

En Logroño, a 7 de abril de 2017, 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. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José Luis Jiménez Losantos, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

22/17

Correspondiente a la consulta formulada por la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja, en relación con la *Reclamación de responsabilidad patrimonial sanitaria formulada por D C.S.J.P. por daños y perjuicios que entiende causados por el fallecimiento de su esposa, D^a M.Á.H.B, tras ser atendida en el SERIS, con retraso en el diagnóstico y tratamiento, de un adeno-carcinoma de laringe, y que valora en 400.000 euros.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

La reclamación se inició mediante escrito de 11 de enero de 2016, presentado en el Registro de la Consejería de Salud ese mismo día y formulado por medio de la Abogada del reclamante, a la cual este confirió su representación *apud acta* el 18 de enero de 2016. En dicho escrito, de forma resumida y en cuanto a los datos más relevantes en lo que a este dictamen se refiere, la reclamante señala lo siguiente:

-El 17 de septiembre de 2013, la esposa del reclamante acudió, remitida por su Médico de Atención Primaria, a la consulta del Servicio de Otorrinolaringología de la FHC, al presentar afonía continuada. Tras la exploración física y la realización de una fibroscopia, fue diagnosticada de *“pequeños nódulos laríngeos, quiste o profusión mucosa de banda derecha, de aspecto benigno”*.

-Se le propuso una terapia de rehabilitación foniatría, que se efectuó mediante la asistencia, dos veces por semana, a la FHC, desde aquella fecha hasta el 19 de enero de 2014. Indica (sin concreción de día, pero mencionándolo tras manifestar la fecha de terminación de la rehabilitación anterior, por lo que ha de entender que ello fue posterior a dicha última fecha), que *“ya sin voz”* acudió al Servicio de Urgencias de

la FHC, no recibiendo atención –según manifiesta–, sino que fue remitida a su Médico de cabecera, por cuanto el Especialista en Otorrinolaringología de guardia *“estaba de vacaciones”*.

-Tras esa incidencia, manifiesta que acudió a un Especialista en Otorrinolaringología de la sanidad privada, quien, sólo examinándola con un fibroscopio, *“le indicó, con claridad, la existencia de un tumor, de carácter maligno, centrado en la cuerda vocal derecha”*.

-El 20 de enero de 2014 (si bien el informe de alta hospitalaria que acompaña a su reclamación señala que el ingreso fue el día 16), la paciente acudió al Servicio de Urgencias del Hospital *San Pedro* (HSP) de Logroño, donde fue ingresada y se le practicó, el 21 de enero de 2014, una primera intervención quirúrgica de microlaringología, con toma de biopsias de la cuerda vocal derecha, y se le diagnosticó (*“a las 5 semanas”*, según se indica en la reclamación) una *“tumoración laríngea maligna”*.

-El 27 de febrero de 2014, fue nuevamente ingresada. Se le realizó, el 28 de febrero de 2014, una segunda intervención quirúrgica de MTL laringectomía parcial con láser. Se emitió (según consta en el informe de alta hospitalaria de 1 de febrero de 2014, que acompaña al escrito de reclamación), como diagnóstico: *“tumoración maligna de hemilaringe derecha (pendiente de filiación)”*.

-El 8 de abril de 2014, vuelve a ser ingresada. El 9 de abril de 2014, se le practica una tercera intervención quirúrgica de laringectomía total, bajo anestesia general. Como diagnóstico, se consigna: *“tumoración maligna de hemilaringe derecha”*.

-El 23 de abril de 2014, es dada de alta, si bien, a consecuencia del diagnóstico anterior, se le pauta quimioterapia, que le es aplicada, en ciclos mensuales, durante los meses de mayo a septiembre de 2014, constando, como incidencias, que acudió al Servicio de Urgencias del HSP, por agravamientos y dolencias inherentes a su estado, los días 11 y 28 de junio, y 23 de julio, todos ellos de 2014.

-El 1 de diciembre de 2014, se le reanudó el tratamiento con quimioterapia, y, ese mismo día, al presentar un cuadro febril, se decidió su ingreso hospitalario, si bien, fue dada de alta el siguiente día 2.

-El 25 de diciembre de 2014, ingresó nuevamente en el HSP, donde, desafortunadamente, falleció el 16 de enero de 2015.

Segundo

La Secretaría General Técnica de la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja dictó una Resolución, firmada electrónicamente el 21 de enero de 2016, en el sentido de tener por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial y designar Instructora del mismo.

Tercero

1. La Instructora del procedimiento, tras remitir a la Abogada del reclamante un escrito (firmado electrónicamente el 22 de enero de 2016 y recibido por ésta el 27 de enero de 2016), en el que se le notificó la iniciación del procedimiento, así como los plazos y demás datos necesarios para la tramitación, dirigió sendos escritos:

-A la Gerencia de la FHC, el 21 de enero de 2016, por el que, al tiempo que le ponía en conocimiento la existencia de la reclamación, solicitó la remisión de todos los antecedentes, datos, documentos e informes de interés que existiesen sobre la asistencia sanitaria prestada a la esposa del reclamante; así como el informe de los Facultativos intervinientes en la asistencia prestada a la misma; y, de tener póliza de seguros, los datos de la Compañía Aseguradora, a los exclusivos efectos de comunicar a esta el siniestro.

-A la Dirección del Área de Salud de La Rioja-HSP, el 22 de enero de 2016, por el que solicita idénticos datos que a la FHC, así como la historia clínica relativa, exclusivamente, a la asistencia objeto de la reclamación.

-A la Aseguradora del SERIS, la cual acusó recibo el 24 de febrero de 2016.

2. Dichas solicitudes fueron cumplimentadas:

-Por la Dirección del Área de Salud de La Rioja-HSP, mediante escrito de 8 de marzo de 2016, al que acompañó un informe del Dr. D. J.A.P.L, Jefe de Sección de Otorrinolaringología, de 19 de febrero de 2016, y la historia clínica de la paciente, referida sólo al proceso de enfermedad objeto de la reclamación.

-Por la FHC, mediante escrito de 11 de abril de 2016, al que acompañó un informe del Dr. D. J.F.P.A, de 9 de marzo de 2016, y en el que, asimismo, comunicó los datos de la Aseguradora de la citada FHC.

3. El Dr. P.L, en el precitado informe remitido por el HSP, especifica que:

-La paciente acudió, al Servicio de Urgencias del HSP, el 16 de enero de 2014, por un cuadro de disfonía. Se procedió a explorarla, observando, en la naso-fibro-laringoscopia, una *“lesión excrecente, de aspecto amarillento, en la banda derecha, con parálisis de la cuerda vocal derecha”*, por lo que fue ingresada con la *“sospecha de tumor maligno”*, y se le practicó la primera intervención quirúrgica –ya referida– el 21 de enero de 2014. En dicha intervención, se efectuó una toma de biopsias de la cuerda vocal derecha, que fue enviada, para su análisis, a los Servicios de Hematología, Microbiología y Anatomía Patológica. El Servicio de Hematología informó, el mismo día, que el análisis efectuado *“sugiere enfermedad extra-hematológica”*. El Servicio de Microbiología informó, en días inmediatos, que el análisis efectuado era *“negativo, para el cultivo de hongos y microbacterias; y positivo, para el germen capnocytophaga sp”*. El Servicio de Anatomía Patológica informó que el análisis resultó de *“una gran dificultad diagnóstica y lo tuvimos el 19/2/2014 con el diagnóstico de: tumor maligno pobremente diferenciado”*; por lo que recomendó efectuar una exéresis (separación quirúrgica) completa de la lesión, para su correcta tipificación.

-Se vuelve a efectuar a la paciente la segunda intervención quirúrgica, el 28 de febrero de 2014, es decir, la antes mencionada laringectomía parcial con láser, para llevar a cabo la recomendada exéresis, la cual se efectúa amplia, de toda la lesión. Todo lo extirpado se vuelve a enviar al Servicio de Anatomía Patológica para su análisis. Este nuevo análisis *“presentó, de nuevo, una gran dificultad diagnóstica”*, y no tuvo entrada en el Servicio de Otorrinolaringología hasta el 20 de marzo de 2014, con el diagnóstico de **“tumor indiferenciado”**.

-El propio informante contactó telefónicamente con el Servicio de Anatomía Patológica, y, al ser informado de que, por la dificultad del análisis, *“no tienen diagnóstico concreto”*, solicita un PET el día 2 de abril de 2014. Como quiera que dicha prueba continuó presentando un resultado negativo, el 7 de abril de 2014, *“el Comité de Tumores del área ORL”* decide *“realizar una laringectomía total, con vaciamiento cervical funcional derecho y hemitiroidectomía derecha”*. Tal intervención, que constituye la tercera de las efectuadas a la paciente, se llevó a cabo el 9 de abril de 2014, y lo en ella extirpado se volvió a enviar al Servicio de Anatomía Patológica para completar los análisis anteriores.

-El 15 de abril de 2014, se recibe el informe del Servicio de Anatomía Patológica, complementario al de 20 de marzo de 2014, y cuyo diagnóstico definitivo es **“carcinoma indiferenciado”**; y, el 5 de mayo de 2014, se recibe el análisis de las muestras tomadas en la intervención del 9 de abril de 2014, con el resultado de *“hemitiroides derecho; ganglio linfático infiltrado por un carcinoma indiferenciado, con un desdoblamiento capsular del ganglio”*.

-Con todo ello, en la reunión del *Comité de Tumores de ORL* de 5 de mayo de 2014, se decide prescribir a la paciente un tratamiento de quimioterapia, más radioterapia coadyuvante.

Cuarto

Cumplimentado el expediente, la Instructora, conocida la Aseguradora de la FHC, remitió a la misma un escrito, firmado electrónicamente el 25 de abril de 2016, poniendo en su conocimiento la existencia del procedimiento, e informándole de la posibilidad de comparecer en él.

Asimismo, por escrito firmado electrónicamente el 26 de abril de 2016, solicitó, a la Dirección General de Asistencia, Prestaciones y Farmacia, que el Médico Inspector correspondiente informase sobre la reclamación. Dicho informe, firmado electrónicamente el 15 de septiembre de 2016:

-Efectúa un examen de todas las actuaciones desarrolladas, distinguiendo dos asistencias: **i)** la prestada en la FHC, que considera correcta, en cuanto que, habiéndose practicado a la paciente las pertinentes pruebas, de las que resultaron nódulos en la cuerdas vocales de la laringe y un quiste pequeño de aspecto benigno en la banda derecha, el tratamiento de rehabilitación foniátrica recomendado y desarrollado fue adecuado; y **ii)** la desarrollada por el Servicio de Otorrinolaringología del HSP, que también estima que fue prestada con arreglo a lo exigido para el tratamiento de la patología que afectaba a la paciente, incluso con la máxima diligencia; y, argumenta que la demora padecida en la clasificación correcta del tumor sólo fue debida a la dificultad inherente a su carácter de *“indiferenciado”*, añadiendo que dicha clasificación

era relevante para conocer las características o parámetros del tratamiento de quimioterapia y radiología que debía de utilizarse.

-Finaliza considerando que, en uno y otro caso, se actuó conforme a la *lex artis*.

Quinto

Asimismo, sin que conste en qué fecha se incorporó al expediente, obra en el mismo un informe pericial emitido, a instancia de la Aseguradora del SERIS, por el Dr. D. E.M.S. (Especialista en Otorrinolaringología y Patología Cervicofacial, miembro del Comité de Tumores de Cabeza y Cuello, del H.U.S.E, y componente de la entidad Profesionales de la Medicina y el Derecho, S.A. P.), fechado el 17 de noviembre de 2016, que, en el apartado “Análisis de la práctica médica”, expresa:

“Si bien, en gran parte de las enfermedades de las cuerdas vocales, se puede descartar, de visu, su carácter benigno o maligno; en lo que respecta a las bandas ventriculares, no podemos afirmar lo mismo. Una lesión o una protrusión en una banda ventricular, aunque sea asintomática, obliga a la realización de una prueba radiológica, una biopsia o, como mínimo, un seguimiento con control fibroscópico al cabo de un mes, para certificar que dicha lesión permanece estable o desaparece. No hay justificación para, a pesar de que la paciente tuviera nódulos vocales, mandarla (al Servicio de) Logopedia y re-citarla, al cabo de tres a seis meses, como figura en el informe del Servicio de Otorrinolaringología de dicho hospital.

Durante el tratamiento logopédico, que la paciente estuvo llevando a cabo durante meses, no se produjo mejoría de la voz, más bien empeoramiento que ...llevó a la afonía completa. No es explicable cómo es posible que, ante la progresión de la disfonía, supuestamente producida por nódulos vocales, el Logopeda no volviese a remitir a la paciente a revaloración del diagnóstico por parte del Otorrinolaringólogo. Los nódulos vocales responden de manera positiva a tratamiento logopédico en el 90% de los pacientes y, en los que no responden, la voz por lo menos no empeora; es decir, había signos de sospecha claros, y más para un profesional de la voz”.

Finaliza su informe estableciendo las siguientes **conclusiones generales**:

-La paciente acudió al Médico de cabecera por disfonía progresiva y fue remitida al Especialista en Otorrinolaringología de la FHC, quien, mediante exploración fibroscópica, le diagnosticó unos nódulos vocales y una lesión en banda ventricular derecha, remitiéndola a tratamiento foniatrico, sin pedir pruebas de imagen y programando el control en 4 meses. Ante la objetivación de una lesión inhabitual en hemilaringe derecha, esta actuación no fue adecuada.

-La paciente estuvo acudiendo a rehabilitación foniatrica en dicho hospital durante meses, no experimentando mejoría de la voz e incluso empeorando progresivamente, ante lo cual no fue

remitida al Otorrinolaringólogo para re-evaluación fibroscópica. Ante la respuesta positiva (así en el original, si bien, del contexto, más parece que quiso decir “la falta de respuesta positiva” o “la respuesta negativa”) de los nódulos vocales a la logopedia, **esta actuación no fue correcta.**

-Debido al empeoramiento, grave y progresivo, de la voz, la paciente acude a un Especialista en Otorrinolaringología de la sanidad privada, que le diagnostica, en la primera visita, un tumor maligno de laringe y la remite, con carácter urgente, al Servicio de Otorrinolaringología del HSP de Logroño. Desde ese momento, a la paciente, se le somete a diversos procedimientos diagnósticos y terapéuticos que consiguen establecer un diagnóstico, tras varias pruebas y procedimientos quirúrgicos, incluyendo una laringuectomía total. El tratamiento, desde que llega a esta institución, es correcto.

*-A pesar de los sucesivos tratamientos, la paciente acaba falleciendo al cabo de unos meses. Debido al mal pronóstico de este tipo de tumores, es **muy probable que el desenlace hubiera sido el mismo** si se hubiese diagnosticado de manera precoz.*

El informe señala, como **conclusión final**, que la atención médica prestada a la paciente por el Servicio Riojano de Salud “**no fue acorde a lex artis**”.

Sexto

Finalizada la instrucción del expediente con los datos, informes y escritos descritos, la Instructora puso tal circunstancia en conocimiento de todos los personados en el mismo, confiriéndoles el trámite de vista del expediente y plazo para efectuar alegaciones, si bien sólo se presentó, por parte del reclamante, un escrito, el 29 diciembre de 2016, ratificándose en su reclamación inicial.

Séptimo

Completados los trámites referidos, en fecha 6 de febrero de 2017, la Instructora elaboró una Propuesta de resolución, en el sentido de desestimar la reclamación, por considerar que, en todo momento, se había actuado con arreglo a la *lex artis ad hoc*, no siendo, por ello, imputable el perjuicio alegado al funcionamiento de los Servicios públicos sanitarios.

Recibida dicha Propuesta de resolución, la Secretaria General Técnica de la Consejería de Salud solicitó –por oficio firmado electrónicamente el 6 de febrero de 2017– a la Dirección General de los Servicios Jurídicos en la Consejería de Salud, el preceptivo informe, el cual fue emitido el 15 de febrero de 2017, considerando ajustada a Derecho la expresada Propuesta de resolución.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado electrónicamente en fecha 21 de febrero de 2017, y de entrada en este Consejo el 22 de febrero de 2017, la Excm. Sra. Consejera de Salud 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 23 de febrero de 2017, 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

Determinación de la normativa aplicable

Dado el periodo de tiempo en que se ha desarrollado la tramitación del procedimiento que se nos somete a dictamen, se hace necesario examinar, como cuestión previa, cuál sea la normativa de aplicación al mismo, ya que la Ley 39/2015, de 1 de octubre (publicada en el BOE de 2 de octubre de 2015), del Procedimiento administrativo común (LPAC'15), cuya DD Única deroga la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPAC'92), ha entrado en vigor (según la DF 7ª LPAC'15), al año de su publicación en el BOE (es decir, el 2 de

octubre de 2016), por lo cual, el expediente objeto de dictamen se ha iniciado bajo la vigencia de la norma actualmente derogada, pero se ha tramitado, en su parte final, estando ya vigente la citada LPAC'15.

La cuestión queda resuelta en la DT.3ª, a) LPAC'15, a cuyo tenor: *“a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley, no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”*. La aplicación al caso de esta DT.3ª, a) LPAC'15, pone de relieve que el procedimiento se inició antes de la entrada en vigor de la LPAC'15, por lo que se rige por la precitada LPAC'92 y sus normas reglamentarias de desarrollo, entre las que se encuentra el RD 429/1993, de 26 de marzo.

Segundo

Necesidad de dictamen del Consejo Consultivo

El art. 12 del Reglamento de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por el precitado RD 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 hoy vigente, fija la preceptividad del dictamen cuando la cuantía reclamada sea igual o superior a 50.000 euros. Siendo, en este caso, la cuantía de la reclamación la de 400.000 euros, nuestro dictamen es preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, éste, a tenor del artículo 12.2 del reiterado RD 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público 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 LPAC'92.

Tercero

Sobre los requisitos exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública

De acuerdo con el marco jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, enunciado en el artículo 106.2 de la Constitución Española y desarrollado en el Título X de la LPAC'92, con el pertinente desarrollo reglamentario en materia procedimental, a través del RD 429/1993, de 26 de marzo, los requisitos necesarios para que se reconozca la responsabilidad patrimonial, tal y como este Consejo viene recogiendo en sus dictámenes (por todos, D.20/13), pueden sintetizarse así:

- 1º. Existencia de un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (lesión antijurídica). El daño ha de ser efectivo (no hipotético, potencial o de futuro, sino real), evaluable económicamente (bien se trate de daños materiales, personales o morales) e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.
- 2º. Que el daño sufrido sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de un servicio público, sin intervención del propio perjudicado o de un tercero que pueda influir en el nexo causal.
- 3º. Que el daño no se haya producido por fuerza mayor.
- 4º. Que no haya prescrito el derecho a reclamar, cuyo plazo legal es de un año, computado 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, en principio, de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si bien, como ya dijera este Consejo Consultivo, entre otros, en su dictamen D.3/07, *“la responsabilidad no surge sin más por la existencia de un daño, sino del*

incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demanda: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de medios y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto, ajustándose la actuación facultativa a los criterio de la lex artis ad hoc, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder del posible daño causado, pues no cabe reconocer un título de imputación del mismo”.

Este Consejo ha venido recogiendo, en sus dictámenes, los requisitos para que se produzca la responsabilidad patrimonial sanitaria establecidos por los Tribunales de Justicia, en las Sentencias dictadas sobre dicha materia, de las que constituye exposición, clara, y ampliamente fundada, la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior Justicia de La Rioja, de 15 mayo 2013 (Rec. núm. 31/2012; Ponente, Ilmo. Sr. D. J.M.E.P.), ya citada en anteriores dictámenes (cfr. D.04/14, D.41/14 y D.56/14), a los que nos remitimos.

Cuarto

La existencia o inexistencia de un título de imputación del daño a la Administración en el presente caso

Como se ha indicado, en la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación de los servicios públicos de salud, no basta con la producción de un resultado que cause un “daño” a los particulares, ya que, si bien esa responsabilidad es objetiva (es decir, que se produce tanto si el actuar administrativo ha sido normal o anormal), para que esta sea considerada imputable, se exige que, en la actuación –ya sea por acción, ya por omisión-, se prescinda de la utilización de los medios apropiados conforme al estado de la técnica en el momento en que se produce, y se lleve a cabo con arreglo a las reglas que para ellos rigen también en dicho momento (hoy en día, es frecuente la utilización de los denominados “protocolos” que determinan las actuaciones que se deben seguir).

En este caso, es patente que el daño se ha producido con el penoso fallecimiento de la esposa del reclamante, y precisamente derivado del carcinoma indiferenciado que le fue diagnosticado tras su ingreso, ya con cierta urgencia, en el HSP de Logroño. Y ello sin perjuicio de reconocer que la analítica que debía conducir a la clasificación definitiva del tumor (trascendente para determinar el tratamiento exacto que procedía aplicar), resultó laboriosa y compleja, ya que, como consta en el expediente, se hizo incluso necesario que el Servicio de Anatomía Patológica del HSP solicitase un estudio de genética molecular al Hospital V.R, de Sevilla; cuestión ésta, por lo demás, que evidencia la diligencia y actuación

acorde con la *lex artis ad hoc* desarrollada, ya en el HSP, por todos los Servicios que intervinieron en el proceso patológico de la paciente.

Pero, expuesto lo anterior, hemos de recordar que este Consejo viene indicando que –salvo excepciones que puedan presentar un carácter evidente– siendo, como es, lego en materia de terapia médica, ha de obtener sus conclusiones de los argumentos y razonamientos que, con las necesarias características de objetividad y racionalidad, puedan indicar los informes periciales que se encuentren incorporados al expediente.

En el expediente concreto objeto de este dictamen, son dos los informes periciales emitidos: el de la Inspección médica y el de la Consultora médica *P*, elaborado, a instancia de la Aseguradora del SERIS, por un Médico Especialista en Otorrinolaringología y Patología Cervicofacial:

-En el primero de los citados informes, se concluye con la aseveración de que, tanto en la atención inicialmente prestada en la FHC, como en la posterior del HSP, se actuó, en todo momento, conforme a lo exigido por la *lex artis*.

-En el segundo, por el contrario, se considera correcta la asistencia prestada en el HSP, pero no así la desarrollada en la FHC, pues, si bien las medidas adoptadas en dicha FHC no fueron inadecuadas, no se efectuaron las actuaciones preventivas necesarias para controlar que la primera impresión clínica se mantuviera o se descartara en el transcurso del largo periodo de tiempo que el proceso previsto para la curación de la disfonía (la rehabilitación foniatría con un Logopeda), comportaba. Hemos de precisar que ese tratamiento rehabilitador se prolongó “desde el 17 de setiembre de 2013, hasta el 19 de enero de 2014, acudiendo (la paciente) dos veces por semana (al Servicio de) Logopedia”, pero sin resultados positivos, sino todo lo contrario, manifestándose un agravamiento.

No obstante, lo cierto es que, respecto del “*quiste o profusión mucosa de banda derecha*” inicialmente percibido, ninguna actuación médica se llevó a cabo desde aquel primer examen y diagnóstico, hasta que un Otorrinolaringólogo (de la sanidad privada, al que la paciente acudió por su propia iniciativa), le diagnosticó un tumor maligno, siendo entonces ingresada inmediatamente en el HSP. Al respecto, tan sólo se manifiesta, en el informe médico aportado por la FHC, la consideración de que estaba “*indicado realizar (un) seguimiento en consulta de tres a seis meses para ver evolución*”.

Ambos informes parten del mismo supuesto: la fibroscopia efectuada a la paciente el 19 de setiembre de 2013, de la que se derivó el diagnóstico de “*nódulos laríngeos muy pequeños en tercio anterior de ambas cuerdas vocales y quiste o protusión de la mucosa de*

banda derecha de aspecto benigno". Y, ante ello, mientras que el informe de la Inspección médica considera adecuado el tratamiento rehabilitador y un seguimiento en consulta cada tres o seis meses; el informe del perito de *P*, manteniendo el mismo criterio para el tratamiento rehabilitador, estima, sin embargo, que el tratamiento del quiste o protrusión exige, como mínimo, *"un seguimiento con control fibroscópico al cabo de un mes"*.

De ambos criterios, resulta más razonable, a nuestro juicio, el expuesto por el Dr. D. E.M.S, de la Consultora médica *P*, por cuanto refuerza ese criterio con la observación médica de que un tratamiento logopédico, para una disfonía supuestamente producida por nódulos vocales, tiene una respuesta positiva en el 90 % de los pacientes, y, en cualquier caso, no empeora, cual le sucedió a la paciente.

En consecuencia, hemos de concluir que se ha producido una incorrecta observancia de la *lex artis*, al demorar la adopción de medidas para establecer el diagnóstico correcto de la paciente, más allá de lo razonablemente adecuado. Nos encontramos, pues, ante un caso al que resulta aplicable la *doctrina de la pérdida de oportunidad terapéutica*.

Como indica el Tribunal Supremo en la Sentencia de su Sala 3ª, de 3 de diciembre de 2012 (con cita en ella de las de 27 de septiembre de 2011, 24 de noviembre de 2009, 13 de julio de 2005, 7 de septiembre de 2005, 4 de julio de 2007 y 12 de julio de 2007, entre otras), la *doctrina de la pérdida de oportunidad* se configura:

"Como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis, que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico, consecuencia del funcionamiento del servicio. Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido, en el funcionamiento del servicio, otros parámetros de actuación; en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja, en cierto modo, al daño moral y que es el concepto indemnizable. En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas".

Ahora bien, la existencia del daño, junto con las circunstancias hasta aquí descritas, referentes a una incorrecta actuación para determinar el diagnóstico correcto, han de ser puestas en relación con la aseveración (efectuada por el perito de *P*, y a la que también se alude en el informe de Inspección médica), de que, pese a la demora en el diagnóstico correcto, en razón al mal pronóstico de este tipo de tumores, con mucha probabilidad, el desenlace hubiera sido el mismo, aunque se hubiera diagnosticado con antelación. En efecto, aunque ambos informes son coincidentes en que, según los conocimientos actuales, la

probabilidad de supervivencia a esos tumores durante un periodo de cinco años tan sólo se ha observado en un 5% de casos.

Ello significa, en suma, que el caso examinado es incardinable en la *doctrina de la pérdida de oportunidad* que venimos examinando, si bien la referida aseveración ha de influir en la determinación de la cuantía de la indemnización.

Quinto

Sobre la cuantía indemnizatoria

La jurisprudencia y los dictámenes de este Consejo (D.3/14, D.13/15 y D.21/15, entre otros) vienen reconociendo el derecho a indemnización en los supuestos en que concurre la mencionada *pérdida de oportunidad*, así como que, con carácter general, ello ha llevarse a cabo ajustando el importe indemnizatorio en función: i) de que se trata de una *posibilidad*, cuya incidencia en el daño causado ha de ponderarse; y ii) de que han de tenerse en consideración las concretas *circunstancias* concurrentes en cada caso concreto.

A tal efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de diciembre de 2012, citada en ordinal anterior y dictada en unificación de doctrina, tras reiterar la doctrina general sobre la pérdida de oportunidad ya transcrita, señala que:

“... Desde estas premisas (las que requiere la pérdida de oportunidad como un caso de daño moral), y, a la hora de efectuar la valoración del daño indemnizable, la jurisprudencia (SSTS 20/octubre/1987, 15/abril/1988 o 5 de abril y 1/diciembre/1989) ha optado por efectuar una valoración global que, a tenor de la STS de 3/enero/1990, derive de una «apreciación racional aunque no matemática», pues, como refiere la STS de 27/noviembre/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 STS 23/febrero/1988, «las dificultades que comporta la conversión de circunstancias complejas y subjetivas» en una suma dineraria. La STS de 19/julio/1997 habla de la existencia de un innegable «componente subjetivo en la determinación de los daños morales».

Además, la citada STS se remite a la de la misma Sala, de 27 de septiembre de 2011, que recogiendo, a su vez, el criterio sentado en otras, señala que:

“... en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido, en el funcionamiento del servicio, otros parámetros de actuación; en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera”.

Y, tras reiterar la asimilación de la pérdida de oportunidad al daño moral, añade que:

“... en definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente...”.

La Sentencia concluye afirmando que, en definitiva, en estos casos: **“debemos resolver la cuestión de fondo con libertad de criterio”**, es decir sin sujeción estricta a los baremos legalmente señalados para la fijación de indemnizaciones en caso de accidentes de tráfico:

“... porque los baremos aprobados por la Administración para calcular los daños personales derivados de accidentes de tráfico han sido utilizados por la jurisprudencia para valorar esos mismos daños, cuando hayan sido producidos dentro del ámbito de la Administración sanitaria o de otros ámbitos distintos del de la responsabilidad de las Compañías Aseguradoras de vehículos de motor, simplemente con carácter orientativo, sin que esa aplicación excluya la necesidad de valorar todas las circunstancias que concurran en cada caso para lograr la total indemnidad del daño ocasionado”.

En definitiva, aplicando al presente caso todos estos criterios y precedentes, jurisprudenciales y consultivos, debemos tener en cuenta las siguientes circunstancias que concurren en el mismo:

-En primer lugar, que, del expediente, se deduce, con claridad, que se ha producido una pérdida de oportunidad terapéutica en relación con la paciente fallecida.

-En segundo término, que la valoración económica de dicha pérdida de oportunidad es compleja, ya que depende de factores variados, como son: i) el porcentaje bio-estadístico de supervivencia de las personas afectadas por este tipo de tumores (que los informes periciales cifran, en este caso, en el 5%); ii) la edad de la paciente (61 años) en relación con la expectativa media de vida estadísticamente calculada en su ámbito espacio temporal correspondiente; o iii) el carácter meramente probabilístico de estas variables, que pueden verse alteradas en casos concretos en los que se superen o no se alcancen las expectativas de vida actuarialmente calculadas.

-Además, en este caso, ha de tenerse en cuenta, en tercer lugar, que, al haber fallecido la paciente, el daño indemnizable no es la pérdida de oportunidad que experimentó la misma, sino el daño moral inherente a la zozobra e incertidumbre que experimentó su viudo al

representarse la secuencia de acontecimientos que hubieran podido sucederse en caso de no haberse producido la referida pérdida de oportunidad terapéutica en su difunta esposa.

-Finalmente, han de tenerse en cuenta los precitados criterios jurisprudenciales y consultivos, es decir: i) el carácter meramente orientativo que, en ámbitos distintos al de la circulación rodada, tiene el baremo legalmente establecido en materia de accidentes de tráfico; y ii) la libertad de criterio que, para la valoración de los daños morales, existe y es imprescindible, en orden a una fijación alzada y objetiva de la cantidad indemnizable.

Por todo lo cual, este Consejo, en atención a todas las circunstancias expresadas, así como a las que se desprenden del expediente, y haciendo una valoración objetiva y conjunta de todas ellas, estima que procede fijar, prudencialmente, en este caso, una indemnización de 60.000 euros.

CONCLUSIONES

Única

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta, fijando, en consecuencia, el importe indemnizatorio en la suma de 60.000 euros.

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