

Dictamen nº: **119/20**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **05.05.20**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por unanimidad, en su sesión de 5 de mayo de 2020, emitido ante 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 asunto sobre responsabilidad patrimonial promovido por Dña., como esposa, y Dña. y Dña., como hijas, con la asistencia de su abogado, por el fallecimiento de su familiar, D., que atribuyen al error de diagnóstico en el Hospital General de Villalba, con alta indebida y omisión de pruebas diagnósticas ante un cuadro de obstrucción intestinal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de enero de 2018, las personas mencionadas en el encabezamiento de este dictamen, familiares del paciente fallecido, bajo la dirección de un abogado, presentaron un escrito en el registro del Servicio Madrileño de Salud, en el que relataban que su familiar falleció el 20 de enero de 2017 en el Hospital General de Villalba.

Detallaban que el paciente, con antecedentes de cirugía de bypass aortobifemoral y endarterectomía carotídea, acudió el 19 de enero de 2017 a su médico de Atención Primaria del Centro de Salud Collado

Villalba Estación por presentar, desde hacia 4 días, vómitos, náuseas y estreñimiento (la exploración física mostró un abdomen *“globuloso, doloroso a palpación difusa con distensión abdominal”* y *“tinte subictérico”* (color amarillento). El médico de Atención Primaria derivó al paciente al Servicio de Urgencias del Hospital General de Villalba, solicitando valoración urgente por *“abdomen agudo”*.

El paciente ingresó en el Servicio de Urgencias del Hospital General de Villalba ese mismo día a las 09:16 horas. Señalan que se hizo constar como motivo de consulta *“estreñimiento”* y no *“abdomen agudo”*, como había indicado el médico de Atención Primaria. En la anamnesis se añadió que el paciente presentaba, además de estreñimiento de 4 días de evolución, *“vómitos biliosos y dolor abdominal, pérdida de peso y coluria”*.

Continúa recogiendo el escrito que fue sometido a una analítica de urgencia y a una radiografía de abdomen, con resultado *“sin dilatación de asas, gas distal”*. A la vista de los resultados de la radiografía, en los que se apreciaba la existencia de gases se le pautó enema de limpieza.

Refieren las reclamantes que, a pesar de que la radiografía abdominal realizada tras el enema seguía mostrando imágenes compatibles con obstrucción, el paciente recibió el alta a domicilio a las 13:11 horas, sin haber sido sometido a ecografía de control. En lugar de llevar a cabo la ecografía antes del alta, tal y como estaba indicado, se prescribió la prueba con carácter preferente y se citó para su realización doce días más tarde, el 31 de enero de 2017.

Según la reclamación, a la mañana siguiente, 20 de enero de 2017, la familia del paciente avisó a la ambulancia para que acudiera a su domicilio porque había pasado toda la noche muy ansioso, presentaba malestar general, con dificultad para mover el brazo izquierdo y con pérdida de conciencia. A la llegada del soporte vital básico (SVB), el paciente estaba inconsciente, con respuesta a estímulos dolorosos y vómitos oscuros. El SUMMA 112 presenció una parada

cardiorrespiratoria con ritmo inicial de asistolia y abundantes vómitos fecaloideos con abdomen distendido.

Se iniciaron maniobras de reanimación cardiopulmonar (RCP) avanzada con masaje y se aspiraron 800 ml de vómitos, realizaron intubación orotraqueal y aplicaron ventilación mecánica por insuflación. Tras 35 minutos de maniobras RCP, se palpó pulso y se le trasladó al Hospital General de Villalba en soporte vital avanzado (SVA).

El ingreso del paciente en el Hospital tuvo lugar a las 12:37 horas. Necesitó nueva RCP pero, finalmente, el fallecimiento se constató a las 13:10h. La causa de la muerte fue un cuadro de obstrucción intestinal según informe médico forense de autopsia que adjuntan.

Dos son los reproches que realizan las reclamantes:

a) Error en el diagnóstico, pues el cuadro del paciente fue diagnosticado como estreñimiento cuando en realidad sufría una grave obstrucción intestinal, por lo que se le pautó enema.

b) Alta indebida y omisión de pruebas diagnósticas indispensables ya que, pese a la sintomatología que presentaba y los hallazgos de la radiografía realizada tras el enema, se le dio el alta, sin haberle realizado ninguna ecografía abdominal ni TAC.

El paciente recibió el alta sin haberse realizado una ecografía abdominal, citándole para su práctica doce días más tarde.

En consecuencia, solicitan una indemnización de 197.126,44 euros, con el siguiente desglose:

I.- PERJUICIO PERSONAL BÁSICO (T.1.A)

- CATEGORIA 1: CÓNYUGE VIUDO (51 años y 143 días de matrimonio)

- Hasta 15 años de convivencia (víctima de 76 años) 70.000€

- Por cada año adicional/fracción de convivencia (36 años y 143 días) 36.391,78€

- CATEGORIA 3: LOS DESCENDIENTES

- A cada hijo que tenga más de 30 años (2 hijas) 20.000 x 2. 40.000€

TOTAL PERJUICIO PERSONAL BÁSICO 146.391,78€

II.- PERJUICIO PATRIMONIAL (T.1.C)

A) DAÑO EMERGENTE

1. Perjuicio patrimonial básico

Sin necesidad de justificación (400€ x 3 perjudicadas): 1.200€

2. Gastos específicos

- Gastos de sepelio: 5.148,66€

B) LUCRO CESANTE

Del cónyuge (72 años x 51 de matrimonio) 44.386€

Ingresos netos anuales de 29.924,02€

TOTAL PERJUICIO PATRIMONIAL 50.734,66€

Acompañan a la reclamación copia del Libro de Familia, documento de afiliación a la Seguridad Social del fallecido, certificado de defunción,

historia clínica, informe del SUMMA 112 e informe médico forense de autopsia (folios 1 a 87 del expediente).

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

El familiar de los reclamantes, de 76 años de edad en el momento de los hechos, con antecedentes médicos tales como bypass aortofemoral bilateral, endarterectomía carotídea, tratamiento con Captopril, Zarator, Metformina, Plavix, Ranitidina y Alopurinol acudió a consulta de Atención Primaria el 19 de enero de 2017 como consecuencia de un cuadro de 4 días de evolución de náuseas y vómitos, sin deposición, apreciándose por el médico en la exploración tinte subictérico, abdomen globuloso doloroso a la palpación difusa con distensión abdominal. Se deriva a Urgencias del Hospital General de Villalba para valoración por diagnóstico de abdomen agudo.

Ingresa en Urgencias a las 9:16 horas y en la exploración física se observa que se encuentra *“consciente y alerta, orientado, bien hidratado, nutrido y perfundido. Presenta buena coloración de piel y mucosas, sin lesiones cutáneas. Eupneico. Presenta abdomen blando y depresible, leve distendido, que impresiona de ascitis. No se palpan masas ni megalias Murphy negativo. Blumberg negativo. No signos de irritación peritoneal. PPRB negativo. RHA presentes normales”*.

Se le realiza analítica, con los siguientes valores:

“Glucosa 270 (74-106), Urea 112 (19-50), Nitrógeno ureico 52 (9- 23), Bilirrubina total 1,70 (0,3-1,2), Fosfatasa alcalina 150 (45-129), Gamma GT 86 (0-73), Lipasa 181 (6-51), Iones: Potasio 3,3 (3,7-5,2), PCR 3,90 (0-0,5).

Gasometría: pH 7,51 (7,35-7,42), pCo2- 33,1 (35-52), pO2 arterial 42 (70-100 arterial), Sat O2- 78,7 (90-95), Exceso bases celulares 8,1 (-5 a +5)".

En cuanto a las pruebas de imagen, la historia clínica refleja *"sin dilatación de asas, gas distal"*.

Se aplica enema de limpieza y se hace constar que resulta muy efectivo, de modo que el juicio diagnóstico es de *"estreñimiento"*, recomendando control por Digestivo y ecografía de abdomen completa (incluye renal), para la que se le da cita el 31 de enero de 2017. Recibe el alta a las 13:11 horas.

Como consta en los informes del SUMMA 112 aportados al procedimiento, los familiares del paciente requieren su intervención en la mañana del 20 de enero de 2017 por un *"cuadro de dificultad para mover el brazo izquierdo y posteriormente pérdida de conciencia"* (no consta la hora de aviso de la emergencia ni la hora de llegada del equipo del SUMMA 112, quedando reflejado en el apartado de pruebas complementarias y monitorización de constantes el primer registro a las 11:23 horas). A la llegada del soporte vital básico (SVB), el fallecido estaba inconsciente, con respuesta a estímulos dolorosos y vómitos oscuros. El equipo del SUMMA 112 presencia una parada cardiorrespiratoria con ritmo inicial de asistolia y abundantes vómitos que impresionaban de fecaloideos con abdomen distendido. Inician maniobras de RCP avanzada con masaje, aspiran 800 ml. de vómitos. realizan una intubación orotraqueal (IOT) y aplican ventilación mecánica por insuflación (VMI). Administran 6 mg de adrenalina, bicarbonato y 2500 ml. de salino, observando en varias ocasiones ritmo sin pulso. Tras 35 minutos, se palpa pulso con fibrilación auricular (FA) en electrocardiograma, trasladándole en soporte vital avanzado (SVA) al Hospital General de Villalba e informando a la familia de la situación.

El paciente llega al hospital a las 12:37 horas, pasando a la UCI, quedando reflejado que estaba mal perfundido en ritmo sinusal (RS) a 60 lpm y tensión arterial de 130/100 mmHg, presentando mala evolución con inestabilidad hemodinámica con nueva parada cardiorrespiratoria, decidiendo no llevar a cabo la reanimación cardiopulmonar avanzada dado el largo tiempo que había presentado de parada previa (asistolia de 35 minutos] y el mal pronóstico general. Se informa a la familia de ello y se decide iniciar, pues se desconoce la causa de la parada, el procedimiento de la vía judicial y no emitir certificado de defunción.

TERCERO.- Presentada la reclamación se inició el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPAC).

Consta en el expediente examinado la historia clínica del familiar de las reclamantes del C.S. Collado Villalba Estación Los Madroños y del Hospital General de Villalba (folios 94 a 336) así como informe de atención del SUMMA 112 (folios 207 a 215).

Obra en el expediente el informe de 25 de febrero de 2018 del jefe del Servicio de Urgencias del referido centro hospitalario en el que da cuenta de la asistencia prestada al paciente y señala que *“dada la presencia radiológica de heces y gas distales, que implican la continuidad del tránsito intestinal hasta ese momento, en un paciente estable con antecedentes de cirugía abdominal que puede ralentizar el curso de las heces a través del tubo digestivo, se decide facilitar la evacuación. La propia presencia de heces abundantes no evacuadas empeora la situación anterior y en la mayoría de ocasiones, su evacuación mejora el cuadro reanudando el tránsito.*

El paciente permanece en urgencias durante casi 4 horas donde se administra un enema de limpieza que resulta muy efectivo por lo que se

decide alta para control ambulatorio". Por ello concluye que "la clínica del paciente en urgencias el día 19 de enero de 2017, la ausencia de alteraciones analíticas con criterios de gravedad y la presencia radiológica de heces y gas distal no apoyaban en ese instante el diagnóstico de obstrucción completa.

Se valoró el estreñimiento del paciente como un cuadro suboclusivo no agudo (4 días de evolución) producido al tener el paciente un tránsito intestinal reducido entre otros por sus antecedentes quirúrgicos abdominales (ya fueran bridas o cuadros pseudooclusivos sin causa mecánica)... Por ello, tras el enema efectivo en urgencias se decidió completar el estudio de forma ambulatoria".

También se ha incorporado al procedimiento el informe de la Inspección Sanitaria que, tras analizar los antecedentes del caso y los informes emitidos en el curso del procedimiento y realizar las correspondientes consideraciones médicas, señala que *"desde el alta del día anterior, 19 de enero, a las 13:11 horas, hasta el ingreso del día siguiente, 20 de enero, a las 12:36, han pasado cerca de 24 horas de evolución del cuadro que, por lo que parece, se presentó de forma subaguda, subrepticia y atípica, ya que en estos casos el malestar y el deterioro general, físico y psíquico, es paulatinamente progresivo hacia la gravedad.*

Si bien las alteraciones electrolíticas no eran importantes, el paciente presentaba otros parámetros alterados; consta que impresiona de ascitis, que ni se estudia ni se confirma y finalmente se le indica y cita una ecografía abdominal completa (incluye renal) para diez días después. Si estaba indicada la ecografía, era en aquél momento en Urgencias cuando más indicada estaba...podemos afirmar que en estos casos tan inespecíficos, pero con antecedentes quirúrgicos abdominales, estreñimiento no habitual, distensión abdominal evaluada por su

médico de Atención Primaria, hubiera sido aconsejable haber permanecido bajo observación unas cuantas horas más”.

En definitiva, concluye el informe que *“a pesar de la dificultad diagnóstica que entrañaba el cuadro, creemos que no se ha actuado correctamente ya que el paciente no quedó en observación y recibió por tanto un alta prematura”.*

Obra en los folios 344 a 351 un informe de valoración del daño emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud en el que se comparten las consideraciones y conclusiones alcanzadas por la Inspección Médica en cuanto a que se infravaloró el cuadro y se produjo un alta hospitalaria prematura, pues la causa del fallecimiento al día siguiente, conforme se recoge en la autopsia judicial practicada fue por *“cuadro de obstrucción intestinal por adherencias de origen quirúrgico”.* Así, el referido informe determina que la ecografía es una prueba diagnóstica que, en un cuadro de patología urgente, no crítica, *“disminuye los tiempos de espera diagnóstica y la estancia global en el servicio, ahorra el número de pruebas realizadas y mejora el enfoque clínico de los pacientes de cara al estudio ambulatorio de su patología... En definitiva, la ecografía es un arma más de diagnóstico que hay que tener en cuenta y cada uno, basándose en su conocimiento, formación y experiencia, es el que debe ir aplicando esta técnica para una mejor asistencia del paciente.*

Si se prescribió la realización de esta, no entendemos por qué se difirió en el tiempo (11 días), siendo una técnica no invasiva y que se puede realizar en Urgencias de una manera rápida y eficaz”.

No obstante, y para justificar una posible pérdida de oportunidad por el retraso diagnóstico, el informe señala que no es posible saber si de haberse realizado la ecografía y haber permanecido ingresado en Urgencias, el desenlace final se hubiera evitado pues *“la OI es el*

trastorno más importante que requiere cirugía inmediata en el anciano por la elevada mortalidad y las malas condiciones en las que ingresa para cirugía, con una mortalidad del 20 al 40%, siendo la etiología de estas obstrucciones debida a defectos de pared, adherencias...

En base a lo anterior, a nuestro criterio, se debe valorar el fallecimiento del paciente, aplicando un 30% de factor minorativo (entre 20-40%, tomamos término medio), por la mortalidad que de por sí ya presenta el cuadro oclusivo en la Urgencia, se hubiera intervenido o no contempla una supervivencia global ...Si aplicamos el 30% de minorización (entre 20-40%, tomamos término medio), por la mortalidad que de por sí ya presenta el cuadro oclusivo en la Urgencia, se hubiera intervenido o no, la indemnización final sería de 101.000,13 €”.

Consta en el expediente una ampliación del informe emitido el 25 de febrero de 2018 por el Servicio de Urgencias del hospital, realizado con fecha 9 de septiembre de 2018, el que se reafirma la corrección de la atención sanitaria dispensada al paciente y se manifiesta en relación con la eventual premura del alta que *“mantenerlo en observación 5 horas más no hubiera cambiado el alta. Mantener al paciente hasta 12 horas desde su llegada probablemente tampoco, ya que fue entrada la noche cuando el paciente comenzó de nuevo con los síntomas”*.

Concluida la instrucción del expediente, se confirió trámite de audiencia a los reclamantes y al Hospital General de Villalba.

Con fecha 19 de noviembre de 2019, el centro hospitalario presentó un escrito de alegaciones en el que manifiesta de nuevo que, en el caso de que no se hubiera resuelto el estreñimiento o hubieran persistido los vómitos y el dolor abdominal, sí que hubiera permanecido el paciente en observación para realizarle un TAC diagnóstico.

El día 5 de diciembre de 2019 formularon alegaciones los interesados en las que consideran que, frente al informe de valoración

del daño incorporado al procedimiento, es necesario advertir que, aunque las estadísticas hablen de una expectativa de curación entre el 60-80%, en este caso, si se hubiese realizado la prueba indicada y se hubiera ingresado al paciente para observación hospitalaria, se encontraría en el porcentaje de las personas que superan la enfermedad (el 100 del 60-80%). Por ello, debe estimarse la totalidad de la cuantía reclamada.

Finalmente, con fecha 13 de enero de 2020 se formuló propuesta de resolución en el sentido de estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial reconociéndose una indemnización de 101.000,13 euros.

CUARTO.- El 5 de febrero de 2020 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid la solicitud de dictamen en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Correspondió la solicitud de consulta del presente expediente 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 5 de mayo de 2020.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- La Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, según el cual: “3. *En especial, la Comisión Jurídica Asesora deberá ser consultada por la Comunidad de*

Madrid en los siguientes asuntos (...) f) Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada”.

En el caso que nos ocupa, los interesados han cifrado la cuantía de la indemnización que reclaman en una cantidad superior a 15.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen de este órgano consultivo.

Se emite el presente dictamen sin perjuicio de la suspensión de plazos administrativos establecida en la disposición adicional 3ª del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en la LPAC, al haberse iniciado con posterioridad a su entrada en vigor, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

Los reclamantes, familiares del paciente fallecido (esposa e hijas), ostentan legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 4 de la LPAC y el artículo 32 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante, LRJSP), en cuanto sufren el daño moral que provoca el fallecimiento de su familiar. Se ha acreditado debidamente la relación de parentesco que ligaba a los interesados con el fallecido mediante copia del libro de familia. Actúan en su propio nombre, bajo la dirección de un abogado.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que la asistencia sanitaria reprochada se prestó por el Hospital General de Villalba, en su calidad de centro concertado con la Comunidad de Madrid. En este punto cabe indicar que es imputable a la Administración sanitaria la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos en el seno de las prestaciones propias del Sistema Nacional de Salud, sea cual fuere la relación jurídica que la une al personal o establecimientos que directamente prestan esos servicios, sin perjuicio de la facultad de repetición que pudiera corresponder. En este sentido se manifestó el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (valgan por todos los dictámenes 211/12, de 11 de abril y el más reciente 13/15, de 21 de enero) y ha sido reiterado por esta Comisión Jurídica Asesora (Dictámenes 112/16, de 19 de mayo, 193/17, de 18 de mayo y 107/18, de 8 de marzo) asumiendo la reiterada doctrina del Tribunal Superior de Justicia de Madrid expresada, entre otras, en las Sentencias de 30 de enero (recurso 1324/2004, Sala de lo contencioso-Administrativo, Sección 8ª) y de 6 de julio de 2010 (recurso 201/2006, Sala de lo Contencioso- Administrativo, Sección 9ª). Ha de advertirse que actualmente, tras la derogación de la LRJ-PAC, no existe un precepto equivalente a la disposición adicional duodécima de la citada norma. No obstante, debe tenerse en cuenta lo resuelto por la Sentencia de 22 de mayo de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Canarias (recurso de apelación 69/2019) al declarar:

“Lo más decisivo es que la gestión indirecta del servicio público de salud mediante un contrato público de gestión de servicios no elimina la responsabilidad directa del titular del servicio público que sigue siendo garante y responsable del funcionamiento del servicio en relación con los daños y perjuicios causados al perjudicado y beneficiario del mismo sin perjuicio de repetir contra el centro sanitario subcontratado cuya responsabilidad solidaria puede ser

declarada por la Administración en el mismo proceso administrativo de responsabilidad patrimonial (STS 20 noviembre 2018 168517).

No se trata sólo de la ejecución de un contrato administrativo por un contratista que perjudica a un tercero que ninguna relación jurídica tenía con la Administración contratante. La responsabilidad patrimonial se origina por la prestación de un servicio público por un particular, pero por cuenta y encargo de la Administración a quien le viene obligada su prestación y no se le exime de responsabilidad ya que se enjuicia el servicio público mismo con independencia de quien lo preste”.

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 (cfr. artículo 67.1 de la LPAC). En el caso sujeto a examen, el *dies a quo* viene determinado por la muerte del familiar de las reclamantes, de modo que ocurrido el fallecimiento el 20 de enero de 2017, debe reputarse formulada en plazo la reclamación presentada el 2 de enero de 2018.

En cuanto al procedimiento, no se observa ningún defecto en su tramitación. Se ha recabado informe del Hospital General de Villalba, implicado en el proceso asistencial del familiar de las reclamantes, y ha sido emitido por el jefe del Servicio de Urgencias del centro hospitalario. Asimismo ha emitido informe la Inspección Sanitaria. Tras la incorporación de los informes mencionados, se dio audiencia a los reclamantes y por último, se ha formulado la correspondiente propuesta de resolución, remitida, junto con el resto del expediente, a la Comisión Jurídica Asesora para la emisión del preceptivo dictamen.

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 LRJSP, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada LPAC.

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.- Entrando en el análisis de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial expuestos en la consideración anterior, en primer lugar cabe señalar que no existe duda de que el daño en este caso viene constituido por el fallecimiento del familiar de los reclamantes que como hemos dicho constituye un daño moral y que jurisprudencia consolidada ha admitido como supuesto de lesión indemnizable (Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 1993 -recurso 395/1993-, 19 de noviembre de 1994 -recurso 12968/1991- y 28 de febrero de 1995 -recurso 1902/1991-), aunque de difícil valoración económica.

Como se ha visto en los antecedentes de hecho, los reclamantes denuncian una pérdida de oportunidad de su familiar, pues consideran que hubo un error en el diagnóstico de la oclusión intestinal que padecía, de modo que recibió el alta prematura en Urgencias con el diagnóstico de estreñimiento omitiendo la realización de las pruebas oportunas, como hubiera sido una ecografía abdominal.

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 que: *“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”.

En este punto, conviene destacar que tanto la Inspección Sanitaria como el informe médico de valoración del daño incorporado al expediente inciden en el hecho de que no se aplicaron todos los medios para lograr el adecuado diagnóstico del paciente, tomando en consideración especialmente sus antecedentes quirúrgicos (bypass aortofemoral bilateral). En este caso, no cabe duda que se produjo una omisión de medios pues, como señala el informe médico de valoración en cuanto a la eventual realización de una ecografía *“si se prescribió la realización de esta, no entendemos por qué se difirió en el tiempo (11 días), siendo una técnica no invasiva y que se puede realizar en Urgencias”.*

Como recoge la Inspección en su informe, dado que el paciente presentaba ciertos parámetros alterados (*“impresiona de ascitis”*) y finalmente se le indica y cita para una ecografía abdominal completa (incluye renal) para diez días después *“si estaba indicada la ecografía, era en aquél momento en Urgencias cuando más indicada estaba”.*

Ahora bien, 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).

Así, el Hospital General de Villalba ha defendido en el procedimiento que *“una ecografía no es la prueba de elección para el diagnóstico de una obstrucción intestinal pero sí el inicio del estudio de un cuadro de sospecha de ascitis con ligera elevación de bilirrubina (el resto de parámetros analíticos de estudio digestivo pueden considerarse dentro de la normalidad} acompañado como podía ser el caso de síndrome constitucional no agudo (pérdida de peso). Es imposible saber el desenlace de haberse diagnosticado unas horas antes (durante la madrugada del día 20 de enero) la obstrucción intestinal que determinó la autopsia pues hubiera supuesto la decisión o no de una cirugía de gran envergadura en un paciente con importante patología cardiovascular de base”*.

Frente a tal argumentación, los informes incorporados al procedimiento, en especial el de la Inspección Sanitaria, que obedece a criterios de imparcialidad, objetividad y profesionalidad, como ha puesto de manifiesto el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en multitud de sentencias, entre ellas la dictada el 22 de junio de 2017 (recurso 1405/2012), y la más elemental cautela tratándose de un paciente de avanzada edad y con antecedentes quirúrgicos abdominales, aconsejaban dejar al paciente *“bajo observación unas cuentas horas más”* y realizar en Urgencias las pruebas diagnósticas oportunas.

Ello nos lleva a concluir que no se ha justificado que se pusieron a disposición del paciente los medios diagnósticos adecuados para filiar su patología con mayor prontitud.

En el caso sometido a nuestro dictamen consideramos que se ha producido una pérdida de oportunidad de haber sido correctamente diagnosticado el familiar de los reclamantes. Se desconoce si de haber diagnosticado correctamente la obstrucción intestinal se habría evitado

la evolución de la enfermedad de la manera que lo hizo, pero lo cierto es que se privó al paciente de una prueba diagnóstica, de un diagnóstico diferencial y de un tratamiento más acorde a su patología, 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 el paciente no tenía la obligación jurídica de soportar.

Como recuerda 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 *“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”* y añade *“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, los informes médicos que se han emitido en el curso del procedimiento ponen de manifiesto la dificultad de establecer el pronóstico del paciente si el error no se hubiera cometido y en consecuencia hubiera sido tratado desde el inicio como una obstrucción intestinal. Por su parte el informe de valoración del daño emitido a instancias del Servicio Madrileño de Salud cifra la pérdida de oportunidad sufrida, minorando la cuantía de la indemnización aplicando un 30% de factor minorativo por la mortalidad que de por sí ya presenta el cuadro oclusivo en la Urgencia, se hubiera intervenido o no.

En este caso, tras ponderar las circunstancias del asunto examinado, teniendo en cuenta la dificultad que entraña la determinación del porcentaje que supone la privación de expectativas para el paciente, esta Comisión Jurídica Asesora considera adecuado reconocer una cantidad global de 115.000 euros, cantidad que debe considerarse ya actualizada.

El reconocimiento de una cantidad global aplicando el baremo de accidentes de tráfico con carácter meramente orientativo ha sido el criterio acogido por esta Comisión Jurídica Asesora en dictámenes anteriores (así el Dictamen 400/16, de 15 de septiembre, el Dictamen 131/18, de 15 de marzo y el Dictamen 136/18, de 22 de marzo, entre otros). En los mencionados dictámenes nos hicimos eco de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 15 de junio de 2016 (recurso 306/2013) en la que en un caso parecido de pérdida de oportunidad rechaza la aplicación del baremo respecto al que destaca *“que según la doctrina jurisprudencial de la Sala Tercera...no tiene carácter vinculante, pues de acuerdo con la doctrina consolidada de esta Sala, antes citada, su aplicación se efectúa a efectos orientadores o analógicos, sin que limite las facultades de la Sala en orden a la concreción de la indemnización que estime aplicable para procurar la indemnidad del perjudicado, en atención a las circunstancias concurrentes”*. La sentencia opta por la valoración global del daño, acogiendo doctrina del Tribunal Supremo (así Sentencia de 17 de julio de 2014) en la que se dice que *«la Jurisprudencia ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS 3 de enero de 1990 , derive de una “apreciación racional aunque no matemática” pues, como refiere la Sentencia del mismo Alto Tribunal de 27 de noviembre de 1993, se “carece de parámetros o módulos objetivos”, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso, incluyendo en ocasiones en dicha suma total el conjunto de perjuicios de toda índole causados, aun reconociendo, como hace la S 23 de febrero de 1988 , “las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas” en una suma dineraria»*.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial por apreciarse una pérdida de oportunidad en la asistencia sanitaria prestada al familiar de las reclamantes y reconocer una indemnización global y actualizada de 115.000 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 5 de mayo de 2020

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 119/20

Excmo. Sr. Consejero de Sanidad

C/ Aduana nº 29 - 28013 Madrid