

En Logroño, a 21 de noviembre de 2006, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Bueyo Díez Jalón, y D. José M<sup>a</sup> Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José M<sup>a</sup> Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**77/06**

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D<sup>a</sup> Carmen M.E., como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

En fecha 28 de febrero de 2006, tiene su entrada en la Consejería de Salud, escrito en reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, en reclamación de la cantidad de treinta y siete mil cuatrocientos noventa y tres euros y cuatro céntimos, y en la que se manifiesta lo siguiente:

*Con fecha 19/02/2005, acudí a los Servicios de Urgencias del Hospital Fundación de Calahorra aquejada de malestar general, vómitos y dolor abdominal durante los últimos días, que hoy se acompaña de dolor en escápula izda. Tras realizármese varias pruebas se me remitió a mi domicilio con el diagnóstico de “dolor abdominal compatible con cuadro de cólico filial no complicado”.*

*Al día siguiente, fue visitada por su Médica de Atención Primaria, solicitándose una ecografía abdominal, y se me citó para este Servicio en el Hospital Fundación de Calahorra para el día 05/04/05.*

*El día 22/02/05, fui atendida en mi domicilio por el Servicio de Urgencias (SUAP) por no ceder el dolor dorso-lumbar. En la exploración se apreció el abdomen distendido por peristaltismo presente. Condiendo el cuadro como dolor de origen músculo esquelético, se pautaron AINES.*

*Dado que el empeoramiento era progresivo, el día 28/02/05, de nuevo acudo al Servicio de Urgencias del Hospital Fundación de Calahorra. En este caso, se presentaba un dolor en ambos hipocondrios y área lumbosacra no irradiado. Además presentaba cuadro de tos con expectoración*

*blanquecina. Se realizó radiografía en el tórax en la que se objetivo pinzamiento en ambos senos costofrénicos, siendo diagnosticada de infección respiratoria aguda e instaurándose tratamiento antibiótico.*

*Como quiera que mi estado de salud iba degenerando día a día, el día 8 de marzo de 2005, acudo a la Clínica Universitaria de Navarra a efectos de una valoración diagnóstica y terapéutica.*

*En aquella fecha, refería malestar general, astenia, hiporexia, diarrea 4-6 veces al día, disminución del ritmo de diuresis. Se decide proceder al ingreso de la paciente. El TAC torazo-abdominal mostró derrame pleural bilateral con atelectasia pasiva secundaria, ascitis y carcinomatosis peritoneal. El mismo día de ingreso, se procedió a la realización de paracentesis evacuadora, siendo la citología maligna, compatible con metástasis de adenocarcinoma.*

*El día 9 de marzo de 2005, se realizó biopsia guiada con ecografía, obteniéndose material para anatomía patológica, siendo el diagnóstico de adenocarcinoma de probable origen ovárico.*

*El día 14 de marzo de 2005, se realizó TAC torácico-abdominal para estudio de enfermedad, iniciándose tratamiento de quimioterapia, con urgencia, dada la situación de la paciente.*

*Recibe seis ciclos y el 25 de agosto de 2005 se realizó cito-reducción óptima. Posteriormente, se procedió a la colocación de portacath intraperitoneal, continuando con tres ciclos de quimioterapia endovenosa e intra peritoneal, que finalizó en octubre de 2005.*

*En enero de 2006, acudió a revisión y, en febrero de 2006, se le ha prescrito la necesidad de una nueva línea de quimioterapia con Ariamicina.*

*Como consecuencia de la ineficacia de los servicios médicos públicos, he tenido que acudir a solicitar un segundo diagnóstico referido a mis dolencias.*

*El tratamiento de mi enfermedad me ha supuesto un coste moral y económico elevado que, de haber apreciado ab initio el alcance y gravedad de mi enfermedad, no se me hubiera ocasionado.*

*Asimismo, el retraso en el diagnóstico y tratamiento influyó en el estado avanzado en el que se encontraba mi patología, siendo que, de haberse detectado con anterioridad, el perjuicio hubiera sido menor o no hubiera llegado a producirse.*

## **Segundo**

El 2 de marzo de 2006, el Secretario General Técnico de la Consejería dicta Acuerdo de inicio del expediente, nombrando Instructora del mismo, la cual solicita de la Fundación Hospital de Calahorra toda la información existente sobre la asistencia prestada a la reclamante, al tiempo que se notifica al interesado el acuse de recibo de su reclamación, y se le facilita diversa información relativa a la tramitación del expediente administrativo.

### **Tercero**

La Fundación Hospital de Calahorra, mediante escrito de fecha 22 de marzo de 2006, remite la documentación e informes requeridos. En el informe emitido, se hacen constar las siguientes conclusiones:

*La paciente recibió la atención de urgencia adecuada, realizándose las pruebas complementarias y emitiéndose los diagnósticos de sospecha adecuados al cuadro clínico de la paciente y dentro de los protocolos hospitalarios o de la SEMES. Los Médicos del Servicio de Urgencias cumplieron escrupulosamente con el artículo 14 de la Ley de Salud de La Rioja que reconoce, en su punto 3.a, al Médico de Atención Primaria como responsable de coordinar la atención sanitaria continuada e integral recibida.*

*La paciente pudo ser remitida a nuestro Centro por su Médico de Atención Primaria en un plazo inferior a 5 días naturales e incluso al día siguiente de haber sido informado para realizar estudio diagnóstico especializado. Esta demora se ajusta a la establecida por el artículo 12 de la anteriormente mencionada Ley de Salud de La Rioja y las prestaciones establecidas por la FHC a la Consejería de Salud de La Rioja en la Cláusula Adicional Quinta firmada por el Consejero de Salud y el Director Gerente del Centro para cumplimiento durante el 2005.*

*Por lo tanto, no puede deducirse que hubiese demora y falta de medios adecuados que justificasen a la paciente a acudir a otro Centro, deduciéndose que la misma se debió a una actuación caprichosa y abusiva, no justificada ni tan siquiera por la inquietud o el desasosiego que le pudiesen conferir su enfermedad. Asimismo y desde nuestro conocimiento de los hechos, no hubo una alteración súbita de dichas dolencias, ni el tratamiento o el proceder diagnóstico "ad hoc" en las visitas a Urgencias de nuestro Centro no fue en modo alguno el adecuado que justificasen en manera alguna una opción en un Centro privado sin solicitar autorización del mismo al Servicio Riojano de Salud o a nuestro Hospital para tramitar el oportuno informe administrativo.*

Posteriormente, mediante escrito de fecha 7 de abril, la Fundación pone en conocimiento de la Instructora la existencia de una póliza de seguro de responsabilidad civil profesional con la entidad M. Industrial S.A., a la que posteriormente se da traslado del expediente, personándose en el mismo por escrito de fecha 9 de mayo de 2006.

### **Cuarto**

En fecha 15 de mayo de 2006, la Instructora solicita la emisión de informe por el Médico Inspector que corresponda, lo que se lleva a cabo en fecha 10 de julio de 2006, concluyéndose por la Inspectoría lo siguiente:

*Los tumores de ovarios se caracterizan por la ausencia de sintomatología en estadios iniciales, no existiendo en la actualidad métodos de detección precoz, por lo que, cuando se diagnostican, generalmente están diseminados en cavidad peritoneal, intestino y vejiga, y también en pleura.*

*D<sup>a</sup> Carmen M.E. fue atendida los días 19,22 y 28 de febrero de 2005, por los Servicios de Urgencia Hospitalarios y de Atención Primaria; en los tres casos por presentar una sintomatología inespecífica, realizándosele o indicándose las pruebas correspondientes y estableciéndose los*

*diagnósticos de sospecha en base a los resultados y síntomas que presentaba en cada momento, así, cuando acude la primera vez el 19/02/05, la indicación de realización de una ecografía abdominal es por la sospecha de un cuadro de cólico biliar no complicado, no existiendo ningún indicio que hiciera sospechar patología tumoral.*

*Según consta en el informe de la CUN, a la paciente se le realizó una ecografía abdominal el 4/3/05, objetivándose líquido intraabdominal, perihepático y periesplénico, así como zona homogénea en región hipogástrica, realizándose también un TAC abdominal, no se sabe en qué fecha, pero antes del 8/3/05 en el que se objetiva derrame pleural bilateral escaso, abundante ascitis que ocupa la cavidad abdominopélvica, rechazando vísceras hacia el centro, masas mal definidas en cavidad peritoneal, en asas intestinales y en pared abdominal, sólidas y de baja densidad con focos hipodensos en tejido graso sugestivas de carcinomatosis peritoneal.*

*Solicitado informe a la paciente por parte de esta Inspección Médica, para que informara donde se realizó la ecografía y el TAC abdominal, en qué fechas y quien le prescribió dichas pruebas, no se ha recibido contestación.*

*La paciente, antes de acudir a la CUN el 8/3/2005, disponía ya de un diagnóstico de sospecha de carcinomatosis peritoneal, decidiendo por iniciativa propia acudir a Servicios Médicos privados, cuando la asistencia se podía haber prestado por el Servicio público de salud.*

*En base a lo anteriormente expuesto, esta Inspección Médica considera que la actuación de los Facultativos intervinientes y la asistencia sanitaria prestada ha sido correcta en todo momento y ajustada a la lex artis, realizándose o indicándose la realización de las pruebas que su caso requería en base a la sintomatología que presentaba en cada momento.*

A continuación, consta en el expediente la solicitud de esa información por la Inspectora a la reclamante, mediante comunicación recibida el día 21 de junio de 2006. Posteriormente, mediante escrito de fecha 13 de julio de 2006, la reclamante aporta los citados informes realizados en la Mutua M., en Zaragoza, el día 4 de marzo de 2006.

### **Quinto**

Notificado el trámite de audiencia a la reclamante en fecha 20 de julio, ésta obtiene copia del expediente administrativo instruido el 24 de julio de 2006, presentando escrito de alegaciones el día 31 del mismo mes.

### **Sexto**

En fecha 27 de septiembre, se dicta propuesta de resolución, que desestima la reclamación efectuada, la cual es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos en informe de fecha 18 de octubre del mismo año.

## **Antecedentes de la Consulta**

### **Primero**

Por escrito de 23 de octubre de 2006, registrado de entrada en este Consejo el día 26 de octubre de 2006, el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

### **Segundo**

Mediante escrito de fecha 26 de octubre de 2006, registrado de salida el día 27 de octubre de 2006, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

### **Tercero**

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Necesidad del dictamen del Consejo Consultivo.**

El artículo 12 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

Por tanto, es a la legislación vigente en el momento procedimental inmediatamente posterior a la conclusión al trámite de audiencia a la que hay que atender para determinar la preceptividad del dictamen del Alto Órgano Consultivo correspondiente, aunque fuera otra normativa la vigente en fases anteriores del procedimiento.

Pues bien, en el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, los arts. 11,g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, y 12,2, G del Decreto 8/2002, de 24 de enero, por el que se aprueba nuestro Reglamento orgánico y funcional, determinaban la preceptividad de nuestro dictamen en las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración cualquiera que fuera la cuantía de las mismas. Esta normativa ha sido modificada por la D.A. 20 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, que ha redactado de nuevo el precitado art. 11 g) de nuestra Ley reguladora, limitando la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superior a 600 € y derogando tácitamente el expresado art. 12.2.G de nuestro Reglamento. Esta limitación entró en vigor, junto con el resto de sus preceptos, el 7 de septiembre de 2005, al no contener la Ley 4/2005 ninguna determinación especial al respecto, ya que su D.T. Única sólo la establece para los procedimientos sancionador y de elaboración de disposiciones generales, preceptuando que los iniciados antes de su entrada en vigor continuarán rigiéndose por la legislación anterior.

Por consiguiente, este Consejo Consultivo entiende que las reclamaciones de responsabilidad patrimonial de la Administración en cuyo procedimiento haya concluido el trámite de audiencia con fecha posterior a 7 de septiembre de 2005 y nos sean remitidas para su dictamen, sólo serán de dictamen preceptivo, cualquiera que fuere su fecha de iniciación, si su cuantía es indeterminada o superior a 600 €, considerándose las demás de dictamen facultativo.

Aplicando esta doctrina general al presente caso, nuestro dictamen resulta ser preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

## **Segundo**

### **Sobre la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de La Rioja.**

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LPAC), reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios

públicos, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado y debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así, como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de “seguro a todo riesgo” para los particulares que, de cualquier modo, se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones Públicas.

En el caso sometido a nuestra consideración, la reclamación se sustenta en el hecho de que, como consecuencia de unos diagnósticos iniciales realizados a la reclamante, ésta se ve obligada a solicitar una segunda opinión, fundamentalmente por el progresivo empeoramiento de su estado de salud, y, además, por el retraso en la citación para la práctica de una ecografía. Por tal motivo, acude a la M. donde se le practica dicha ecografía y, a la vista de su resultado, un TAC, donde se vislumbra la existencia de un proceso canceroso a confirmar mediante la correspondiente biopsia. Con los resultados de dichas pruebas, realizadas el día 4 de marzo, la reclamante acude, el día 8, a la Clínica Universitaria de Navarra, donde, tras confirmar el diagnóstico, comienza con el tratamiento de quimioterapia, siendo la estancia y tratamiento en la Clínica Universitaria lo que constituye el objeto de su reclamación.

Y a tal fin, hemos de coincidir con la propuesta de resolución en que, de los hechos acreditados, se desprende, por una parte, la existencia de unos diagnósticos iniciales que no detectan la enfermedad de la reclamante e incluso una demora en la citación para la ecografía, sin que, pese a ello, exista prueba alguna acerca de que dicha demora haya excedido de lo que podría considerarse *stándar* del servicio. Sin embargo, y pese a ello, entendemos que ello hubiese dado pie para declarar el derecho de la reclamante a percibir el importe de los gastos ocasionados para la práctica de esas pruebas que se realizó el día 4 de marzo en la M.. Sin embargo la reclamación no se realiza por ese concepto, sino por los gastos posteriores ocasionados por el tratamiento prestado en la Clínica Universitaria.

Ahora bien, dicho tratamiento se viene prestando con normalidad en la sanidad pública y a ella no se dirigió la reclamante, por lo que, no habiéndose practicado prueba alguna tendente a acreditar la urgencia vital de ese inmediato tratamiento, no puede

prosperar la reclamación por la dispensa de un tratamiento que, en ningún momento, se solicita de la sanidad pública.

Otra cosa hubiese sido si en la sanidad pública se le hubiese denegado el tratamiento o bien se le hubiese demorado injustificadamente; sin embargo su decisión, legítima por otra parte, de acudir directamente a la sanidad privada, determina la imposibilidad de poder atender su reclamación en los términos en los que aparece efectuada. Otra cosa muy distinta es tildar la conducta de la reclamante de *“caprichosa y abusiva, no justificada ni tan siquiera por la inquietud o el desasosiego que le pudiesen conferir su enfermedad”* como se realiza de manera, esta sí, gratuita, en el informe emitido por el Director Gerente de la Fundación Hospital Calahorra. No hace falta un esfuerzo especial para entender la situación de la reclamante que acude varias veces a la sanidad pública, que obtiene distintos diagnósticos, sin que los tratamientos prescritos produzcan mejoría alguna en su estado físico, que cada vez es más delicado.

Ante esta situación, entendemos que la decisión de adelantar la realización de la ecografía un mes, no supone ninguna conducta abusiva, sino todo lo contrario, y, de haberse formulado reclamación por dicho concepto, hubiese sido estimada. Sin embargo, entiende este Consejo Consultivo que la reclamante sí que ha sufrido un daño moral, representado por esa incertidumbre acerca de su estado de salud, así como por la ineficacia de los tratamientos prescritos.

Este daño moral guarda directa relación de causalidad con la actuación administrativa, pues, además de esos errores de diagnóstico que reconoce la propuesta de resolución, existe una demora en la citación para la práctica, por más que el Médico de Cabecera pudiera haberla solicitado con carácter urgente de un día para otro.

Considerando que concurren en el caso todos los requisitos exigidos para que existencia de responsabilidad patrimonial, pues existe una actuación administrativa; existe un resultado dañoso, representado por el daño moral ya referido, existe relación de causalidad entre la actuación administrativa y ese resultado dañoso, como ya hemos manifestado, sin que concurra fuerza mayor; y además, no habiendo transcurrido el plazo de un año desde que se produce el resultado lesivo, debe estimarse la reclamación al considerar que la reclamante ha sufrido un daño moral.

Dicho daño moral se ha producido en la medida en que no ha habido una celeridad razonable en la práctica de las pruebas diagnósticas necesarias, lo que ha ocasionado un estado de incertidumbre y zozobra a la paciente generador de su desconfianza en el sistema sanitario público que, sin perjuicio de no poder indemnizar en este caso los gastos realizados por la misma en la sanidad privada, al no concurrir los requisitos necesarios para ello, deben ser, a nuestro juicio, indemnizados como daños morales, los cuales deben ser valorados discrecionalmente, según ha reconocido una constante jurisprudencia y que, por nuestra parte, consideramos procede cuantificar en la cantidad de 6.000 €.

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> del Carmen M.E. como consecuencia de la asistencia médica recibida en el Hospital Fundación de Calahorra.

### **Segunda**

Se fija la cuantía de la indemnización a percibir por la reclamante en la cantidad de 6.000 €, que deberán ser abonadas en metálico efectivo, con cargo a la partida presupuestaria correspondiente.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.