

Dictamen nº: **465/14**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **05.11.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 5 de noviembre 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 J.P.P. y E.P.C., en nombre y representación de A.G.S., A.A.G., P.A.G., M.A.G., B.A.G. y G.A.G., sobre responsabilidad patrimonial de la Administración por el fallecimiento de su cónyuge y padre, respectivamente, A.A.E., que atribuyen a la asistencia sanitaria dispensada por el Hospital Universitario de la Princesa, que consideran deficiente.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por escrito presentado el 17 de abril de 2013, los interesados, bajo dirección letrada, formulan reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración por los daños y perjuicios ocasionados por el fallecimiento de su familiar que atribuyen a la que consideran deficiente actuación por parte del Hospital Universitario de la Princesa y que concretan en los siguientes aspectos:

- Un retraso en el tratamiento quirúrgico de la insuficiencia venosa que padecía el paciente, cirugía que hubiera podido evitar la embolia y, por ende, la embolectomía que devino necesaria. Afirman que en una consulta a Urgencias el 19 de noviembre de

2011 el enfermo ya dio muestras de dicha insuficiencia venosa, por lo que afirman que la actuación médica ocasionó al paciente *“pérdida de oportunidad”*.

- Los facultativos no tuvieron en cuenta las advertencias sobre los problemas que presentaba el enfermo para intubación y durante la intervención de embolectomía a la que fue sometido el 8 de febrero de 2012, fue necesaria la realización de una intubación que resultó difícil, precisando maniobras de reanimación cardiopulmonar y la práctica de una traqueotomía, quedando en coma hasta su fallecimiento el 26 de abril del mismo año.
- Añaden que la información recibida fue del todo distorsionada, incompleta y poco rigurosa, que no se firmó ningún consentimiento informado ni para anestesia ni para la intervención y la mala praxis, puesto que en una asistencia a Urgencias el 19 de noviembre de 2011 ya se observaron síntomas de insuficiencia venosa.

Solicitan ser indemnizados en una cantidad que no determinan.

Acompaña al escrito copia del Libro de Familia para acreditar la relación de los reclamantes con el fallecido, certificado médico de defunción del paciente y diversos informes médicos. A efecto de notificaciones designan un despacho de abogados.

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

El paciente, de 78 años de edad, presentaba como antecedentes médicos personales de interés para el caso: amputación de miembro inferior derecho y del segundo dedo del pie izquierdo y problemas para intubación de cirugías previas.

El 19 de noviembre de 2011, a las 16:30 horas, acude a Urgencias del Hospital Universitario de la Princesa por dolor en la región inguinal. En la exploración física se objetiva hernia inguino escrotal izquierda. Miembro inferior izquierdo con signos de insuficiencia venosa crónica, pie frío y de coloración violácea y no se palpan pulsos pedios ni poplíteos. Con el juicio clínico de hernia inguinal bilateral de larga evolución, se propone cirugía, se solicita preoperatorio, interconsulta a anestesia para valoración, que determina un ASA III y consulta en Cirugía General y del Aparato Digestivo.

El 8 de febrero de 2012, a las 8:45 horas, es atendido en su domicilio por el SUMMA 112 por dolor intenso desde la región inguinal hasta el pie izquierdo e impotencia funcional, se traslada al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario de la Princesa con el diagnóstico de isquemia en miembro inferior izquierdo.

Ingresa en Urgencias del hospital a las 10:03 horas y recibe la primera atención a las 10:11 horas, en exploración Cirugía-Traumatología, la exploración diagnóstica isquemia subaguda por oclusión ilio-femoral del miembro inferior izquierdo, se administran heparina y analgesia y se solicita arteriografía urgente. A las 12: 00 horas Cirugía Vascular decide realizar embolectomía. El proceso, comienza a las 14:40 horas y finaliza a las 17:00 horas. Se inició bajo anestesia local, siendo necesario posteriormente sedación por dolor y agitación del paciente. Tras iniciar sedación, presenta un episodio de desaturación brusca por lo que se procede a ventilación con mascarilla facial. Ante la persistencia del cuadro, se procede a su intubación endotraqueal, siendo esta última no efectiva, por lo que se decide traqueostomía urgente. Durante la realización de la traqueostomía el paciente presenta bradicardia extrema, requiriendo la administración de atropina y adrenalina e inicio de maniobras de resucitación cardiopulmonar básica (RCP), consigiéndose

ritmo cardíaco efectivo a los veinte minutos. Tras la estabilización se completa la embolectomía iliofemoral y se traslada a Reanimación.

El 9 de febrero, por falta de respuesta neurológica tras veinticuatro horas sin sedación se realiza electroencefalograma en el que se objetiva patrón de descargas-supresión de pronóstico infausto. El estudio se completa con TAC cerebral y angio-TAC pulmonar. Los electroencefalogramas posteriores muestran ausencia de actividad bioeléctrica, es dado de alta en Reanimación el 21 de marzo de 2012 por derivación al Servicio de Neumología, donde presenta un deterioro progresivo de sus patologías previas. Se solicita nuevo electroencefalograma el 11 de abril que muestra trazado electroencefalográfico plano, expresión de inactividad bioeléctrica cerebral.

El 26 de abril presenta desaturación y cianosis. Se conecta a ventilador y se realiza electrocardiograma de urgencia cuyos resultados son compatibles con infarto agudo de miocardio. El paciente fallece a las 10:25 horas del 26 de abril de 2012. Se solicita a las hijas autopsia clínica, comunican verbalmente que no desean realizarla.

TERCERO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial, cuyo inicio se comunica a los interesados por escrito de 26 de abril de 2013, en el que se les requiere para que presenten escrito de reclamación con las firmas originales, al tener el escrito inicial la firma de los letrados fotocopiadas, también se solicita que concreten la cuantía económica solicitada. Por los letrados designados en la reclamación se da cumplimiento a los interesados por escrito presentado el 8 de mayo de 2013, indican que la cuantía indemnizatoria para subsanar los daños y perjuicios ocasionados, es de 130.035,26 €.

Se han incorporado al expediente la historia clínica del paciente y los informes de los servicios que intervinieron en el proceso asistencial objeto de reproche:

- Informe del subdirector de enfermería responsable de Atención al Usuario del SUMMA-112, que adjunta los informes asistenciales realizados por los facultativos del servicio de emergencias.
- Informe del jefe del Servicio de Anestesiología y Reanimación de 10 de julio de 2013.
- Informe del jefe de Sección de Angiología y Cirugía Vascular, elaborado el 15 de julio de 2012.

Asimismo, se ha incorporado al expediente el informe de la Inspección Sanitaria de 30 de agosto de 2013.

Con fecha 19 de noviembre de 2013, se remite copia del expediente a los interesados por correo con acuse de recibo firmado el día 25 del mismo mes a fin de que puedan formular las alegaciones que estimen pertinentes, lo que hacen dentro del plazo conferido.

El 1 de febrero de 2014 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) elevó propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial realizada por los interesados.

El consejero de Sanidad, mediante escrito de 25 de febrero de 2014, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo, que en sesión de 2 de abril emite el Dictamen 137/14, concluyendo que *“Procede retrotraer la tramitación del expediente para que la instrucción del mismo solicite informe de uno de los servicios supuestamente causantes del daño, como es el Servicio de Urgencias del Hospital de La Princesa”*.

De acuerdo con la opinión del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, se ha incorporado al expediente el informe del Servicio de Urgencias, de 12 de mayo de 2014. La Inspección Sanitaria, vistas las manifestaciones del Servicio de Urgencias, emite con fecha 23 de junio de 2014 informe de ampliación. Por escrito notificado el 1 de julio de 2014, se comunica a los interesados la apertura del trámite de audiencia con remisión del expediente administrativo.

Las alegaciones presentadas dentro del plazo establecido, ratifican lo manifestado en anteriores escritos y aducen que en la documentación remitida, en contra del dictamen del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, no se encontraba el informe del Servicio de Urgencias de 19 de noviembre de 2011.

El 18 de septiembre de 2014 la secretaría 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) elevó propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial realizada por los interesados.

CUARTO.- Por el consejero de Sanidad, mediante escrito de 24 de septiembre de 2014, que ha recibido el número de expediente 438/14, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección II, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que formuló y firmó la propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 5 de noviembre 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 13.1f) 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. 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).

Concurren, respectivamente, en los reclamantes y en la Comunidad de Madrid, legitimación activa y pasiva. Además, la reclamación se ha presentado dentro del plazo establecido en el artículo 142 de la LRJ-PAC.

El procedimiento se ha iniciado a instancia de parte y, tras la indicación del Consejo Consultivo en su Dictamen 137/14, se ha instruido correctamente, si bien se ha excedido el plazo de seis meses para resolver dispuesto en el artículo 13 RPRP.

Por otro lado, los interesados en su último escrito de alegaciones afirman que no se les dio traslado del informe del Servicio de Urgencias,

cuya solicitud motivó la retroacción del expediente. Si tal afirmación fuera cierta se habría cumplimentado incorrectamente el trámite de audiencia, lo que hubiera podido implicar una indefensión de los reclamantes que constituyese causa de anulabilidad del procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial. En este caso, este Consejo Consultivo considera que, como se fundamentará en la consideración jurídica siguiente, procede la estimación de la reclamación en lo relativo a la actuación del Servicio de Urgencias del Hospital La Princesa, por lo que entiende que solo sería preceptiva la retroacción del expediente para trámite de audiencia en el supuesto de que la resolución fuese desestimatoria.

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.

Es preciso examinar los daños por los que reclaman los interesados:

1º.- Nos referiremos, en primer lugar, a la reclamación relativa a la falta de información y, en particular, a la ausencia de consentimiento informado para cirugía y para anestesia.

Sobre los efectos de la ausencia de consentimiento informado, al privar al paciente de tomar una decisión sobre su salud, el Consejo Consultivo entiende que se le ocasiona un daño moral, de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional en su sentencia 37/2011. Dictámenes

213/11, de 4 de mayo; 216/11, de 4 de mayo. En el Dictamen 129/11, de 6 de abril, este órgano consultivo indicaba: *“La indemnización debe resarcir el daño moral derivado de la frustración del derecho a la autodeterminación, ocasionado ante la falta de conocimiento de los riesgos asociados a la práctica de la biopsia que se materializaron, en tanto de haber sido conocidos, se hubiera podido rechazar la realización de la misma”*.

Es preciso subrayar, no obstante, que respecto de la reclamación efectuada por la falta de información suministrada al enfermo, de haberse producido, la misma supondría una vulneración de la autonomía del paciente, lo que constituye un daño personalísimo que no es transmisible, por lo que no cabe considerar que dicho daño se haya infligido a los interesados. Sobre la cuestión de la intransmisibilidad del daño personalísimo se ha pronunciado este órgano consultivo en numerosas ocasiones, valga por todas el Dictamen 80/11, de 23 de marzo, en el que expresábamos:

«(...) la indemnización a favor de los perjudicados en caso de fallecimiento de una persona se fija “iure proprio”, es decir, por el perjuicio personal causado a quien se encontraba con el difunto vinculado con un lazo de parentesco, afectividad o convivencia, y que, precisamente por ese fallecimiento, sufre un daño susceptible de indemnización, daño que se califica de daño moral (vid. por todas, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra núm. 1089/2003, de 17 de octubre). El daño moral es un daño personalísimo, que sólo puede ser reclamado por quien lo sufre, o por un tercero, siempre que aquél le hubiera conferido su representación o, en el caso de ser menor o incapacitado, ostente su representación legal (vid. por todas, la Sentencia del Tribunal Supremo –Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª- de 30 de diciembre de 2002) ».

Sin perjuicio de lo expuesto, el artículo 5.1 de la Ley 41/2002, prevé que el derecho a la información sea extensivo a las personas vinculadas al paciente por razones familiares o de hecho. En este sentido, los informes médicos incorporados al expediente, la historia clínica y la propia reclamación permiten considerar que se cumplió con el deber de información en lo relativo a la cirugía y a la anestesia local que se previó en primera instancia, así el informe del jefe del Servicio de Anestesiología y Reanimación de 10 de julio de 2013 expone:

“(...) La urgencia del caso, el intenso dolor que presentaba el paciente y el hecho de estar acompañado por su hija M.A.G., trabajadora sanitaria habitual en los quirófanos del hospital, justifica que se obviase la solicitud escrita de consentimiento informado iniciando el procedimiento bajo anestesia local”.

Por su parte, el informe del jefe de Sección de Angiología y Cirugía Vascular, 15 de julio de 2012, indica:

“La información transmitida a su hija M.A.G. Auxiliar de Clínica de este Centro, en ningún caso se le habló de «soplito coronario» ni de otros aspectos que incumben a los anestesiistas. Lo que se le explicó es que su padre, diabético, hipertenso, dislipémico, con antecedentes de enfermedad arterial periférica que requirió amputación del miembro inferior derecho, es decir con miembro único y con signos (ausencia de motilidad y sensibilidad) que implican la amenaza de pérdida de extremidad, debía ser sometido a una intervención urgente y no programada. Se le explicó así mismo la necesidad de realizar el estudio arteriográfico. (...) Para no esperar al quirófano de Urgencias en la planta 4^a, que se encontraba ocupado, de nuevo comunicó a la hija del paciente M.A.G., la necesidad de realizar la cirugía de inmediato, por el peligro de la pérdida de la extremidad. En ningún momento la

familiar (hija) presentó ningún inconveniente a que así se procediera”.

Cabe recordar que de acuerdo con el artículo 8.2 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, *“El consentimiento será verbal por regla general. Sin embargo, se prestará por escrito en los casos siguientes: intervención quirúrgica, procedimientos diagnósticos y terapéuticos invasores y, en general, aplicación de procedimientos que suponen riesgos o inconvenientes de notoria y previsible repercusión negativa sobre la salud del paciente”*. En el presente caso la información se suministraba a la familia a través de una hija, personal sanitario del hospital por lo que cabe considerar cumplido el deber de información.

Respecto de las actuaciones médicas sobrevenidas en quirófano no puede considerarse exigible el consentimiento ya que el paciente se encontraba en situación de urgencia vital. En efecto, el artículo 9 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente y derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, regula excepciones a la exigencia de prestar consentimiento informado, la más destacada es la prevista en situaciones de urgencia vital establecida en la letra b) del apartado 2 del citado precepto: *“b) Cuando existe riesgo inmediato grave para la integridad física o psíquica del enfermo y no es posible conseguir su autorización, consultando, cuando las circunstancias lo permitan, a sus familiares o a las personas vinculadas de hecho a él”*. La situación del paciente en la que la desaturación que se produjo comprometió la vida del mismo justifica la actuación urgente en relación con la intubación y con la traqueostomía sin que fuera necesario consentimiento informado.

2º.- Los interesados también reclaman por entender que a pesar de las advertencias de dificultad de intubación para el paciente, las mismas fueron obviadas por los médicos que asistieron al enfermo y, como

consecuencia de ello, sobrevinieron los problemas sufridos por el enfermo hasta su fallecimiento.

El Consejo Consultivo, siguiendo la jurisprudencia, ha establecido el cumplimiento de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, exigiéndose para su existencia la infracción de ese criterio básico y siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo, así el Dictamen 393/14, de 10 de septiembre.

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 que la carga de la prueba corresponde a quien reclama, 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 presente caso, los reclamantes no aportan prueba alguna que acredite la existencia de mala praxis, sino que se limitan a afirmarla.

Por el contrario, los informes médicos incorporados al expediente presentan una versión de los hechos claramente diversa de la de los reclamantes, así, el informe del jefe del Servicio de Anestesiología y Reanimación de 10 de julio de 2013 expone (folios 101 y 102), entre otros extremos:

“El Quirófano 5-2, donde se realizó el procedimiento, es el quirófano habitual de Cirugía Cardiaca y Vascular y está equipado

con material y fármacos para realizar cualquier tipo de anestesia, ventilación e intubación traqueal, además de disponer de manera inmediata de material para intubación difícil y RCP, como así se hizo”.

Además, añade:

“La técnica anestésica a utilizar en una embolectomía femoral simple mediante catéter de Fogarty, es habitualmente con anestesia local, asociada o no a sedación con opioides, benzodiacepinas o ambos. En cualquier caso, debe estar prevista la necesidad de una técnica regional o general.

Así se hizo en el caso del paciente (...), siendo necesario administrar sedación por dolor y agitación, tras lo que el paciente presentó episodio de desaturación arterial de oxígeno, por lo que se procedió a ventilación con mascarilla facial, seguido de intento de intubación endotraqueal”.

El informe del jefe de Sección de Angiología y Cirugía Vascular, de 15 de julio de 2012 expresa:

“7. Con respecto al punto QUINTO al comenzar la intervención, y sin haber introducido nada a través de la ingle, solo en la fase de disección, sabemos por la Dra. P. que el paciente ha sufrido una depresión respiratoria”.

De lo expuesto cabe inferir, por un lado, que la desaturación del paciente se produjo en los primeros momentos de la intervención y, desde luego, antes de la intubación, que fue consecuencia y no causa de dicha desaturación y, por otro lado, que el quirófano en el que tuvo lugar la intervención contaba con todo el material necesario para hacer frente a una situación de urgencia vital como la que se produjo.

También el informe de la Inspección Sanitaria considera que la actuación médica fue conforme a la *lex artis ad hoc*.

Por lo expuesto y ante la ausencia de pruebas aportadas por los reclamantes relativas a la concurrencia de mala praxis durante la cirugía procede desestimar la reclamación en lo relativo a este concreto punto.

3º.- Por último, los interesados aluden a la pérdida de oportunidad sufrida por su familiar al no haber sido tratado de la insuficiencia venosa crónica de la que manifestó síntomas en su visita a Urgencias el 19 de noviembre de 2011 y que fue la que motivó la trombolectomía a que hubo de someterse.

A este respecto el informe del Servicio de Urgencias y la Inspección Sanitaria coinciden en afirmar que la intervención realizada de manera urgente no podría haberse realizado antes de manera programada, ya que una embolectomía no se puede realizar de manera preventiva, ni programada puesto que se realiza en respuesta a un acontecimiento agudo, y es distinta a la intervención que se realiza en patología arterial crónica.

Por su parte, el Servicio de Urgencias afirma que la situación de insuficiencia venosa del paciente era crónica, no requería intervención quirúrgica urgente ni programada, y no era objeto de la consulta en urgencias. Ciertamente, el motivo de consulta no fue la insuficiencia venosa, sino la hernia, que se trató y para la que se pautó cirugía pero respecto de la insuficiencia venosa, aunque es cierto que era una situación crónica de carácter arteriosclerótico que no requiere intervención quirúrgica inmediata y el tratamiento que recibía era correcto, bien hubiera merecido una exploración complementaria de carácter arteriográfico para decidir si procedía un tratamiento adicional, por ejemplo “*la intervención que se realiza en patología arterial crónica*”.

Es preciso subrayar que el informe de la coordinadora del Servicio de Urgencias indica una situación clínica distinta de la que consta en el informe de alta de Urgencias, así la coordinadora de Urgencias señala: *“pulsos débiles, difícilmente palpables”* y el informe de alta de Urgencias recoge: *“el pie está frío y de coloración violácea: no se palpan pulsos pedios ni poplíteos”*. En este contexto no cabe entender que como el objeto de consulta fuera la hernia, la situación de las arterias no fuera también merecedora de la realización de pruebas diagnósticas para determinar la procedencia de una cirugía arterial, aunque fuera programada y no urgente.

El Consejo Consultivo asume la jurisprudencia que 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) la doctrina de la pérdida de oportunidad consiste en que no se haya *“dejado de practicar actuación médica alguna ni se ha omitido tampoco ningún tratamiento posible”*. 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”.

En el presente caso la falta de realización de pruebas arteriográficas habida cuenta de los síntomas que presentaba el enfermo, ponen de manifiesto la concurrencia de una pérdida de oportunidad.

En efecto, pese a las reglas de la carga de la prueba expuestas más arriba, 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 la omisión de una arteriografía y el informe de la Inspección Médica se limita a afirmar que no se aprecia la existencia de mala praxis.

En definitiva, por parte de la Administración actuante no se ofrece ninguna explicación plausible y lógica respecto de las razones o fundamentos para la omisión de pruebas diagnósticas que hubieran podido determinar un tratamiento quirúrgico para el paciente que hubiera podido evitar o retrasar la trombolectomía. 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 deficiente en la consulta de 19 de noviembre de 2011 en el Servicio de Urgencias del Hospital de La Princesa ya que hubiera estado indicada la realización de una arteriografía que hubiera podido indicar la necesidad de cirugía antes de que se produjera la isquemia en la pierna izquierda del paciente.

CUARTA.- Sobre la problemática cuestión de la valoración del daño en la pérdida de oportunidad nos hemos pronunciado, entre otros, en los dictámenes: 191/13, de 14 de mayo; 195/13, de 14 de mayo; 345/13, de 30 de julio o 354/13, de 4 de septiembre.

Como recoge la sentencia de 19 de octubre de 2011 (recurso 5893/2006) y reitera la de 22 de mayo de 2012 (recurso 2755/2010), la denominada “pérdida de oportunidad” se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del reclamante, 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 el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo.

Este Consejo viene entendiendo que la pérdida de oportunidad debe valorarse en función de la pérdida de expectativas que haya podido experimentar el perjudicado, así los dictámenes 568/11, de 19 de octubre y 226/12, de 18 de abril.

El problema consiste en valorar este daño ya que el baremo recogido en la normativa de seguros para las víctimas de accidentes de tráfico contempla las indemnizaciones para familiares por fallecimiento, pero no por pérdida de oportunidad. En este sentido, ha de destacarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia de 30 de septiembre de 2010 (recurso 425/2010) cuando considera que:

“La pérdida de oportunidad por reducirse un 42 % las expectativas de supervivencia ante la falta de detección precoz del cáncer no puede valorarse, como pretende la Dra. Loreto, aplicando ese porcentaje a la indemnización prevista para el caso de muerte, pues en este supuesto el perjudicado es diferente y, por tanto, los daños indemnizables no son los mismos. En el baremo se indemniza a un tercero por los perjuicios que le produce la muerte de otra persona y aquí se trata de valorar los daños que soporta la propia persona por la pérdida de expectativas de su vida. Por lo tanto, la indemnización no viene contemplada en el baremo, y debe tenerse en cuenta, para su fijación, el sufrimiento que esa situación conlleva para la perjudicada, y la afectación en todos los órdenes de la vida (capacidad de disfrute y placer) ”.

En la sentencia citada, a diferencia del caso objeto de dictamen, el perjudicado y el reclamante eran un mismo sujeto.

Pero en este caso el daño por el que se reclama es el daño sufrido por los familiares por la muerte del enfermo. Respecto de dicho daño no está establecida una relación causal plena entre el fallecimiento y la asistencia sanitaria sino una pérdida de oportunidad, por ello, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, se considera adecuada una valoración del daño por importe de 60.000 euros a repartir entre todos los reclamantes.

En mérito a lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial e indemnizar a los reclamantes con la cantidad de 60.000 euros distribuidos en la forma expresada en la consideración jurídica cuarta.

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, 5 de noviembre de 2014

