

En Logroño, a 23 de julio de 2012, 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. Pedro de Pablo Contreras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

36/12

Correspondiente a la consulta trasladada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria presentada por D^a M. A. P. por daños derivados y perjuicios que entiende causados a consecuencia de su atención en el SERIS de un carcinoma de páncreas y que cuantifica en 135.631, 14 euros, más los 20.000 euros en que su esposo, D. V. R. A., en nombre propio y de su hijo menor de edad, J. R. A., valoran los daños morales que imputan al posterior fallecimiento de la expresada reclamante, al subrogarse en la citada reclamación.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

La reclamante acudió a su Médico de Atención primaria el día 18 de mayo de 2010. La visita quedó documentada en su historia clínica de la siguiente manera (folio n^o 239):

"Desde hace 1 semana, dolor en fosa lumbar izquierda, irradiado hacía hipogastrio y flanco izquierdo, con náuseas, pérdida de apetito, sensación de «peso» hipogástrico y malestar general, que lo relata como más o menos continuo, sin exacerbaciones ni cambios en función de las posturas y que se ha ido generando a todo el abdomen. No clínica miccional, diarrea ni otra sintomatología acompañante".

Se solicitó también una analítica de sangre, que fue completamente normal (folio 400).

Segundo

La paciente acudió de nuevo a su Médico de Atención Primaria el día 24 de mayo de 2010. La visita arrojó el siguiente resultado:

“Analíticamente, sólo se observa leucocituria y presencia de flora mixta. Está mucho mejor, pero no del todo bien. Notó mucha mejoría tras la toma de antibiótico, por lo que va a continuar con antibiótico 7 días. Pido ecografía de la zona renal”.

La ecografía se realizó el día 7 de junio de 2010, indicándose, en el correspondiente diagnóstico radiológico, que *“se logra visualizar parte de la cabeza y cuerpo del páncreas, no observándose alteraciones significativas...”*.

A continuación, se realiza una solicitud de interconsulta con el Servicio de Aparato Digestivo, indicándose en ella, el día 8 de junio de 2010, *“abdomen: dolor; estudio ecográfico normal; analítica, sin aportación de interés; rectorragia, posiblemente por hemorroides, pero el estado general, aun siendo bueno, ella no se encuentra bien; después de un mes, ese malestar ha ido en aumento”*. Por todo ello, se solicita que se realice el estudio digestivo, que el Médico de Atención Primaria considera necesario.

Tercero

El día 10 de junio de 2010, la paciente acudió al Servicio de Urgencias de la Fundación Hospital de Calahorra, por presentar *“dolor en costado derecho desde hace varias semanas; varios tratamientos analgésicos y AB; no pérdida de peso; no vómitos; estreñimiento”*.

La exploración general, la analítica de sangre y orina, así como las placas simples de tórax y abdomen, no mostraron anormalidades, siendo el diagnóstico de *“dolor abdominal, hematuria y dolor cólico renal izquierdo”*.

Cuarto

La paciente acudió a la consulta del Servicio de Aparato Digestivo de la Fundación Hospital de Calahorra el día 25 de junio de 2010 (folios 23 y 24), no presentando alteraciones en la exploración física y siendo el juicio clínico documentado de *“estreñimiento crónico; dolor inespecífico”*, que *“orienta más a patología osteomuscular que digestiva”*.

Tras realizarse una analítica el día 14 de julio de 2010, la paciente acudió de nuevo a la consulta del Servicio de Aparato Digestivo el 8 de septiembre del mismo año, en la que se apreció (folio nº 25 del expediente) un *“dolor abdominal, aunque E. opaco, aparentemente normal”* y se solicitó *“colonoscopia, ya que han podido pasar*

desapercibidos pólipos”, citando a la paciente para realizar esta última el día 30 de septiembre.

No obstante, la cita para realizar esta colonoscopia en la fecha indicada fue anulada por la propia paciente, que –tras el proceso que se explica en los antecedentes siguientes– se hallaba en ese momento ingresada, siendo objeto de tratamiento, en el Hospital *Virgen del Camino* de Pamplona.

Quinto

El día 20 de septiembre de 2010, la paciente acudió a la consulta privada de la Dra. S. En un informe sin fechar, dicha Médico expone que la paciente *“refiere dolor lumbar en hipocondrio irradiado a epi y mesogastrio, así como a región lumbar. No tiene ninguna relación con la ingesta ni con la deposición, tampoco con los movimientos y empeora en la cama”*. A la vista de estos síntomas, se solicitó que se le realizara un TAC abdominal y RNM, lo que se llevó a cabo el día 23 de septiembre de 2010.

Al día siguiente, 24 de septiembre de 2010, la paciente acudió de nuevo al Servicio de Urgencias de la Fundación Hospital de Calahorra, en el que se llevaron a cabo exploraciones generales y complementarias (analítica de sangre y orina, radiografía simple de tórax y abdomen y electrocardiograma). El juicio clínico volvió a ser de dolor abdominal a estudio, administrándose analgesia y dando de alta a la paciente a su domicilio tras mejoría en el cuadro.

Sexto

El resultado del TAC abdominal y RNM realizados el día 23 de septiembre, lo valoró en su consulta privada la Dra. S. el 27 de septiembre de 2010, diagnosticando *“lesión pancreática y lesiones hepáticas”*, por lo que, en conclusión *“se le aconseja ingreso hospitalario”*. Éste tuvo lugar al día siguiente, 28 de septiembre de 2010, aportando la paciente dicho TAC e imágenes de RMN, en el Hospital *Virgen del Camino* de Pamplona, en el que, tras la correspondiente exploración física y estudios complementarios (analítica, Rx de tórax y Rx de abdomen), se hizo un juicio clínico de *“posible neoplasia de páncreas, con mts hepáticas”*.

En el informe emitido por el Servicio de Oncología del Hospital de Navarra el 15 de octubre de 2010, se pone de manifiesto que, en el TAC abdominopélvico y RNM, realizados el 23 de septiembre y aportados por la paciente, se objetivaba una *“lesión en cuerpo pancreático, múltiples lesiones hepáticas por ambos lóbulos, sugerentes de Mx”* y una *“lesión quística en anejo izquierdo”*. A partir de ahí, el 30 de septiembre de 2010, se le hizo, por el Servicio Navarro de Salud, una PAAF radio-dirigida de nódulo hepático, en la que se objetivó una *“metástasis de adenocarcinoma, compatible con origen pancreático. AS (29/09/10). CEA: 21.4. CA 19.9: 22, Alfafetoproteína: 4.6. Gamma-GT y*

fosfatasa alcalina elevadas". El juicio clínico resultante fue el de *"adenocarcinoma de páncreas estadio IV por afectación hepática"*.

Durante su ingreso, se le administró analgesia de primer y tercer escalón, con satisfactorio control del dolor; se administraron la primera y la segunda dosis del primer ciclo de Gemcitabina en monoterapia y, dado el buen control clínico, se decidió darle el alta el 15 de octubre de 2010, pasando a control ambulatorio con el correspondiente tratamiento con Quimioterapia, el cual se llevó a cabo en el Hospital de Navarra de Pamplona.

Como se indica en el informe del Servicio de Oncología del Hospital de Navarra de 31 de enero de 2011, *"en octubre de 2010, se inicia tratamiento de quimioterapia con Gemcitabina 1000 mg/m² días 1, 8,15 cada 28 días. Tras 3 ciclos del mismo, se ha procedido a evaluación de respuesta con TAC el 15/12/2010, en el que se evidencia disminución de las lesiones en forma de respuesta parcial radiológica y con gran beneficio clínico. Actualmente, la paciente se encuentra en 5º ciclo de quimioterapia, teniendo previsto continuar hasta 6º ciclo y proceder a nueva evaluación de respuesta"*.

Séptimo

En escrito que tuvo entrada el 6 de septiembre de 2011, la paciente formuló reclamación de responsabilidad patrimonial del Servicio Riojano de Salud que cuantificó en la suma de 135.631,14 euros, de los que 6.278,22 se reclaman por el período de incapacidad (117 días), 9.352,92 por secuelas (trastorno depresivo persistente y por estrés) y el resto por daños morales.

No obstante, el 12 de noviembre de 2011, mientras se seguía el expediente, la reclamante falleció, por lo que, en el escrito de alegaciones, formulado el 27 de marzo de 2012 por su Abogado y representante, se añaden, a la reclamación inicial, los daños morales causados por su muerte a sus también representados, su hijo, J.R.A., menor de edad, y su esposo, D. V. R. A., valorados conjuntamente en 20.000 euros.

Seguido el expediente en todos sus trámites, con fecha 1 de junio de 2012 se formula por la instructora Propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación.

La Dirección General de los Servicios Jurídicos se muestra conforme con la Propuesta de resolución en su informe, emitido el 22 de junio de 2012.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 27 de junio de 2012, registrado de entrada en este Consejo el 3 de julio de 2012, el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales 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 4 de julio de 2012, 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.

Mientras no se fije una cuantía específica para el ámbito autonómico riojano, del art. 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja (en la redacción dada al mismo por el art. 44.1 de la Ley 7/2011, de 22 de diciembre, de Medidas fiscales y administrativas de la CAR para 2012), en relación con: i) el art. 65.4 de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la Administración de la

CAR (en la redacción dada al mismo por el art. 45 de la precitada Ley 7/2011); y ii) con el art. 143.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (en la redacción dada al mismo por la DF 40 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía sostenible), resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo de La Rioja cuando la reclamación de responsabilidad patrimonial sea de cuantía igual o superior a la de 50.000 euros señalada en el ámbito estatal para el Consejo de Estado.

Esta exigencia legal está vigente desde 1 de enero de 2012 (fecha de entrada en vigor de la reiterada Ley 7/2011, según su DF Única) y, para su aplicación, según hemos declarado con ocasión de anteriores modificaciones legales de la cuantía exigible para elevarnos consulta en esta materia (cfr. D.73/05, D.106/05 y D.124/05, entre otros), ha de atenderse a la fecha del trámite de audiencia (en el presente caso, tiene lugar en marzo de 2012), ya que a ella se refiere el precitado art. 12 del RD 429/1993.

En cuanto al contenido del dictamen, éste, 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 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 precitada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Segundo

Inexistencia de responsabilidad de la Administración

Como reiterada y constantemente viene señalando este Consejo Consultivo 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 —conforme a la lógica y la experiencia— explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar. Hemos explicado también, y volvemos a insistir en ello, que, 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.

Ahora bien, en el ámbito sanitario la relación de causalidad en sentido estricto presenta inevitablemente una característica peculiar, que es la de que casi siempre concurrirá al menos una “causa” del resultado dañoso: el estado del paciente. Por eso, en

este campo, el problema es siempre determinar, por lo pronto, si la concreta actuación médica merece o no la condición de causa (*concausa*, habrá que decir) del daño padecido, esto es —conforme a la doctrina de la *condicio sine qua non*—, si la misma constituye o no una condición empírica antecedente sin cuya concurrencia el resultado dañoso, en su configuración totalmente concreta, no habría tenido lugar; o si, por el contrario, ese resultado se explica de modo exclusivo o suficiente por la patología que sufriera la víctima.

Pues bien, en el caso que nos ocupa no hay ninguna actuación médica de la Sanidad Pública riojana que, en el análisis de la relación de causalidad en sentido estricto, pueda relacionarse en modo alguno con el resultado dañoso, si por tal se considera la muerte de la paciente. Desde que, en septiembre de 2010, ésta decidiera voluntariamente ingresar en el Hospital *Virgen del Camino* de Pamplona y someterse a quimioterapia en el Hospital de Navarra, los Servicios Sanitarios de La Rioja no intervinieron en modo alguno en el tratamiento de la paciente, lo que evidentemente impide incluir cualquier actividad de estos últimos en dicha relación de causalidad y cierra el paso de plano a la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración riojana por su fallecimiento.

Si, además del estado del paciente, algún acto médico fuera susceptible de ser considerado como *concausa* de tal resultado dañoso —lo que a todas luces resulta más que improbable—, sólo podría tratarse de alguno de los que, a su instancia, se le efectuaron en el Servicio Navarro de Salud, pues la atención que le precedió en la sanidad pública de La Rioja careció, dada su índole y entidad, de toda incidencia en su fallecimiento.

Cosa distinta sería que el daño por el que se reclame responsabilidad de la Administración no sea el fallecimiento en sí, sino la *pérdida de oportunidades*, si no de curación, sí de un período más prolongado de vida, que es un daño moral indemnizable en materia de responsabilidad sanitaria, tal y como ha reconocido este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, manifestándose en ello de acuerdo con reiterada jurisprudencia (véanse las Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 1998, 25 de septiembre de 1999 y 27 de mayo de 2003 y de la Sala 3ª de dicho Alto Tribunal de 17 de enero de 1997 y 18 de octubre de 2005, así como las de la Sección 4ª de la Audiencia Nacional de 29 de octubre, 4, 5 y 19 de noviembre de 2003, entre otras muchas que podrían citarse). Si éste fuera el daño cuya indemnización se reclama —y, de hecho, así pueden interpretarse las confusas afirmaciones del escrito de reclamación—, si que cabría preguntarse por la eventual incidencia en su producción, no de la actuación del Servicio riojano de atención primaria, sino acaso del Servicio de Aparato Digestivo de la Fundación Hospital de Calahorra.

Más, aun situados en esta perspectiva, para que pudiéramos admitir la existencia de responsabilidad del Servicio Riojano de Salud haría falta la concurrencia conjunta de los dos siguientes requisitos:

A) En primer lugar, que sus Facultativos hubieran actuado de modo disconforme con la *lex artis*. Como hemos explicado reiteradamente en numerosos dictámenes, en el ámbito sanitario el funcionamiento del servicio público —que es *criterio positivo de imputación* que, con carácter general, utiliza el ordenamiento— consiste en el cumplimiento por la Administración de un deber jurídico previo e individualizado respecto a *cada* paciente, que es correlativo al derecho de éste a la *protección de su salud y a la atención sanitaria* (cfr. art. 1.2 de la Ley General de Sanidad, que desarrolla los artículos 43 y concordantes de la Constitución), por lo que ese deber es *de medios* y no *de resultado*; y se cumple, no respondiendo entonces la Administración, cuando la atención prestada ha sido conforme con la denominada *lex artis ad hoc*.

Pues bien, en este aspecto, la única actuación médica que puede considerarse como disconforme con la *lex artis* y que, por ello, podría dar lugar a una *pérdida de oportunidades*, si no de curación, sí de un período más prolongado de vida, no es otra que la derivada de la actuación del Servicio de Aparato Digestivo de la Fundación Hospital de Calahorra. Éste, en efecto, tras haber examinado a la paciente el día 8 de septiembre de 2010, apreció un “*dolor abdominal, aunque E. opaco, aparentemente normal*” y solicitó “*colonoscopia ya que han podido pasar desapercibidos pólipos*”, citando a la paciente para la realización de ésta el 30 de septiembre de 2010. En este sentido, resulta relevante, a nuestro juicio, que no se valorara entonces la necesidad de llevar a cabo un TAC abdominal, cuya necesidad fue apreciada, pocos días después —el 20 de septiembre de 2010— y ante los mismos síntomas, por la Dra. S., a cuya consulta privada acudió la paciente; y cuya realización dio lugar a su inmediata atención (iniciada el 28 de septiembre de 2010 en el Hospital *Virgen del Camino*, atendiendo a la valoración del TAC efectuada el día anterior por la Dra. S. y a su recomendación de ingreso) por el Servicio Navarro de Salud y, en definitiva, a un diagnóstico correcto (“*adenocarcinoma de páncreas estadio IV por afectación hepática*”) seguido del tratamiento oportuno de quimioterapia.

B) Sin embargo, en la hipótesis que consideramos, en la que el daño es sólo moral y consiste en una *pérdida de oportunidades*, no de curación, sino de un período más prolongado de vida, la disconformidad con la *lex artis* carece de relevancia jurídica alguna cuando entre ésta y dicho daño moral no pueda apreciarse que exista relación de causalidad alguna. Y esto es, a nuestro juicio, lo que ocurre en este caso.

En efecto, como se explica en el expediente por las Facultativas del Servicio de Aparato Digestivo de la Fundación Hospital de Calahorra, tras haber examinado a la paciente el día 8 de septiembre de 2010, les llamó la atención un test de sangre oculta en heces (SOH) positivo, y por eso se consideró conveniente la realización de una colonoscopia, con lo que la paciente estuvo conforme en un primer momento y para lo cual fue citada el día 30 de septiembre. Sin embargo, como aquéllas añaden en su declaración, “*la paciente no acudió con posterioridad a la consulta de digestivo, ni*

solicitó cita para ello, por lo que ella misma provocó de forma voluntaria una ruptura del protocolo diagnóstico, que se hubiera seguido tras la realización de la colonoscopia: TC abdominal y/o RNM abdominal”.

En definitiva, aunque pueda dudarse de si la previa realización de una colonoscopia era o no oportuna y conforme a la *lex artis ad hoc*, de haberse realizado la misma en la fecha prevista eso no hubiera impedido el seguimiento del *protocolo diagnóstico*, que en este caso llevaba consigo que la misma fuera inmediatamente seguida del oportuno *TC abdominal y/o RNM abdominal*. Así pues, que éste se adelantara unos días por la intervención de la Dra. S., a la que la paciente acudió voluntariamente, no puede apreciarse en modo alguno que afecte a la *pérdida de oportunidades*, ni de curación ni de prolongación de su vida, pues –lamentablemente– el resultado hubiera sido el mismo.

Por ello, en nuestro criterio, al no concurrir en este caso el daño moral en que la *pérdida de oportunidades* consiste, dicho daño inexistente no puede ser imputado ni puede ser imputable a la atención prestada por el Servicio de Aparato Digestivo de la Fundación Hospital de Calahorra: ni siquiera calificando a ésta como disconforme con la *lex artis*, por carecer dicha atención de relevancia alguna en la relación de causalidad en sentido estricto, en la que todos los resultados dañosos se explican de modo exclusivo por la gravísima patología, oculta o silenciosa en sus manifestaciones –con la consiguiente imposibilidad de diagnóstico hasta que esa gravedad la hace incurable–, que sufría la víctima.

En consecuencia, pues, la Administración sanitaria riojana no debe responder en este caso por no haber relación de causalidad alguna entre el funcionamiento del servicio público sanitario y la pérdida de oportunidades de curación de la paciente por la que eventualmente podría accionarse.

CONCLUSIONES

Única

La pretensión de indemnización ejercitada debe ser desestimada, puesto que los daños por los que se reclama no son imputables al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

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