

En Logroño, a 10 de mayo de 2013, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José María Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

24/13

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por D. F. J. G. G., por daños y perjuicios que entiende causados al ser atendido en el SERIS de un adenocarcinoma de sigma con una quimioterapia que le provoca una parada cardíaca y obliga a implantarle un desfibrilador; y que valora en 300.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

En fecha 30 de enero de 2012, el Sr. G. G. presenta un escrito de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, ante la Oficina auxiliar de registro de la Consejería consultante, en reclamación de la cantidad de 300.000 euros, haciendo constar el siguiente relato de hechos:

“En la actualidad, tengo 45 años, sigo en tratamiento de los nervios, del hombro y de la espalda, con unos dolores que no me dejan dormir. Me tienen que repetir el escáner, el último salió borroso por no poderme poner el contraste por el tratamiento de tiroides.

Con el primer tratamiento de quimioterapia, mal administrado por la cantidad de medicación, desde el primer momento me encontraba muy mal, hasta tal punto de tener que ir a Urgencias del Centro de Salud (CARPA) a las 23,45 horas, del 3 de marzo de 2011. Ya denuncié la mala atención prestada; si me hubieran atendido correctamente, habrían detectado lo que me pasó, el 4 de marzo de 2011, en el Centro de Salud “Joaquín Elizalde”: parada cardiorrespiratoria de 15 minutos, que casi me cuesta la vida. Sé que se han dado dos casos más como el mío en las mismas fechas y de similares circunstancias, estoy esperando el informe de investigación de la Defensora del Pueblo, o,

si no, buscaré la forma de enterarme de lo que pasó por esas fechas en las que hubo otros casos como el mío.

Con el desfibrilador que me han puesto por la parada cardiorrespiratoria que me produjo el mal tratamiento de quimioterapia, me condiciona la vida, me retiran todos los carnets de conducir, con los que llevo 22 años ganándome la vida, y me dejan el del coche, renovándolo todos los años con un informe médico. El desfibrilador me condiciona la vida física, mental y psicológicamente. Por todos los daños producidos por el mal tratamiento, solicito una indemnización a la Administración, por los daños físicos, psíquicos y morales, de 300.000 euros, sin perjuicio de ulterior valoración”.

A la citada reclamación, se adjunta diversa documentación relativa a la asistencia prestada, así como diversas reclamaciones presentadas ante el Defensor del Usuario y la propia Defensora del Pueblo Riojano.

Segundo

El mismo día, se dicta Resolución en la que se indica que se tiene por iniciado procedimiento general de responsabilidad patrimonial, nombrándose Instructora del mismo, y comunicándose igualmente al reclamante diversa información relativa a la instrucción del expediente.

Tercero

En fecha 31 del mismo mes, se solicita de la Dirección Gerencia del Área de Salud de La Rioja, Hospital *San Pedro*, cuantos antecedentes existan de la atención prestada al reclamante en los Servicios de Aparato Digestivo, Oncología, Cardiología y Atención Primaria, su historia clínica, relativa a la asistencia objeto de reclamación y, en particular, el informe de los Facultativos que le atendieron, comunicándose igualmente la reclamación a la Correduría de Seguros con la que se tiene contratada la póliza de responsabilidad civil. La citada documentación es reiterada en fechas 12 de marzo, 17 de abril y 18 de mayo, constando la misma, a continuación, en el expediente administrativo.

Cuarto

En el expediente consta igualmente un informe de la Inspección médica, solicitado por la Instructora en fecha 1 de junio y emitido el 26 de julio, cuyas conclusiones son las siguientes:

“(El paciente), como consecuencia de un proceso tumoral de colon, venía siendo atendido por el Servicio de Oncología y sometido, (según) protocolos de actuación terapéutica, acordes con la Ciencia Médica, a tratamiento quimioterápico. Este tratamiento incluía el 5-fluoracilo, fármaco que puede presentar cardiotoxicidad, con una incidencia que oscila entre el 1 y el 19%, según diversos autores. En la mayoría de las series observadas, es del 8% o inferior. Todo apunta que la utilización de dicho quimioterápico es la causa más probable de que el paciente sufriera una parada cardiaca en la sala de espera de su Centro de Salud, y que, merced a la buena atención recibida, tanto fuera

del HSP, como dentro de él, pudiera superar esta fase crítica, sin grave repercusión neurológica. No obstante y discutido su caso en sesión clínica, se toma la decisión de proponer, con carácter preventivo, la implantación de un desfibrilador automático, que el paciente acepta. Por otro lado, es imprevisible que el haber sido atendido el día anterior en los Servicios de Urgencia del CARPA pudiera haber previsto y, en consecuencia, evitado, la parada cardíaca que mencionamos.

Por lo descrito, considero que la actuación de todos los profesionales sanitarios que intervienen, tanto antes de la parada cardíaca como después, actuaron correctamente y siguiendo los protocolos comúnmente aceptado, por la Ciencia Médica. Su actuación fue, además, determinante para superar con éxito esta grave crisis.

Y, como he señalado también, me queda la duda de que si es suficiente que el paciente firmara la hoja de consentimiento informado, en el sentido de ser plenamente consciente y, por lo tanto, aceptar el riesgo, pequeño pero riesgo, de ser sometido a tratamiento con 5-Fluoracilo.

Quinto

Consta, a continuación, en el expediente un informe pericial, emitido a instancia de la Aseguradora del SERIS, cuyas conclusiones son las siguientes:

“1. El abordaje del cáncer de colon contempla los tratamiento adyuvantes a la cirugía y, en el caso de estadios con afectación ganglionar, la recomendación incluye esquemas de tratamiento con 5-fluorouracilo, como FOLFOX.

2. Los beneficios del tratamiento quimioterápico son tan evidentes que no se ven mermados por la presencia de morbi-mortalidad inducida por la quimioterapia y ello se refleja en los CI para los pacientes.

3. En el análisis de la HC de este paciente, no se detecta ningún elemento que pueda considerarse como mala práctica.

Sexto

Finalizada la instrucción del expediente, y abierto el trámite de audiencia, el reclamante obtuvo, en fecha 18 de enero, obteniendo copia de los documentos 1 y 54 a 110 del expediente, negándose a firmar la diligencia de entrega y sin que conste haber presentado escrito de ningún tipo.

Séptimo

El 7 de marzo de 2012, se dicta Propuesta de resolución, que desestima la reclamación interpuesta, por no ser imputable el perjuicio alegado al funcionamiento de los Servicios públicos sanitarios, la cual es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos en fecha 15 del mismo mes.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 19 de marzo de 2013, registrado de entrada en este Consejo el 20 de marzo de 2013, el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 21 de marzo de 2013, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar 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 12.1 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.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, remite a la normativa reguladora de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, legislación estatal, para la determinación del carácter

preceptivo de los dictámenes. Por aplicación de dicha normativa, el dictamen será preceptivo cuando la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros, a partir de la entrada en vigor de la citada Ley 7/2011. Por lo tanto y reclamándose una cantidad de 300.000 euros, 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 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

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.

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 de 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, o lo que es lo mismo, no tendrían la condición de antijurídicos, so pena de incurrir en el despropósito que supondría el exigir a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes.

Como venimos indicando con reiteración al dictaminar sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el ámbito de su actividad en que se manifieste ésta, lo primero que inexcusablemente debe analizarse en estos expedientes es lo que hemos llamado la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que objetivamente explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar.

Para detectar tales causas, el criterio por el que hay que guiarse no puede ser otro que el de la *condicio sine qua non*, conforme al cual un determinado hecho o conducta ha de ser considerado causa de un resultado dañoso cuando, suprimido mentalmente tal hecho o conducta, se alcance la conclusión de que dicho resultado, en su configuración concreta, no habría tenido lugar.

Sólo una vez determinada la existencia de relación de causalidad en este estricto sentido y aisladas, por tanto, la causa o causas de un concreto resultado dañoso, resulta posible entrar en la apreciación de si concurre o no el criterio positivo de imputación del que se sirva la ley para hacer responder del daño a la Administración, que no es otro que el del funcionamiento normal o anormal de un servicio público a su cargo, y de si concurren o no criterios negativos de esa imputación, esto es, de alguno de los que, expresa o tácitamente, se sirva la ley para negar esa responsabilidad en los casos concretos.

Pues bien, pese a que la Propuesta de resolución considera que no existe nexo de causalidad entre la complicación sufrida por el paciente y una hipotética impericia sanitaria, pues la quimioterapia estaba perfectamente indicada, sin embargo hemos de acudir al informe de la Inspección médica, en el que se indica textualmente lo siguiente:

“Por lo que respecta al punto siguiente de la reclamación, queda enjuiciar técnicamente lo que el paciente define como “mal administrado...” y, aunque el paciente parece referirse más a la cantidad, sin base para apoyar dicha afirmación, merece la pena comentar si al paciente se le había informado adecuadamente de la posible cardiotoxicidad del 5-Fluoracilo. A mi juicio, aunque con ciertas dudas, puede encuadrarse, de forma muy genérica, dentro de los efectos secundarios poco probables. Sería quizá deseable más claridad y precisión en los efectos secundarios de cada uno de los diferentes fármacos existentes, aunque resulten poco frecuentes estadísticamente, y no una consideración un tanto genérica, del conjunto de los posibles fármacos que componen el arsenal terapéutico englobable en la quimioterapia.

En este caso, no es descartable, sino más bien todo lo contrario, dados los antecedentes de normalidad cardiológica puestos en evidencia por el conjunto de estudios realizados, y de acuerdo con los que manifiesta la Dra. L. Á. L., Especialista en Cardiología y perteneciente al Servicio de Cardiología del HSP, que la causa de su parada cardíaca está relacionada con la utilización del medicamento 5-fluoracilo. Expongo el último párrafo del informe de la Dra. Á. L.:

“Por los datos de que disponemos sobre la cardiotoxicidad del 5-fluoracilo anteriormente descritos, considero que es probable que el tratamiento con 5-fluoracilo haya sido la causa de su parada cardiaca, en el contexto de un síndrome coronario agudo”.

Visto todo el historial clínico, incluyendo todas las pruebas cardiacas hechas a posteriori y los resultados de las mismas, me inclino por la interpretación de la Dra. Á. L., (del) uso del producto 5-fluoracilo como la causa más probable. Y, llegado a este punto, tengo dudas sobre si el paciente era plenamente consciente de que, con poca probabilidad, a juzgar por la literatura científica existente, esta complicación era posible, y, en su caso, aceptada. Como ya he expuesto, el documento de consentimiento informado es muy genérico y, por lo tanto, de difícil interpretación”.

De lo manifestado, no cabe sino considerar que el reclamante venía siendo tratado por el Servicio de Oncología de tratamiento de quimioterapia, complementario a la intervención quirúrgica efectuada a consecuencia del adenocarcinoma de sigma que le había sido diagnosticado, respondiendo el tratamiento prescrito a los protocolos clínicos aplicados para este tipo de patología y clasificación tumoral; no habiéndose acreditado, error alguno ni en su prescripción ni en su dispensación.

Sin embargo, existen dudas más que razonables acerca de que el paciente, a la hora de aceptar el citado tratamiento, tuviese toda la información precisa relativa a los posibles efectos secundarios del tratamiento. A este particular, debe hacerse constar, que aunque no se ha practicado prueba alguna al respecto, en su escrito de fecha 18 de agosto de 2011, obrante al folio 21 del expediente, el paciente refiere que existen otros dos casos similares al suyo.

Ya hemos indicado en muchos dictámenes (cfr. D.111/07, D.12/09, D.16/09, D.37/09 y D.41/12, entre otros) que el carácter de criterio negativo de la imputación deriva del hecho de que, habiendo sido el paciente informado de todos los riesgos que presenta el tratamiento, si consiente los mismos y, finalmente, el daño se produce, se excluye la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

El paciente, por aplicación de la normativa sanitaria en vigor, tiene derecho a ser informado sobre su estado de salud. También hemos indicado (cfr. D.42/11, D.51/11, D.79/11 y D. 83/11, entre otros) que, en materia de responsabilidad patrimonial, el consentimiento informado o, en definitiva, la obligación de informar al paciente sobre su estado de salud y el consiguiente derecho de éste a recibir, en términos claros y comprensibles, dicha información deriva de la existencia de una obligación prestacional por parte de la Administración, que no es consecuencia de un contrato, sino de una relación jurídico pública y equivale a una cláusula, genérica y voluntaria, de exoneración de la responsabilidad de la Administración, por la cuál el paciente asume los riesgos típicos de los que fue informado.

Trasladando lo anterior al caso sometido a nuestra consideración, y trayendo ahora a colación las manifestaciones transcritas anteriormente del informe de la Inspección médica, se concluye que existen muchísimas dudas de que el paciente hubiese sido informado con suficiente claridad y precisión de los riesgos que podían derivarse del tratamiento prescrito, dada la poca concreción del documento de consentimiento informado.

Si esas dudas se le plantean a la Inspección médica, como mucho más motivo debemos presuponerse las al reclamante, persona leiga en la materia y que, además, se ve sometido a la situación de intranquilidad y angustia derivada de sufrir un proceso cancerígeno.

Por ello y aun cuando no se realiza una específica alegación a este respecto, puede deducirse la pretensión de los diversos escritos presentados por el reclamante y, por lo tanto, debemos concluir que ha existido una defectuosa prestación de la asistencia sanitaria, como consecuencia de no haberse llevado a cabo de manera adecuada la obligación de información derivada de lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente; y, por lo que respecta a la CAR, por la Ley riojana 2/2002, de 17 de abril, que también recoge el derecho del paciente a ser informado sobre su estado de salud, en su artículo 6.

Actualmente, dicha información es necesaria para toda actuación en el ámbito de la sanidad que, por lo tanto, comprende toda actuación realizada con fines preventivos, diagnósticos, terapéuticos, rehabilitadores o de investigación. El paciente tiene derecho a que se le de, en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados, información completa y continuada, verbal y escrita, sobre su proceso, incluyendo el diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento; y esto no ha ocurrido de manera adecuada en este caso.

Tercero

Cuantía de la indemnización

Acreditada, en nuestra opinión, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, debemos proceder a fijar el importe en que se valora el daño sufrido por el reclamante, que cuantifica su reclamación en la nada desdeñable suma de 300.000 euros.

Hemos ya de anticipar que, en modo alguno, podemos admitir la citada suma que, en nuestra opinión, no se ajusta al daño efectivo sufrido por el reclamante.

Como ya hemos indicado en reiteradas ocasiones (cfr. D.65/11, D.4/12, D. 13/12 y D.36/12, entre otros) que uno de los criterios a tener en cuenta a la hora de fijar el importe de la indemnización a percibir, es el del estado físico del paciente, anterior a los hechos que motivan su reclamación. Y, a este particular, hemos de indicar que el reclamante había sido intervenido de un adenocarcinoma de sigma, enfermedad grave y que requiere, como tratamiento complementario a la intervención, la quimioterapia, si se quiere salvar la vida del paciente.

Por lo tanto, habiendo considerado que no existió una correcta información sobre ese tratamiento de quimioterapia, el daño que se sufre, en todo caso, es el de la pérdida de oportunidad de haber aceptado o rechazado dicho tratamiento, contando con una información más completa acerca de los efectos secundarios del mismo. No olvidemos que la mención a toxicidad cardiaca es excesivamente vaga y ambigua. Por ello, consideramos que el daño moral sufrido a consecuencia de esa pérdida de oportunidad puede ser fijado en la cantidad de 3.000 euros, estimando globalmente todas las circunstancias del caso.

CONCLUSIONES

Primera

A juicio de este Consejo Consultivo, la presente reclamación debe ser estimada parcialmente, en los términos contenidos en el cuerpo de este dictamen.

Segunda

La indemnización a percibir por el reclamante se estima, por todos los conceptos, en la cantidad de 3.000 euros, que deberá ser abonada en metálico, con cargo a la partida presupuestaria correspondiente.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero