

Dictamen nº: **507/19**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **28.11.19**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 28 de noviembre de 2019, sobre la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 5.3 de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. y D. (en adelante “*los reclamantes*” o “*los interesados*”) por los daños morales a ellos causados y las lesiones físicas sufridas por su hija menor de edad,, por retraso en el diagnóstico y tratamiento de una meningoencefalitis en el Centro de Salud Isabel II y en el Hospital Universitario Infanta Cristina, de Parla.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expediente de responsabilidad patrimonial trae causa del escrito de reclamación formulado por las personas citadas en el encabezamiento de este dictamen, registrado de entrada en la Oficina de Registro OAC Salamanca del Ayuntamiento de Madrid el día 27 de julio de 2017.

El escrito expone que el 7 de julio de 2016 los reclamantes acudieron al Centro de Salud Isabel II de Parla, a consulta con su pediatra, pues su hija presentaba unas manchas en el cuello, por

debajo de la espalda con irritación, consideradas por el pediatra como consecuencia de una dermatitis.

El 9 de julio de 2016 los interesados acudieron de nuevo al centro de salud por la misma sintomatología, informando que la niña estaba durmiendo en exceso, presentando adormilamiento y pasividad, con alguna décima de fiebre, prescribiéndole la doctora Apiretal, al considerar que se trataba una circunstancia normal derivada de la asistencia de la menor a la guardería.

Según los reclamantes, el mismo día acudieron al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Infanta Cristina de Parla, pues la menor presentaba fiebre de hasta 39,5°. En esta tercera asistencia, la niña fue diagnosticada de infección aguda de las vías aéreas. Refieren que en esa asistencia se consideró que las manchas se debían al sudor, pautando Ibuprofeno y Paracetamol. El 12 de julio, en consulta con la pediatra, continúan las manchas, que la doctora considera lesiones eritematosas en tronco con habones y prurito.

El 19 de julio, en la revisión de los 9 meses, la niña continúa con fiebre, que la pediatra atribuye de nuevo al hecho de acudir a la guardería. El 26 de julio, según los reclamantes, la fiebre no remite y acuden a Urgencias, informando a la pediatra del estado de adormilamiento de la niña y la falta de apetito, entendiendo el facultativo que se trata de una infección de orina.

Señalan los reclamantes que el 2 de agosto, de nuevo en el pediatra y persistiendo la fiebre, informan de que la niña presenta movimientos espásticos nocturnos, siendo el diagnóstico tras exploración de faringitis aguda. La visita se repite el día 4 de agosto ya que la fiebre no remite, y los padres advierten de la falta de coordinación de la menor, falta de apetito y somnolencia. Se le realizó un análisis de orina sin resultados.

El mismo 2 de agosto de 2016, el estado de la niña empeora y los padres acuden al Servicio de Urgencias del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, donde queda ingresada y, tras la realización de las pruebas oportunas, el diagnóstico es de meningoencefalitis, habiendo sido ya dada de alta en Neurología a fecha del escrito y pendiente de revisión en otras especialidades.

En virtud de lo expuesto, los reclamantes consideran que ha existido un error de diagnóstico por lo que solicitan una indemnización que no cuantifican.

El escrito de reclamación se acompaña con diversa documentación médica relativa a la hija de los reclamantes y una escritura de poder otorgada a favor de la firmante del escrito de reclamación.

SEGUNDO.- Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos de interés para la emisión del dictamen:

La hija de los reclamantes, de 8 meses de edad en el momento de los hechos, fue llevada el 7 de julio de 2016 al Centro de Salud “Isabel II” de Parla por presentar según los padres *“granitos en la espalda”*, siendo diagnosticada de dermatitis en la espalda, con tratamiento de Dexclofeniramina y acetato de Metilprednisolona. El 9 de julio, ante la presencia de fiebre termometrada de 39,4 grados de 24 horas de evolución, los padres deciden llevarla a Urgencias del Hospital Universitario Infanta Cristina, donde se objetiva una infección aguda de las vías aéreas superiores, se prescribe control por su pediatra y la advertencia de acudir de nuevo a Urgencias si empeora el estado general.

El 12 de julio acude de nuevo al centro de salud por presentar lesiones eritematosas en tronco con habones y prurito. El diagnóstico es de urticaria.

El 19 de julio acude a revisión de nueve meses al centro de salud. Los padres refieren que presenta fiebre sin foco, aunque tal circunstancia no consta en la historia clínica. Sin embargo, el 26 de julio acude a Urgencias del centro de salud por presentar fiebre, según los padres desde hace 3 semanas. Este episodio se refleja en la historia clínica como *“fiebre sin foco”* y se prescribe Septrin pediátrico.

El 2 de agosto es trasladada de nuevo al centro de salud con fiebre de 38 grados desde hace horas. El diagnóstico, tras una exploración de resultado normal, es de faringitis. El 4 de agosto continúa con fiebre según recoge la historia clínica del centro, presentando movimientos espásticos nocturnos con exploración con aparatos normal y tira de orina normal.

El mismo 4 de agosto ingresa en Urgencias del Hospital Infantil Universitario Niño Jesús, con un síndrome febril prolongado. Ante la posible infección de orina inician tratamiento, a la espera de los resultados de la prueba del líquido cefalorraquídeo, y se pauta Cefotaxima y Aciclovir. A las 24 horas se recibe resultado positivo de enterovirus. El juicio clínico es de meningoencefalitis, enterovirus positivo en aspirado nasofaríngeo, infección de orina y síndrome febril prolongado, recibiendo el alta el 16 de agosto de 2016, con control por parte de Neurología, Nefrología y Oftalmología.

TERCERO.- Recibida la reclamación por el Servicio Madrileño de Salud, se acordó la instrucción del expediente, conforme a lo previsto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC

Se incorporó al expediente la historia clínica y, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 79 y 81.1 de la LPAC, se aportó también el informe del Centro de Salud Isabel II y del Servicio de Pediatría del Hospital Universitario Infanta Cristina.

El primero de ellos, de 21 de agosto de 2017, manifiesta que *“la paciente acudió a las citas que aparecen en el informe descrito, salvo el día 9 de julio que no lo visualizo en el informe de citas, se imprimen los episodios de historia clínica, en el que consta que desde la visita el día 26 de julio de 2016 que tuviera fiebre asimismo en los días 2 y 4 de agosto, previamente consulta por unas lesiones dérmicas....La niña ha sido revisada por Nefrología por su ITU febril el 6 de j julio de 2017...no presenta nefropatía cicatricial, y Neurología por episodios paroxísticos en relación con el sueño que impresionan de mioclonías benignas. Trastorno del sueño”*.

Por su parte, el informe del jefe del Servicio de Pediatría del hospital manifiesta que *“es evidente que la menor, en el momento en que acudiera a este centro (9 de julio de 2016), no cursaba la patología referida de meningitis vírica o, en caso de cursarla, estaba en un estadio tan inicial que no era posible su diagnóstico. Dado que los padres de la menor no acudieron a este centro en un momento posterior, no fue posible adoptar ninguna otra opción terapéutica ni diagnóstico diferencial distinto”*.

Para la Inspección Sanitaria, cuyo informe fue requerido en la instrucción del expediente, la asistencia prestada no puede calificarse de incorrecta pues *“debido a que los enterovirus tiene un período de incubación de alrededor de 5 días y que el inicio de las manifestaciones existe un “período ventana” de 1-2 semanas libre de síntomas o del inicio del cuadro neurológico, no puedo, en mi opinión, determinar el momento en que la paciente presentó meningoencefalitis”*.

Además, señala la Inspección Médica que *“de otra parte, el aumento de los signos y síntomas en forma de mioclonías fue lo que provocó el ingreso hospitalario en el H. U. Infantil Niño Jesús. Es en este momento cuando se hace un estudio en relación a la sintomatología que presenta la paciente y entre el despistaje se emitió un juicio clínico, entre otros, de meningoencefalitis”*

Concluida la instrucción del procedimiento, se confirió trámite de audiencia a los reclamantes, que presentaron escrito el 16 de julio de 2018, ratificando las manifestaciones contenidas en su escrito de reclamación, mostrando su oposición al contenido del informe de la Inspección Médica y aportando dictamen médico pericial contradictorio.

El 8 de agosto de 2019 el viceconsejero de Sanidad formuló propuesta de resolución, que desestimó la reclamación al considerar que la asistencia sanitaria había sido correcta y adecuada a la *lex artis* al haberse seguido las directrices de las guías diagnósticas y protocolos estandarizados en cuanto a la indicación de las técnicas diagnósticas pertinentes.

CUARTO.- Por escrito dirigido por delegación por el viceconsejero de Sanidad, de 9 de septiembre de 2019, -con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid el día 10 de septiembre-, se formuló preceptiva consulta a dicho órgano.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 422/19, al letrado vocal D. Francisco Javier Izquierdo Fabre, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 28 de noviembre de 2019.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación -en soporte CD-, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre al tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía indeterminada y por solicitud delegada del consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada según consta en los antecedentes, está regulada en la LPAC, según establece su artículo 1.1.

La hija menor de los reclamantes ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC en cuanto es la persona que recibió la asistencia sanitaria reprochada. Los reclamantes actúan en nombre y representación de la niña de acuerdo con lo dispuesto en el artículo

162 del Código Civil, que atribuye la representación legal de los menores no emancipados a los padres. Se ha aportado para acreditar la relación paterno-filial fotocopia del libro de familia. También actúan los reclamantes en nombre propio por los daños morales que el retraso en el diagnóstico les ha originado.

La legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid por ser la titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

El plazo para el ejercicio del derecho a reclamar es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo (ex artículo 67 LPAC). En el presente caso, la reclamación ha sido interpuesta en plazo legal, pues se presentó el 27 de julio de 2017 y el ingreso y diagnóstico correcto de la menor en el Hospital Universitario Infantil Niño Jesús se produce a partir del 4 de agosto de 2016, sin perjuicio del tratamiento posterior.

No se observa ningún defecto en el procedimiento tramitado. Se ha recabado el informe del servicio al que se imputa el daño, de acuerdo con los artículos 79 y 81 de la LPAC, y consta que el instructor del procedimiento solicitó también un informe a la Inspección Sanitaria.

Tras la incorporación de los anteriores informes, se dio audiencia a los reclamantes, de conformidad con el artículo 82 de la LPAC, que presentaron escrito de alegaciones.

Y finalmente, se dictó la propuesta de resolución según lo exigido en el artículo 91 de la LPAC

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido

ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por 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 actualmente en los artículos 32 y siguientes de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC, si bien, como ya apuntamos anteriormente, en este caso habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, dada la fecha de iniciación del procedimiento.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial :
a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del

sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, 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 con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios. En este sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de septiembre de 2017 (recurso 787/2015), recuerda que, según consolidada línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo, *“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, que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida, 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.”.

CUARTA.- Constituye también jurisprudencia consolidada la que afirma que el obligado nexo causal entre la actuación médica vulneradora de la *lex artis* y el resultado lesivo o dañoso producido debe acreditarse por quien reclama la indemnización, si bien esta regla de distribución de la carga de la prueba debe atemperarse con el principio de facilidad probatoria, sobre todo en los casos en los que faltan en el proceso datos o documentos esenciales que tenía la Administración a su disposición y que no aportó a las actuaciones. En estos casos, como señalan las Sentencias de 19 de mayo de 2015 (recurso de casación 4397/2010) y de 27 de abril de 2015, (recurso de casación núm. 2114/2013), en la medida en que la ausencia de aquellos datos o soportes documentales *“puede tener una influencia clara y relevante en la imposibilidad de obtener una hipótesis lo más certera posible sobre lo ocurrido”*, cabe entender conculcada la *lex artis*, pues al no proporcionarle a los recurrentes esos esenciales extremos se les ha impedido acreditar la existencia del nexo causal. Para evaluar la corrección de una concreta práctica médica hay que estar a la situación y síntomas del momento en que se realiza esta. Ello se traduce en que se deben aplicar a los pacientes todos los medios disponibles para su diagnóstico y tratamiento. Esta obligación de

medios debe entenderse ceñida al contexto del momento y las circunstancias en que se efectúa la asistencia, es decir, a los síntomas que presenta cada paciente y a las probabilidades, en función de los mismos, de que padezca una determinada patología.

Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 (recurso de casación 2228/2014) destaca: *“La asistencia sanitaria es una obligación de medios y no de resultados, de modo que no puede apreciarse responsabilidad cuando se han empleado las técnicas y los instrumentos de que se dispone. Y es precisamente lo acaecido en este caso, en el que se han ido poniendo los medios adecuados, realizando pruebas diagnósticas, acordes con lo que sugerían, desde el punto de vista médico, las diferentes dolencias del recurrente”*.

Tampoco puede cuestionarse la insuficiencia de pruebas diagnósticas, el error o retraso diagnóstico o la inadecuación del tratamiento, mediante una regresión a partir de la evolución posterior de la enfermedad de los pacientes.

Así lo ha manifestado el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en Sentencia de 28 de marzo de 2016 (recurso 45/2014) según la cual:

“No es correcto realizar una interpretación de lo acontecido conociendo el resultado final. La calificación de una praxis asistencial como buena o mala no debe realizarse por un juicio "ex post", sino por un juicio ex ante, es decir, si con los datos disponibles en el momento en que se adopta una decisión sobre la diagnosis o tratamiento puede considerarse que tal decisión es adecuada a la clínica que presenta el paciente”.

Para centrar la cuestión relativa a la supuesta infracción de la *lex artis* por parte de los profesionales que atendieron al paciente,

debemos partir de lo que constituye regla general y es que la prueba de los presupuestos que configuran la responsabilidad patrimonial de la Administración corresponde a quien formula la reclamación. En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 20 de septiembre de 2016 (recurso 60/2014), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo.

Como se ha visto en los antecedentes de hecho, los reclamantes denuncian que hubo un retraso en el diagnóstico de la meningoencefalitis que padecía su hija, pues tras haber acudido en numerosas ocasiones al Centro de Salud “Isabel II” de Parla entre el 7 de julio de 2016 y el 4 de agosto de 2016 y en una ocasión (9 de julio de 2016) al Servicio de Urgencias del Hospital Universitario Infanta Cristina, de Parla, no fue hasta el 4 de agosto y en otro centro cuando se alcanzó el diagnóstico de la enfermedad.

Los reclamantes aportan un dictamen pericial que incide en una cuestión que no ha encontrado adecuada respuesta ni en los informes incorporados al procedimiento ni en el propio dictamen de la Inspección Médica, como reconoce la propia propuesta de resolución. En efecto, los padres acuden con la menor al centro de salud refiriendo episodios sucesivos de fiebre, de modo que como afirma el referido dictamen de parte y consta en la literatura médica, ante toda fiebre sin foco en niños de 3 meses a 3 años, es precisa la realización de pruebas complementarias, tales como el despistaje de infección urinaria o el hemograma y reactantes de fase aguda. La propuesta de resolución, que paradójicamente cuestiona la asistencia prestada en el centro de salud, alude a la necesidad de *“interconsulta con Pediatría Hospitalaria y/o Neurología y la detección de la infección de tracto urinario en la tira de orina realizada”*.

Como es sabido, de acuerdo con la jurisprudencia, no todo error médico supone necesariamente la existencia de responsabilidad

patrimonial por mala praxis, al existir circunstancias que pueden explicar aquél en determinadas circunstancias, pero también es cierto con arreglo a esa misma jurisprudencia que *“probada la irregularidad, corresponde a la Administración justificar que, en realidad, actuó como le era exigible”*. Así lo demanda el principio de la *“facilidad de la prueba”*, que recuerda la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 6 de febrero de 2019 (recurso 538/2017) con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, (así la Sentencia de 16 de febrero de 2012).

El informe del centro de salud implicado en el proceso asistencial de la niña se limita a reflejar de modo parco la historia clínica de la paciente y, en todo caso, revela un elemento de discordancia con el contenido del informe del propio Inspector Médico, el cual manifiesta que *“no he encontrado en la historia médica de la paciente del C.S. Isabel II ni en del Hospital Infanta Cristina lo que figura en la historia clínica del Hospital Niño Jesús: “Refieren que desde el nacimiento la niña presenta episodios de contracción brusca no estereotipados, tras llevar varias horas durmiendo, que habían sido catalogados como mioclonías nocturnas..”* En este punto, conviene recordar cómo el informe del centro de salud de 21 de agosto de 2017 señala, al hacer constar la historia clínica y los problemas de salud de la niña, que el 4 de agosto de 2016 los padres acuden por *“anormalidad de movimientos”*, y el propio informe de la Inspección Médica recoge como la historia clínica del C.S. Isabel II alude a que la menor *“continúa con fiebre con movimientos espásticos nocturnos...”*.

En el presente caso, la Inspección Sanitaria, cuyo criterio en este punto podría haber sido esencial, dada su imparcialidad y objetividad, obvia cualquier pronunciamiento sobre la prolongación de la situación febril de la niña sin la adecuada respuesta por parte de los facultativos, limitándose a realizar un escueto informe en el que aunque subraya que *“no puedo en mi opinión, determinar el momento*

en que la paciente presentó meningoencefalitis,” no explica por qué la actuación de los servicios médicos fue idéntica a la de las visitas anteriores y por qué no se realizó en este caso un diagnóstico diferencial, a la vista tanto de la edad como de los síntomas que la paciente presentaba.

Por lo expuesto, y en virtud del principio de facilidad probatoria anteriormente enunciado, esta Comisión Jurídica Asesora considera que no se ha producido una explicación razonable de lo sucedido en relación con la asistencia dispensada a la menor entre los días el 7 de julio y el 4 de agosto de 2016 y, fundamentalmente, no se ha explicado por qué ante una reiteración de los síntomas no se practicaron pruebas que habrían permitido realizar un diagnóstico diferencial.

En el caso sometido a nuestro dictamen consideramos que se ha producido una pérdida de oportunidad de haber sido correctamente diagnosticada la hija de los reclamantes, lo que motiva la aparición de responsabilidad de la Administración al no haber puesto los medios a su alcance para evitar la pérdida de oportunidad de diagnóstico y tratamiento causando un daño que la niña no tiene la obligación jurídica de soportar.

Podemos recordar la Sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de septiembre de dos mil once, recurso de casación 6280/2009, en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras anteriores:

“Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009, recurso de casación 1593/2008 : "La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio y 7 de septiembre de 2005 , como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007, configurándose como 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. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 26 de noviembre de 2018 (recurso 703/2016), con cita de la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en los casos de pérdida de oportunidad “*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”.*

QUINTA.- Procede pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

En este caso en el que valoramos una pérdida de oportunidad, hemos señalado reiteradamente en nuestros dictámenes, que normalmente resulta de difícil o incierta apreciación en la mayoría de las ocasiones, pues se trata en realidad de una hipótesis o conjetura de lo que hubiera pasado si se hubiera actuado de otro modo. Como señala el Tribunal Supremo (así Sentencia de 27 de enero de 2016), en la pérdida de oportunidad hay *“una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”*.

En los casos de responsabilidad por apreciar la concurrencia de una pérdida de oportunidad, tiene señalado esta Comisión Jurídica Asesora, entre otros, en nuestros Dictámenes 146/17, de 6 de abril, y 340/18 de 19 de julio, que el objeto de reparación no es el daño final, sino un daño moral, precisamente el perjuicio proporcional a la pérdida de oportunidad sufrida, valorando en qué medida con una actuación a tiempo se hubiera producido un resultado final distinto y más favorable para el paciente. Consecuentemente, la indemnización es inferior al daño real sufrido y proporcional a las expectativas de éxito de la oportunidad que se perdió.

En este caso, sin perjuicio de las dificultades que entraña valorar la privación de expectativas, teniendo en cuenta que el concreto tiempo de retraso de diagnóstico es difícil de precisar dadas las características y período de incubación de los enterovirus, se considera adecuado reconocer una cantidad global y actualizada de 3.000 euros.

En mérito a cuanto antecede, la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada y reconocer una indemnización global de 3.000 euros, cantidad que se considera ya actualizada a la fecha que se 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 esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 28 de noviembre de 2019

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 507/19

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid