

En Logroño, a 4 de septiembre 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 C. Ortiz Lallana y D. José. María 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

38/12

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, presentada inicialmente por D. J. M. L. C., y luego continuada mediante subrogación, por su viuda, D^a M^a del M. B. J.; y su madre, D^a C. C. G., por los daños y perjuicios que entiende causados en el SERIS por pérdida de oportunidades terapéuticas tras un retraso en el diagnóstico al primero, de un carcinoma epidermioide en la mejilla derecha, con metástasis ganglionar; y que cuantifica en 300.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

En fecha 7 de febrero de 2011, el Sr. L. C. presenta un escrito de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración, ante la Oficina de Atención al Paciente del Hospital *San Pedro*, en reclamación de la cantidad de 300.000 euros, haciendo constar el siguiente relato de hechos:

“Con fecha 4 de septiembre de 2009 y por petición del Dr. ..., Médico del CIBIR, se me realiza un TAC. Según el informe radiológico “No aprecio lesiones de sospecha”. Sin embargo, eso no es así, ya que, viendo las imágenes del TAC, se aprecia una masa, supuestamente tumoral, en la zona del cavum. Dicha masa mide 1,5x1,6 cm. Viendo esto, es lógico pensar que el informe radiológico es totalmente erróneo.

Acudo a la consulta del Dr.... y sorprendentemente me cita para enero de 2010, es lógico pensar que ni miró el TAC, solo el informe...Posteriormente, acudo a la consulta de mi Otorrino...y le comento lo del TAC y que sufro dolores de cabeza que no se me quitan con ninguna medicación. El Dr.... me comenta que esa masa que se aprecia en el TAC es producto de la radioterapia suministrada posterior al primer carcinoma que he tenido. Seguí yendo a la consulta del Dr.... mensualmente y seguí quejándome de dolores de cabeza, disfgia... no se le dio mayor importancia.

Así estuve hasta que, el 22 de diciembre de 2009, no pudiendo aguantar más de dolor, me presento en la consulta del Dr....y es entonces cuando se me comienza a hacer un poco de caso. Se me realiza una RNM y una biopsia guiada en enero de 2010, con el resultado de: CA epidermoide pobremente diferenciado. Es decir, me diagnosticaron un tumor 6 meses después de que yo lo hubiera predicho atendiendo a las imágenes del TAC de 4 de septiembre de 2009.

A día de hoy y después de 40 sesiones de quimioterapia, el tumor sigue siendo mayor que en septiembre de 2009. Por todo ello, solicito una indemnización por pérdida de oportunidad, por la demora no justificada en el diagnóstico correcto y otra indemnización por no detectar el cáncer a tiempo.

La actuación de estos médicos fue y sigue siendo la causa de los padecimientos que he sufrido y que sigo sufriendo y también he visto como mi expectativa de supervivencia se ha visto claramente disminuida. La falta de detección en ese momento inicial determinó que la enfermedad se desarrollara y agravara de manera considerable y que se extendiera a los ganglios linfáticos y diera lugar a un tratamiento mucho más lesivo y con una perspectivas de supervivencia muy inferiores.”

A la citada reclamación se adjunta diversa documentación relativa a la asistencia prestada.

Segundo

En fecha 16 del mismo mes, se dicta Resolución en la que se indica que se tiene por iniciado procedimiento general de responsabilidad patrimonial, nombrándose Instructora del mismo, comunicándose igualmente al reclamante, diversa información relativa a la instrucción del mismo.

Tercero

En fecha 17 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 ORL y Oncología, 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 consta a continuación en el expediente administrativo.

Cuarto

En el expediente, consta a continuación informe médico de la Inspección, solicitado por el Servicio de Asesoramiento y Normativa de la Consejería de Salud, emitido el 19 de abril de 2011, cuyas conclusiones son las siguientes:

1.- Estamos ante un paciente que recibe tratamiento para un tumor en la mejilla derecha, tratamiento consistente en cirugía radioterapia y al que se hace un seguimiento estrecho los meses posteriores.

2.- Dentro del seguimiento que se le realiza al paciente, se solicita una Tomografía Axial Computerizada del cuello, que se lleva a cabo el día 4 de septiembre de 2009.

3.- Unos días después, el día 8 de septiembre de 2009, el paciente es revisado por el Dr. ., quien aprecia una imagen en el espacio preestiloideolado derecho; ante esa imagen, decide esperar al informe del Servicio de Radiología, informe que recibe el día 15 de septiembre de 2009 y en el que constaba la ausencia de lesiones de sospecha. En esa misma fecha se modifica su anotación en la historia clínica correspondiente al día 8 de septiembre para incluir el informe de la TAC.

4.- Una vez revisada dicha TAC, cuyas imágenes se adjuntan en formato CD, se aprecia una masa de aproximadamente 1,5x1,5 cms en una zona que, en el informe de Radiología queda descrita de la siguiente manera: **Estructuras de la nasofaringe, orofaringe, suelo de boca, hipofaringe y laringe: sin alteraciones.** Concluyendo el informe de radiología: **Cambios post.quirúrgicos en el lado derecho. no aprecio lesiones de sospecha.**

5.- El seguimiento posterior realizado por el Dr. P. es adecuado, revisando al paciente con frecuencia, pero actuando sobre la base de una ausencia de lesiones de sospecha cuando, en realidad, había una lesión que fue creciendo y que no fue detectada radiológicamente hasta el día 5 de enero de 2010.

6.- En mi opinión, y aún estando en desacuerdo con el informe emitido por el Servicio de Radiología correspondiente a la TAC realizada el día 04/09/2009, informe que condicionó, además, la actuación de otros profesionales, originando un retraso en el diagnóstico de una recidiva tumoral, no queda demostrado que este retraso ocasionara daño al paciente, pues éste sufría una forma de tumor muy agresiva que ya, en el momento de la primera intervención, presentaba metástasis ganglionares y mal pronóstico a corto plazo.

Quinto

A continuación, consta en el expediente certificación de defunción del Sr. L. C., fallecido el 28 de junio de 2011, así como escrito firmado por D^a M^a del M. B. J., quien dice ser la viuda del mismo, subrogándose en la reclamación interpuesta en su día por su esposo, adjuntándose copia del Libro de Familia en el que consta el matrimonio de ambos.

Posteriormente, en fecha 24 de noviembre, el Abogado D. F. S. L., actuando en nombre de la expresada Sra., representación que acredita mediante escritura de poder a su favor, solicita vista del expediente administrativo, recibiendo copia de las actuaciones el día 29 del mismo mes.

Consta igualmente, escrito de personación en el expediente administrativo del mismo Letrado, esta vez en nombre y representación de D^a M^a del C. C. G., madre del fallecido, aportando el correspondiente poder y la documentación acreditativa del parentesco.

Sexto

Consta a continuación en el expediente, informe pericial emitido por D. A. G. G., M. en valoración del daño corporal, cuyas conclusiones son las siguientes:

“Tras diversas asistencias dependientes del Servicio Riojano de Salud, se erró en la interpretación de las pruebas diagnósticas (Septiembre de 2009), no se consideró la posibilidad terapéutica adecuada. No se evaluaron correctamente las pruebas complementarias (biopsias) y tampoco se aportaron algunas, como son el control de los marcadores tumorales, tal y como indican los protocolos. Lo cual implica que no se han aportado los medios materiales y humanos disponibles para llegar a un correcto diagnóstico y pronóstico de la patología...”

Ello ha determinado un error (en el diagnóstico), una falta de estratificación del riesgo y un error/retraso (en el tratamiento), lo que ha conllevado a un periodo en el que el proceso canceroso se encontró más avanzado y en el estado clínico del paciente más deteriorado. Ello implicó una pérdida de oportunidad de una terapia que hubiese conllevado una posibilidad de curación y/o de mejorar el cuadro, la evolución y/o la calidad de vida del informado.”

Séptimo

Posteriormente, existe constancia en el expediente de que, tanto la madre como la viuda del inicial reclamante, han interpuesto, ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Logroño, recurso contencioso administrativo, al haber considerado desestimada su pretensión por silencio administrativo, el cual se sigue con el nº de autos 166/2012.

Octavo

El 18 de julio de 2012, se dicta Propuesta de resolución que, estimando parcialmente la reclamación formulada inicialmente por D. J. M. L. C., en la que se han subrogado, tras su fallecimiento, su viuda y su madre, fija en la cantidad de seis mil ciento un euros con cuarenta y ocho céntimos (6.101,48 euros) la indemnización a percibir por las mismas, como reparación integral de los daños derivados del funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 24 de julio de 2012, registrado de entrada en este Consejo el día 27 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 27 de julio de 2012, registrado de salida el día 31 de julio de 2012, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad del Dictamen del Consejo Consultivo

El artículo 12.1 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 primera 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.

Solo 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.

En el caso sometido a nuestra consideración, no existe discusión acerca de que existió un error en la interpretación de la TAC realizada al Sr. L. C. el día 4 de septiembre de 2009, lo que, además, condicionó la actuación de otros profesionales, originando un retraso en el diagnóstico de una recidiva tumoral. Tal extremo no ha sido puesto en duda por nadie a lo largo de la tramitación del expediente administrativo. Por lo tanto no cae ninguna duda sobre la existencia de un evidente error de diagnóstico, motivado del defectuoso informe de la TAC del 4 de septiembre de 2009; sin embargo, ello no quiere decir sin más, que la Administración sanitaria deba responder por el fatal desenlace acontecido con posterioridad, pues nada se sabe de cuál hubiese sido la evolución de la enfermedad de no haber mediado ese error.

En el seno de la reclamación objeto de nuestro dictamen, no es tanto la existencia de un error de diagnóstico, como la pérdida de oportunidad que el mismo supuso para el desgraciadamente fallecido Sr. L. C.. No parece ponerse en duda que el retraso en el diagnóstico correcto ha determinado que en el presente caso, no se aplicase, al menos inicialmente, un tratamiento adecuado al paciente. Sin embargo, ello no supone sin más que deba acordarse la indemnización de todo el daño material desgraciadamente acontecido, como se desprende de la importante cuantía a que asciende la indemnización solicitada. Aunque se hubiese informado correctamente la TAC realizada el día 4 de septiembre de 2009, no podemos llegar a saber, cuál hubiese sido la real evolución de la recidiva del cáncer que padecía el paciente. Sin embargo y aunque ninguna de las partes ha aportado prueba alguna al expediente a este concreto particular, lo cierto es que hubiese, si no alargado la vida del paciente, al menos haber supuesto una mejor calidad de

vida para el mismo, por lo que ha existido una privación de oportunidad en el tratamiento de su enfermedad cancerosa.

Como indica la reciente Sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2012:

“Podemos recordar la reciente Sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de septiembre de dos mil once (PROV 2011, 350537), recurso de casación 6280/2009, en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras anteriores: “Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (RJ 2009, 8082), recurso de casación 1593/2008: “La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio (RJ 2005, 9611) y 7 de septiembre de 2005 (RJ 2005, 8846), como en las recientes de 4 (RJ 2007, 6617) y 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 4993), configurándose 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, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente”.

Por lo que se refiere al importe de la indemnización, ya hemos indicado, que no es objeto de la misma el lamentable fallecimiento posterior del paciente, sino, como hemos dicho, la pérdida de oportunidad sufrida, pues cabe sostener que, en este caso, el retraso en el diagnóstico correcto de la enfermedad del paciente dio lugar, por una parte, a un retraso en el aplicación del tratamiento adecuado, y por otra, determinó que el tumor se desarrollase sin ningún tipo de tratamiento, durante casi cinco meses, lo que, si como se indica, se trataba de un tumor muy agresivo, condicionó de manera importante, si no la curación, al menos una posibilidad de alargar la vida del paciente, o hacerla de mejor calidad.

Por lo tanto, determinada la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente supuesto, la cual, no es siquiera negada por la propia Propuesta de resolución, es preciso determinar el monto a que debe ascender la indemnización a percibir por las dos personas, que legítimamente se han subrogado, en la inicial reclamación formulada por el paciente ya fallecido. Y a este particular, hemos de indicar que, en este punto, discrepamos con la Propuesta de resolución en el importe de la misma.

Se indica en la Propuesta de resolución que no existe pérdida de oportunidad pues aunque existió un error de interpretación en la prueba diagnóstica, la recidiva del tumor ya se había producido, por lo no que existe constancia de que se haya producido un peor pronóstico de la patología y menos aun del fallecimiento del paciente. Bajo ese planteamiento, para fijar la cuantía de la indemnización, que, además, se hace en bloque, sin especificar qué cuantía corresponde a cada una de las actuales reclamantes, se atiende al tiempo estimado en el que no se determinó el diagnóstico de la recidiva tumoral, que se fija entre el 15 de septiembre y el 22 de diciembre de 2009, periodo durante el cual el paciente careció de diagnóstico correcto y de tratamiento médico. A ese periodo de 3 meses se le aplica la cuantía establecida en el baremo de la ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor.

Desgraciadamente, no existe a lo largo del expediente administrativo la mínima referencia a cual hubiese sido la actuación médica correcta de haberse interpretado correctamente la TAC realizada el 4 de septiembre de 2009, qué efectos hubiese tenido en la recidiva tumoral la aplicación inmediata del tratamiento adecuado, qué porcentaje de curación hubiese existido en ese caso, etc. Por lo tanto, a este Consejo le corresponde en este momento aplicar un porcentaje de incertidumbre sobre el posible resultado resarcitorio. Pues bien, atendiendo a que el paciente ya había sido intervenido en su mejilla derecha de un proceso cancerígeno y que se trataba de una recidiva tumoral, consideramos prudencialmente que la cantidad que supone un resarcimiento integral en el presente supuesto es la de 24.000 euros para su viuda y 6.000 euros para su madre.

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 las reclamantes debe quedar fijada, por todos los conceptos, en la cantidad de 24.000 euros para la viuda, D^a M^a del M. B. J., y de 6.000 euros para la madre, D^a C. C. G., cantidades que deberán ser abonadas 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