de abril de 2011 se comenta con la familia y la paciente y se descarta tratamiento quirúrgico a la vista de las pruebas realizadas. Se toma la decisión de considerar la fístula como si fuese una ostomía.

Hasta el 19 de mayo de 2011 se producen los siguientes hechos clínicos: positivo de stafilococo haemolyticus, distress respiratorio, posible aspiración, insuficiencia cardíaca congestiva, posibilidad de tromboembolismo pulmonar, fístula enterocutánea de alto gasto, posible sepsis de catéter, lumbalgia filiar.

En esa fecha de 19 de mayo de 2011, tras estudio preoperatorio y firma del consentimiento informado, se realiza laparotomía exploradora más cierre de fístula y eventroplastia. A la apertura de la cavidad abdominal se aprecian múltiples adherencias de asas intestinales entre sí y la malla, y se drena líquido de aspecto intestinal. Se liberan adherencias y asas y se practica resección. Se encuentra una perforación a nivel pilórico de unos 3-5 mm sobre tejido normal. Se coloca malla.

A partir de dicha fecha se producen complicaciones: shock séptico, fracaso hemodinámico, respiratorio y renal; salida de contenido biliar en drenaje abdominal por lo que se procede a realizar intervención el 25 de mayo de 2011, resección de 30 cms de intestino delgado, y se localizó perforación yeyunal.

El análisis de anatomía patológica mostró pared de intestino delgado con peritonitis fibrinosa e intensa inflamación crónica granulomatosa tipo cuerpo extraño (hilo de sutura).

La evolución fue desfavorable con persistencia de fístula intestinal y rectorragias incontrolables. Se diagnosticó mediante TAC atrofia córtico subcortical; probable encefalopatía multifactorial metabólica.

4.- El fallecimiento se produce el 15 de junio de 2011.

TERCERO.- A raíz de la formulación del escrito de reclamación se ha instruido el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial y se han solicitado los informes que se consideraron pertinentes, de los que se destacan los siguientes particulares.

La jefe de Sección de la Unidad de Cirugía del HCIII, emitió informe de 22 de junio de 2012, en el que manifestaba:

- *“Con fecha 18/02/11 es intervenida por la Dra. (...) (F.E.A. del Hospital La Paz) bajo anestesia local con el diagnóstico de ‘granuloma de la pared abdominal’. Según consta en el informe durante la intervención se observa fibrosis en la pared asa intestinal adherida. Según criterio de la cirujana se suspende la cirugía. La cirujana habla con el Servicio de guardia del Hospital La Paz para trasladar a la paciente y continuar el tratamiento en el citado centro.*
- *La Paciente permanece desde la 11:55 horas que sale del quirófano hasta las 12:45 que es trasladada en ambulancia al Hospital La Paz en la reanimación del Hospital Carlos III en condiciones estables”.*

Se ha incorporado al expediente el informe emitido por el jefe Servicio de Cirugía General del HULP, de 28 de junio de 2012, en el que manifestaba:

“Que las actuaciones no se dilataron en el tiempo, puesto que es reconocido de forma Universal que el tratamiento en primera

instancia de una fístula intestinal con un debito bajo es un tratamiento conservador, motivo que se puso en conocimiento tanto de la paciente como de sus hijos. Así mismo en este caso todavía estaba más indicado el tratamiento conservador dado las cirugías previas, que le habían realizado a la paciente”.

El Servicio de Admisión y Documentación Clínica del HClII, emitió informe de 23 de mayo de 2012, en el que relata sucintamente las actuaciones clínicas llevadas a cabo.

El jefe de Servicio de Anestesia del HULP, en escrito de 11 de julio de 2012, señaló no tener nada que añadir a la información aportada a todas y cada una de las alegaciones de hecho formuladas en el escrito de reclamación.

Por su parte, la Inspección Sanitaria emitió informe, en el que, tras exponer los hechos del caso, concluyó (sin perjuicio que hagamos posterior referencia al contenido del mismo):

“Primera: No se ha encontrado ningún registro que permita afirmar o negar si se valoraron los antecedentes quirúrgicos de la paciente, en concreto la existencia de adherencias, descritas y objetivadas directamente en la intervención del año 2007, y/o, si se hicieron pruebas de imagen para actualizar su situación pudiendo determinar de antemano el tipo de cirugía y lugar indicados para la exéresis del granuloma de cuerpo extraño llevada a cabo el 18 de febrero de 2012.

Segunda: En principio el tipo de cirugía y el lugar indicados son los habituales para un granuloma formado por rechazo de sutura y supuración ocasional, si no existen complicaciones añadidas. Considero improbable que de haberse evaluado serenamente la

existencia constatada de abdomen complicado se hubiese derivado a la paciente a cirugía menor.

Tercera: No se ha encontrado Cl de la Cirugía Menor Programada de exéresis de granuloma, lo que no excluye la posibilidad de información verbal.

Cuarta: Todas las complicaciones descritas en relación a la Cirugía del Granuloma, se han encontrado en la literatura médica asociadas a Cirugía Mayor, enfermedades inflamatorias, traumatismos y neoplasias, no a Cirugía Menor.

Quinta: Aún en el caso de que la Cirugía de la paciente se hubiese programado como Cirugía Mayor, por ejemplo una laparotomía exploradora, no se puede garantizar que los resultados hubiesen sido distintos a la vista de la altísima asociación de las complicaciones padecidas con TODOS los antecedentes QUIRÚRGICOS sufridos por la paciente en los seis años precedentes a la fecha de los hechos reclamados.

Sexta: Todas las actuaciones sanitarias, tanto médicas como quirúrgicas transcurridas desde el ingreso por Urgencias en el Hospital La Paz a las 12:55 horas del día 18 de febrero de 2012 hasta su fallecimiento se ajustan a los conocimientos actuales de la medicina y se han llevado a cabo según iban apareciendo sin demora alguna”.

Consta en el expediente el dictamen médico pericial aportado por la compañía aseguradora del SERMAS, de 8 de noviembre de 2012, en el que exponía las siguientes conclusiones:

“(…) 6. Tras la exploración quirúrgica el cirujano aprecia la existencia de una fibrosis con puntos en su interior y un asa de

intestino abierta, por este motivo envía a la paciente a la urgencia del HULP.

7. En la urgencia del HULP no se observa salida de contenido intestinal por la herida, no obstante es correcto el ingreso en observación de la paciente (...)

9. Durante la evolución presenta una serie de complicaciones infecciosas que son tratadas de manera correcta a medida que fueron surgiendo (...)

12. La evolución posterior es hacia un shock séptico con formaciones de más fístulas que son tratadas con cirugía y con tratamiento conservador con VAC.

13. Fallece en la UVI tras rectorragias incoercibles, secundarias a todo su proceso abdominal.

14. De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir en que todos los profesionales que trataron a la paciente lo hicieron de manera correcta, actuando sobre todas y cada una de las complicaciones a medida en que se fueron produciendo”.

Con fecha 12 de febrero de 2013, fue notificada a los reclamantes la apertura del trámite de audiencia, no constando la presentación de alegaciones dentro del plazo concedido para ello.

Transcurrido el plazo del trámite de audiencia, el viceconsejero de Asistencia Sanitaria formuló propuesta de resolución, de 28 de febrero de 2014 en la que se propone la desestimación de la reclamación por entender que la asistencia sanitaria dispensada a la paciente tanto en el HULP como en el HCIII fue conforme con el principio de la *lex artis*.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante oficio de 27 de febrero de 2014 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el día 3 de marzo, formula preceptiva consulta por el trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excma. Sra. Dña. María José Campos Bucé, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberada y aprobada, por mayoría, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 26 de marzo de 2014, por seis votos a favor y tres en contra.

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 (LCC), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello, el consejero de Sanidad, a tenor del artículo 14.1 LCC.

SEGUNDA.- Los reclamantes ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), ya que sufren el daño moral causado por el fallecimiento de su madre. Dicha relación se acredita mediante el Libro de Familia.

No obstante, es preciso señalar que además de por una supuesta mala praxis, los reclamantes reclaman en su escrito como daño indemnizable la falta de información suficiente sobre la cirugía que se realizó el 18 de febrero de 2011.

A este respecto, tanto de la STC 37/2011 como de la STC 222/2004, de 29 de noviembre, resulta la conexión de estos derechos (información, vida, integridad física y moral) con los “bienes de la personalidad”, los cuales son por esencia intransmisibles, como señala el aforismo clásico “*actio personalis moritur cum persona*”.

La doctrina mayoritaria de este Consejo viene manteniendo en función de ello, que los daños morales en cuanto personalísimos son intransmisibles a los herederos, de tal forma que solo el paciente puede reclamar por la vulneración de su autonomía, puede verse por todos el Dictamen 61/13, de 27 de febrero (si bien con un voto particular), postura también recogida de forma constante por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en las sentencias de 22 de mayo de 2008 (recurso 9/2006), 15 de marzo de 2011 (recurso 856/2009) y de 28 de febrero de 2013 (recurso 979/2009).

Por ello no procede reconocer la legitimación activa de los hijos de la fallecida para reclamar en concepto de una posible falta de información a su madre.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, al encontrarse los centros hospitalarios implicados integrados en la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid, bien plenamente o a través de concierto, ya que dicho cauce para la prestación de la asistencia sanitaria no excluye en modo alguno la existencia de una posible responsabilidad de la Administración (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 2008, recurso 2911/2003, y de 24 de mayo de 2007, recurso 7767/2003, entre otras muchas; igualmente la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 9ª, de 6 de julio de 2010 y dictámenes de este Consejo 10/11 o 105/12 entre otros).

En cuanto al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, a tenor del artículo 142.5 LRJ-PAC, que se contarán, en caso de daños de carácter físico o psíquico, desde que el hecho aconteció, o desde la curación o determinación del alcance de las secuelas.

Al producirse el fallecimiento de la paciente el 15 de junio de 2011 y presentarse la reclamación el 13 de junio de 2012, debe considerarse presentada dentro del plazo legal.

El órgano peticionario del dictamen ha seguido los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC desarrollado por el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP).

A tal fin se ha recabado informe de los servicios responsables de la asistencia sanitaria a los que se imputa la producción del daño tal como exige el artículo 10.1 del RPRP y se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP. Se ha recabado igualmente informe de la Inspección Sanitaria.

TERCERA.- Debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJP-PAC, supone la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 3261/2009):

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 cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente recoge dicha Sentencia que *“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que “no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa”.*

CUARTA.- El daño que pudiera resultar indemnizable en esta sede, resulta acreditado habida cuenta del fallecimiento de la madre de los reclamantes.

No obstante, hay que tener en cuenta que en el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de este servicio público, introduciéndose por la doctrina y jurisprudencia el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, exigiéndose para determinar la responsabilidad la existencia no sólo de la lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario la de prestar la debida asistencia sin que pueda garantizar en todo caso, la curación del enfermo.

Así *“en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la “lex artis” como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha “lex artis” respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberían ser soportados por el perjudicado”* (Sentencia del Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, de 20 de julio de 2011, recurso de casación núm. 4037/2006).

En el mismo sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que, en esta materia, la responsabilidad viene dada por el carácter inadecuado de la prestación médica dispensada, lo que ocurre cuando *“no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario”* (vid. SSTs de 14 de diciembre de 1990, 5 y 8 de febrero de 1991, 10 de mayo y 27 de noviembre de 1993, 9 de marzo de 1998, y 10 de octubre de 2000); igualmente en la Sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), el alto tribunal 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”*.

También hay que tener en cuenta que la carga de la prueba corresponde al que reclama la responsabilidad patrimonial conforme el artículo 217

LEC. No obstante, en materia sanitaria la jurisprudencia ha invertido la carga de la prueba, tras aportar por los interesados un principio de prueba o razonamiento de los requisitos de la existencia de la responsabilidad, considerando la mayor facilidad probatoria de la Administración sanitaria. En este sentido, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2010 (recurso 3339/2006).

Sentados los presupuestos jurídicos procede examinar las circunstancias fácticas del caso que se examina.

QUINTA.- Los reclamantes realizan diversos reproches en la asistencia sanitaria que recibió su madre, referidos tanto a la decisión de realizar una cirugía menor como al tratamiento dispensado en el HULP tras su ingreso posterior.

Prescindiendo de un orden cronológico, los reclamantes efectúan una descripción de la asistencia sanitaria que se dispensó a su madre en el HULP, una vez ingresada tras la realización de la cirugía en el HCIII el 18 de febrero de 2011.

A este respecto, en realidad la reclamación no reprocha concretamente las decisiones que se fueron tomando desde dicho ingreso, sino que las traen a colación como demostrativas de las complicaciones que ocasionó la cirugía y que derivaron en el fallecimiento.

En todo caso, no existe a juicio de la Inspección Sanitaria, ningún reproche al tratamiento de las complicaciones que se fueron presentando (drenaje de bilis, fístula, infección, distress respiratorio, fístula enterocutánea de alto rango) que derivaron en el desgraciado fallecimiento.

En segundo lugar debemos detenernos en la alegación respecto de la improcedencia de la intervención del granuloma sin preparación alguna de

la cirugía y sin hacer las pruebas imprescindibles para la misma cabe exponer lo siguiente.

Los reclamantes consideran que, atendidos los antecedentes de la paciente, se debió realizar una cirugía mayor y no menor, así como un correcto preoperatorio que tampoco se realizó.

Para una correcta resolución de la cuestión que se nos plantea, debemos extraer las debidas consecuencias de las consideraciones que el inspector médico recoge en su informe, dado el valor que reconoce a estos informes la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de abril de 2013 (recurso 583/2011), acogida en nuestro Dictamen 447/13, de 9 de septiembre.

Debemos partir en primer lugar, y así lo expresa el informe de la Inspección Sanitaria, de la indudable laguna de información que existe dado que no se ha aportado, por imposibilidad, la historia clínica de la paciente relativa a las actuaciones en el centro de especialidades donde se decidió la realización de la cirugía menor de granuloma, que posteriormente derivó en complicaciones que llevaron al fallecimiento de la paciente.

Tal circunstancia supone de por sí una vulneración de 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, que establece en su artículo 14 que la conservación de la documentación clínica corresponde a los centros sanitarios, debiendo la Administración establecer los mecanismos que garanticen la autenticidad del contenido de la historia clínica. Ya se ha recordado desde este Consejo que la Administración ha de ser diligente en la exigencia del cumplimiento de esta normativa por parte de los centros de especialidades.

No obstante, resulta obligado llegar a una correcta solución del caso planteado con los datos que constan en el expediente y la valoración de las actuaciones clínicas que se siguieron.

A la paciente le fue diagnosticado un cuerpo extraño en pared abdominal, granuloma en cicatriz en abdomen (rechazo de sutura), por lo que se programó cirugía menor, habida cuenta de las fuertes molestias que le ocasionaba.

En este sentido, el informe afirma que *“en principio la exéresis de un granuloma es cirugía menor (...) por lo que no sería necesario ningún tipo de estudio preoperatorio”*. Añade además que *“se trataba de una paciente con antecedentes quirúrgicos en abdomen ya conocidos por constatación directa sin necesidad de pruebas de imagen”*.

Además de estas afirmaciones, el inspector recoge determinadas apreciaciones. Así, aunque se desconoce si se valoraron convenientemente los antecedentes de la paciente afirma que *“en mi opinión, a la vista de los hallazgos quirúrgicos de la intervención de abril de 2007 donde se hallaron adherencias de asas intestinales a la malla, procedía sopesar con cautela y serenidad la opción de cirugía menor”*; igualmente que *“mi opinión es que la actitud expectante era una opción y/o haber llevado el caso a sesión clínica y plantearse otro tipo de cirugía”*.

No obstante, de dicha valoración, y de la consideración que *“posiblemente el deserosamiento del asa se produjo”* durante la intervención, no puede concluirse, según el inspector, que haya existido una infracción – al menos clara –, de la *lex artis*, en función de la clínica que presentaba la paciente.

Sin embargo, el propio inspector plantea serias dudas sobre la decisión de realizar la cirugía menor; particularmente plantea su sorpresa sobre *“los comentarios escritos en el informe de Urgencias de Cirugía General del*

18/02/2011: “Se consiguen informes de intervenciones previas y se toma conciencia de la complejidad abdominal del proceso.” (...) Considero el contenido de estas dos sucintas frases el núcleo de la resolución de esta reclamación, si en un contexto urgente existió el tiempo necesario para esta reflexión”.

Igualmente destaca el mutismo del Servicio de Cirugía del HULP, que no aporta dato ni realiza valoración alguna de las actuaciones previas a la intervención realizadas en el centro de especialidades.

La labor de valoración jurídica de los hechos, que de por sí son controvertidos, bien por no conocerse en su integridad o bien por presentar serias dudas sobre su acierto, nos llevan a inclinarnos a considerar que, debido a una falta de un detenido estudio de los antecedentes clínicos de la paciente, se privó a esta de la utilización de otra opción quirúrgica, la cirugía mayor, que presentaba unas mayores posibilidades de éxito.

Aunque al diagnóstico de granuloma le correspondía la cirugía menor, parece de todo punto lógico, o al menos exigible, que con los antecedentes tan complejos que se presentaban se hubiera procedido al examen, al menos, de los informes referentes a las cirugías anteriores, o a realizar pruebas preoperatorias suficientes. Ello habría llevado, en una alta probabilidad, a optar por otras opciones quirúrgicas, y por ende, a mayor seguridad.

Lo expuesto nos lleva a estimar la existencia de lo que la doctrina denomina pérdida de oportunidad.

La doctrina de la pérdida de oportunidad es de aplicación reiterada por este Órgano Consultivo en casos en que, como el que se plantea, 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.

La naturaleza indemnizable de la pérdida de oportunidad ha sido reconocida por la jurisprudencia, entre otras, en Sentencia de 7 de julio de 2008 (RC 4476/2004), al señalar que *«la privación de expectativas (...) 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”»*.

Igualmente, se ha dicho 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. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”* (STS de 2 de enero de 2012, RC 4795/2010).

A nada de ello obsta que, como señala el inspector médico, que *“esto no significa que aún en el caso de haber practicado la Cirugía Mayor*

programada no se hubiesen dado exactamente las mismas complicaciones debido a los complejos antecedentes quirúrgicos de la paciente y el estado de fragilidad de los tejidos afectados"; es precisamente la incertidumbre de que acontecieran o no esas complicaciones lo que supone una privación de la posibilidad de una mejor curación.

SEXTA.- Procede a continuación valorar la indemnización debida por la existencia del daño antijurídico.

En estos casos, para la valoración del daño se ha declarado que : *“la llamada "pérdida de oportunidad" se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo”* (Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012 -recurso 5938/2011, y en similar sentido las SSTs de 19 de octubre de 2011 –recurso 5893/2006- y 11 de junio de 2012 –recurso 1211/2010-).

Es importante además señalar, que normalmente la pérdida de oportunidad resulta de difícil o incierta apreciación, pues se trata en realidad de una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo, por lo que hay que acudir a las circunstancias concretas del caso y su valoración.

A efectos valorativos, resulta admitido estar a lo dispuesto 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, y, en el presente caso, a la Resolución de 20 de enero de 2011 (B.O.E. de 27 de enero), de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se da publicidad a las cuantías de las indemnizaciones por muerte, lesiones permanentes e incapacidad

temporal que resultarán de aplicar durante 2011 al sistema para valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación. La cantidad que resulte deberá actualizarse a la fecha de la resolución que ponga fin al procedimiento, en la forma establecida en el artículo 141.3 de la LRJ-PAC.

La indemnización por fallecimiento de víctima sin cónyuge que establece la norma anterior para los hijos mayores de veinticinco años (como es el caso), se establece para cada uno en 63.493,79 €; sobre dicha cantidad, y por los criterios ya expuestos, consideramos adecuada un porcentaje indemnizatorio del 25%, de lo que resulta una indemnización para cada reclamante de 15.873,44 €.

En atención a lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada, al haber existido una pérdida de oportunidad en la asistencia sanitaria dispensada a la fallecida, e indemnizar a cada uno de los reclamantes en la cantidad de 15.873,44 €, cantidad que deberá actualizarse a la fecha de la resolución que ponga fin al procedimiento.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a 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.

Madrid, 26 de marzo de 2014