

En Logroño, a 5 de octubre de 2005, 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^a M^a del Bueyo Díez Jalón, y D. José M^a Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José M^a Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

91/05

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D. Juan José P.O, por el error de diagnóstico sufrido en el Servicio de Otorrinolaringología del Servicio Riojano de Salud.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

En fecha 22 de octubre de 2004, por Don Juan José P.O, se presenta escrito en solicitud de responsabilidad patrimonial dirigido al Servicio Riojano de Salud, solicitando que el SERIS, se haga cargo de los gastos que le ha supuesto al reclamante corregir el error de diagnóstico que ha padecido, así como el tratamiento médico que está recibiendo en la Clínica T. de Barcelona.

En síntesis se alega lo siguiente:

-Que, con fecha 29 de marzo de 2004, acudió a la Consulta de su Médico de cabecera por sufrir una pérdida progresiva de audición del oído izquierdo, remitiéndosele a Consulta de Otorrinolaringología. Solicita cita con el primer Especialista disponible y se le cita para el 21 de abril, en consulta del Dr. Fernando S.B.

-El citado día, acude a la Consulta y, tras realizar las pruebas que se estimaron oportunas, se le volvió a citar para emisión de diagnóstico.

-En fecha 17 de mayo de 2004, el Dr. S.B., emite diagnóstico de hipoacusia perceptiva coclear. Ante la insistencia del reclamante en conocer las posibilidades de tratamiento, se le indica por el Facultativo que no había ninguno; que la pérdida de audición era consecuencia de la edad y del desgaste, y que las interferencias probablemente no desaparecerían.

-Como quiera que el reclamante no estaba muy conforme con el diagnóstico emitido, acudió a la medicina privada, donde se le diagnostica de un “neurinoma del acústico”, que es un tumor cerebral benigno con mala ubicación en este caso, por lo que su extirpación es compleja y difícil.

Adjunta a la reclamación hoja de interconsulta de fecha 29 de marzo de 2004, así como informe de una TAC cerebral de fecha 13 de octubre de 2004, en el que figura el diagnóstico de neurinoma del acústico izquierdo.

Segundo

En fecha 7 de diciembre de 2004, se notifica al reclamante que su escrito va a ser tramitado como una reclamación de responsabilidad patrimonial, por lo que, antes de iniciar el expediente, se le requiere para que, en el plazo de 10 días, cuantifique el importe de su reclamación, lo que se lleva a cabo mediante escrito de fecha 16 de diciembre en el que desglosa la reclamación de la siguiente manera: *Gastos ocasionados para la obtención del diagnóstico y la valoración, 1.045,00 €, y gastos médicos que se van ocasionando por tratamiento especializado, 19.566,95 €.*

Tercero

En fecha 19 de enero, se le notifica al Sr. P.O que ha tenido entrada en el Registro del Servicio Riojano de Salud su reclamación, informándole además de ciertos aspectos de la tramitación de la misma.

Cuarto

Previamente, en fecha 20 de diciembre, se remite copia de la reclamación a la Gerencia del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro*, a la Aseguradora Z. España y a la Inspección Sanitaria, para que por la Inspectora, D^a Verónica C.C, se emita el informe preceptivo; igualmente se remite el parte de reclamación del Facultativo afectados por la reclamación, así como el informe del Servicio afectado, según el cual:

“La exploración otoscópica fue normal y se le realizó audiometría tonal observando una pérdida auditiva bilateral y simétrica en las frecuencias agudas. A la vista del resultado de la audiometría y para descartar un posible neurinoma del acústico y siguiendo el protocolo establecido para esta patología, le solicito le realicen potenciales auditivos troncoencefálicos. En fecha 17 de mayo de 2004, vuelvo a atender al paciente en mi consulta para comunicarle el resultado del estudio neurofisiológico que le mandé, dicho estudio me informa de hipoacusia periférica de oído izquierdo, por lo que emito el diagnóstico de hipoacusia coclear de oído izquierdo, comentándole al paciente que, en caso de continuar las molestias, pidiere cita conmigo”.

Quinto

En fecha 21 de febrero de 2005, se emite el informe por la Inspectora D^a Verónica C.C, cuyas conclusiones, son las siguientes:

PRIMERA.- *Que D. Juan José P.O, cuando fue valorado por el S^o de ORL del CHSMSP, presentaba una hipoacusia de oído izquierdo con acúfenos por la que se le realizó la pertinente audiometría tonal en la que se constataba una pérdida de audición de frecuencias agudas bilateral prácticamente simétrica, más acusada en oído izquierdo.*

SEGUNDA.- *Que para descartar un posible neurinoma del acústico y según protocolo, se realizó el correspondiente estudio PEATC donde no se registraron datos que sugirieran dicha patología, señalando una hipoacusia periférica izquierda, ante lo cual se finalizó el estudio emitiendo el diagnóstico de hipoacusia coclear.*

TERCERA.- *Que varios meses más tarde, en la Medicina privada se le diagnosticó mediante RNM y TAC craneal de neurinoma del acústico izquierdo de 3,5 cm de diámetro máximo, por el que fue intervenido quirúrgicamente mediante su exéresis completa, presentando posteriormente una parálisis facial considerada recuperable al haberse mantenido íntegro en el acto quirúrgico el nervio facial.*

CUARTA.- *Que según la bibliografía consultada, el neurinoma del nervio acústico es una tumoración benigna que generalmente presenta un crecimiento muy lento (1-10 mm/año) y que se diagnostica mediante RNM, prueba que se debe realizar siempre que exista un alto índice de sospecha por la clínica y audiometría, o si el estudio PEATC resulta patológico. Es importante su diagnóstico temprano ya su tratamiento es la exéresis radical y las dificultades y morbilidad que conlleva se encuentran en relación directa con su tamaño.*

QUINTA.- *Que en la valoración inicial del paciente en la Seguridad Social, los datos obtenidos en las pruebas oportunamente realizadas no señalaban un alto índice de sospecha de que presentara un neurinoma del acústico, indicando que el estudio PEATC no sugería dicha patología, por lo que no se puede considerar incorrecta la actitud del Facultativo de no realizar nuevas pruebas diagnósticas.*

SEXTA.- *Que, basándonos en el lento crecimiento descrito de dicho tumor, parece probable que se haya producido un error de diagnóstico al no habérselo detectado en la Seguridad Social pocos meses antes de diagnosticárselo, ya de tamaño considerable, en la Medicina privada, pero que su tamaño posiblemente no hubiera variado significativamente por lo que no se hubiera podido evitar la morbilidad presentada por el paciente tras el tratamiento quirúrgico, como ya se ha dicho anteriormente relacionada con las dimensiones de la tumoración.*

Sexto

Mediante escrito de fecha 25 de enero de 2005, el reclamante aporta los diversos informes médicos relativos a la asistencia recibida en la Medicina privada.

Séptimo

En fecha 31 de enero de 2005, la Inspectora, reclama la siguiente información al Jefe del Servicio de Otorrinolaringología del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro*:

“Si estaría indicada la realización de un TAC o RMN cerebral para descartar un neurinoma del acústico, en un paciente de 53 años de edad, que presenta hipoacusia perceptiva y acúfenos en el oído izquierdo y el resultado del estudio neurofisiológico (PEATC) informa de registro compatible con hipoacusia periférica izquierda”.

La citada solicitud es contestada por el Jefe del Servicio mediante escrito de fecha 7 de febrero de 2005, con el siguiente contenido:

“En relación a la pregunta que se me formula en carta de 31/01/05, registro de salida nº 324 la respuesta es..., en principio, sí. Añado: si el paciente de 53 años presenta un audiograma prácticamente simétrico con pérdida en frecuencias agudas bilaterales y una PEATC con latencias muy similares en los dos oídos (intervalo I-III de 2 ms. En oído derecho y 1,6 en oído izquierdo e intervalos de onda III-V de 3,8 en oído derecho y 3,6 en el oído izquierdo) posiblemente yo habría aconsejado como la mayoría de los autores, una revisión clínica más adelante y realizar otras pruebas según evolución.”

Octavo

En fecha 2 de abril de 2005, se emite dictamen médico a solicitud de la Aseguradora por el Dr. Cristóbal L.C., cuyas conclusiones son las siguientes:

- 1.- El Médico de Atención Primaria actuó correctamente derivando al paciente a ORL.*
- 2.- El servicio de ORL de Logroño también actuó de forma correcta y siguió un protocolo que está reconocido como válido en la ORL actual.*
- 3.- A pesar de ello, el paciente, por inseguridad, decidió acudir a la Medicina privada y en este medio se realizó el diagnóstico. Esta decisión no está justificada por déficit asistencial del sistema sanitario público.*
- 4.- Al producirse el diagnóstico, el paciente no vuelve al sistema sanitario público y decide libremente ser intervenido en un centro privado.*
- 5.- No está justificado reclamar al sistema público los gastos de un tratamiento que este nunca se ha negado a realizar.*
- 6.- Desde ningún punto de vista se observa actuación médica que no se atenga a la “lex artis ad hoc”.*

Noveno

El 18 de abril de 2005, se comunica al reclamante el trámite de audiencia del expediente, retirando copia de todos los documentos que lo integran, evacuando el citado trámite mediante escrito de fecha 3 de mayo de 2005.

Décimo

El 20 de julio de 2005, se dicta propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación interpuesta, por considerar que la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adaptada a los conocimientos científicos y a la *lex artis*.

Undécimo

El 27 de julio de 2005, se emite informe, por la Letrada de los Servicio Jurídicos de la Consejería, favorable a la propuesta de resolución.

Antecedentes de la Consulta

Primero

Por escrito de 1 de agosto de 2005, registrado de entrada en este Consejo el 3 de agosto de 2005, 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 3 de agosto de 2005, registrado de salida el mismo día, 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 art. 12 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por 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. 2ª 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 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 ya que la cuantía de la reclamación es superior a 600 €.

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 (arts. 106.2 C.E. y 139.1 y 2 141.1 LRJ-PAC), 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.

Lo anterior es también predicable para la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si bien en estos casos y como señala la propuesta de resolución, la obligación del profesional médico y la Administración sanitaria es una obligación de medios y no de resultado, de manera que, en principio, cuando se actúe de acuerdo con la *lex artis*, los daños no le pueden ser imputados a la Administración, so pena de incurrir en

el despropósito que supondría el exigir a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes.

La propuesta de resolución precisamente se basa en la anterior postura, para eximir de responsabilidad a la Administración sanitaria riojana, al considerar que la atención prestada al paciente durante todo su proceso fue correcta, habiéndose seguido en todo momento los protocolos médicos. Sin embargo, a la vista de la documentación obrante en el expediente, hemos de indicar ya que no podemos compartir de manera absoluta tal conclusión, porque parece evidente que, en el presente caso, ha existido un error de diagnóstico, que pone ya de manifiesto el propio informe de la Inspección, al manifestar textualmente en la última de las conclusiones de su informe que: “*basándonos en el lento crecimiento descrito de dicho tumor, parece probable que se haya producido un error de diagnóstico al no haberse detectado en la Seguridad Social pocos meses antes de diagnosticárselo ya de tamaño considerable en la Medicina privada*” . Tal conclusión se ve reforzada aun más a la vista de la contestación dada por el Jefe del Servicio a la pregunta que le plantea la Médico Inspectora. De lo anterior se desprende que, si bien por parte del Médico, en un principio, se siguen los protocolos médicos, pues, tras una inicial audiometría, solicita que se le realicen potenciales auditivos troncoencefálicos (PEAT), a la vista del resultado de los mismos, debería haber solicitado la realización de una resonancia magnética o un TAC, pues con esta prueba le fue diagnosticada la enfermedad en la Medicina privada. Así pues, podemos concluir que, en el presente caso, tras una inicial actuación acorde a la *lex artis*, posteriormente no se extremaron las precauciones ni se agotaron las posibilidades médicas, lo que determinó la emisión de un diagnóstico erróneo. Y, a este respecto, es preciso indicar que, pese a lo manifestado por el Médico especialista, que indicó verbalmente al paciente que, si continuaban las molestias, volviese a su Consulta, lo cierto es que, en todo caso, debería haber quedado citado desde ese mismo momento para controlar su situación física y solicitar las pruebas pertinentes a la vista de la evolución del paciente, lo que no consta que ocurriese. Por otra parte y a la vista de la literatura médica obrante en el expediente, el neurinoma del acústico es un tumor que crece de manera muy lenta, a razón de entre 1 y 10 mm/año, por lo que un tumor de ese tipo, con un diámetro de 3,5 centímetros, supone una evolución de años, y no parece aventurado suponer que, cuando se realizan los PEAT, dicho tumor existía y que la citada prueba no pudo dar un resultado normal.

Pese a la existencia de un error de diagnóstico, ello, por si solo, no es motivo suficiente para entender que el particular que lo padece tenga derecho a obtener una indemnización, sino que, para llegar a tal conclusión, ha de darse la concurrencia de dos circunstancias que la doctrina del Consejo de Estado viene exigiendo con reiteración: que exista una negligencia o impericia profesional probada en la aplicación de la *lex artis*, a lo que ya nos hemos referido anteriormente; y, además, que la misma sea generadora de un daño innecesario y evitable en sus consecuencias y resultado, y, por lo tanto, indemnizable, como también viene exigiendo este Consejo Consultivo.

Aplicando lo anterior y en la forma que el Sr. P.O plantea su reclamación, entendemos que existe responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por los gastos que el reclamante hubo de soportar para obtener el diagnóstico correcto de su enfermedad, que, según su escrito, ascienden a la cantidad de 1.045€, aun cuando no consta en el expediente el justificante de dichos desembolsos, por lo que, aun cuando se trata de una cantidad moderada, deberá acreditarse previamente la realidad de los mismos. Otra cosa es la cantidad solicitada a consecuencia del tratamiento quirúrgico y subsiguiente seguimiento de su estado físico, pues, en este caso, la decisión de acudir a un centro privado es absolutamente personal del reclamante, y, si bien podrá entenderse la misma a la vista de los hechos relatados, lo cierto es que, pese a las manifestaciones del reclamante, no existe constancia alguna en el expediente de que la sanidad pública negase al Sr. P.O la posibilidad de llevar a cabo la intervención quirúrgica o que la misma se demorase de manera que pudiese poner en peligro su propia vida, riesgo vital que, por otra parte, no se deduce de ninguno de los informes médicos existentes. Así pues, entendemos que, por lo que se refiere a los gastos abonados con motivo de la intervención quirúrgica, los mismos no son indemnizables. Además, y aunque el diagnóstico correcto se demorase cuatro meses desde la inicial visita del reclamante, no consta en el expediente que dicho retraso haya supuesto un agravamiento en la evolución del tumor ni haya supuesto una mayor complejidad de la intervención quirúrgica, siendo la parálisis facial que presentó tras la intervención, consecuencia de un proceso inflamatorio que se recuperará con el tiempo, y que tampoco puede imputarse a la Administración sanitaria.

CONCLUSIONES

Primera

A juicio de este Consejo Consultivo, en el presente caso, existe relación de causalidad entre el funcionamiento del sistema público de salud y el error de diagnóstico sufrido por D. Juan José P.O.

Segunda

En cuanto a la cuantía de la indemnización, esta deberá ascender a la cantidad de 1.045 €, previa acreditación del desembolso relativo a la Consulta del Instituto Otológico G.I.; a la consulta en la Clínica Universitaria de Navarra y a la resonancia magnética.

Este es nuestro Dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha expresados en el encabezamiento.