

Dictamen n^o: **91/12**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **15.02.12**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 15 de febrero de 2012, sobre consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f)1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre en el expediente relativo a reclamación de responsabilidad patrimonial incoado a instancia de F.R.G., por un supuesto retraso de diagnóstico de cáncer de colon con invasión de la pared gástrica por parte del Centro de Especialidades Virgen del Val, adscrito al Hospital Príncipe de Asturias.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante oficio de 12 de enero de 2012, registrado de entrada el día 23 del mismo mes, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 15 de febrero de 2012.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, numerada se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Por escrito presentado en el registro del Servicio Madrileño de Salud el día 18 de febrero de 2011, el interesado formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos por la que considera deficiente asistencia sanitaria prestada por el Centro de Especialidades Virgen del Val, al haber incurrido en un supuesto retraso de diagnóstico de cáncer de colón y metástasis hepáticas, por no haberle realizado una colonoscopia ante la aparición de los primeros síntomas clínicos.

Acompaña a la reclamación diversos informes médicos y solicita indemnización que cifra en 360.000 euros.

La historia clínica y la restante documentación médica obrante en el expediente, ponen de manifiesto los siguientes hechos:

El reclamante padecía hepatitis C y estaba siendo tratado de esta enfermedad en la medicina privada.

El 7 de marzo de 2006 el interesado fue atendido en el Centro de Especialidades Virgen del Val por dolor abdominal de tipo cólico intermitente que a veces lo relaciona con ingesta de legumbres.

En abril de 2007 (no consta la fecha exacta), pese a no tener cita, fue atendido en el Centro de Especialidades Virgen del Val, de forma excepcional y urgente por ser trabajador del centro. Sufría un cuadro de rectorragia. En la exploración se le practicó un tacto rectal y fue diagnosticado de hemorroides por lo que se le prescribió tratamiento conservador, sin que conste que se le realizara ninguna otra exploración clínica, así como tampoco le indicaron que acudiera para control.

El 26 de abril de 2007 acudió a su médico de atención primaria (MAP) por presentar vómitos y deposiciones líquidas, siendo diagnosticado de gastroenteritis infecciosa inespecífica.

El 14 de mayo de 2007 volvió a acudir al MAP por el diagnóstico previo de hemorroides y se le recetó tratamiento tópico.

El 1 de octubre de 2007 fue visto de nuevo en consulta del MAP por dolor abdominal de tipo cólico. Se anotó en la historia clínica *“pendiente de eco y analítica el día 3 de octubre de 2007”*. No constan los resultados de estas pruebas.

El 10 de enero de 2008 fue diagnosticado por su MAP de epigastralgia, por lo que se le prescribió Omeprazol y Almax, teniendo una ligera mejoría.

El 27 de marzo de 2008 volvió a aparecer cuadro de epigastralgia siendo de nuevo tratado con Omeprazol.

El 27 de mayo de 2008 acudió a consulta de atención primaria aportando los análisis que periódicamente le recomendaba realizarse el médico privado especialista en hepatología al que acudió para el tratamiento de hepatitis C. Al examinarlos y compararlos con análisis previos (del 31 de mayo de 2007, del 4 de octubre de 2007 y del 14 de enero de 2008) se apreció una anemia que no existía con anterioridad. Por este motivo, se le derivó de forma preferente al Servicio de Digestivo. En la historia clínica se anotó textualmente: *“Anemia con ferritina baja, pendiente de estudio, antecedentes de rectorragia en meses previos, no estudios con pruebas complementarias”*.

El 18 de junio de 2008 tras realizarle la colonoscopia y un TAC abdomen/tórax se diagnosticó cáncer de colon con afectación de la grasa pericolónica y neoplasia de colon transversal. Tras el pertinente estudio de extensión, se programó cirugía (colectomía transversal y gastrectomía parcial), realizada el 26 de junio del mismo año en el Hospital Príncipe de Asturias, así como quimioterapia posterior.

El 7 de diciembre de 2009 se realizó metastasectomía hepática, con extirpación de tres lesiones y afectación del margen quirúrgico en la lesión observada segmento VII. Se solicitó estudio PET-TAC para seguimiento postratamiento y valorar posibilidades terapéuticas.

En febrero de 2010 se le realizó un PET-TAC en donde se evidenciaron signos metabólicos que sugerían persistencia de tumor hepático. En la prueba se encontró también un nuevo hallazgo en cuerda vocal derecha, no presente en estudios previos, por lo que se remitió al paciente al otorrinolaringólogo.

El 20 de octubre de 2010 fue operado de metástasis hepáticas en el Hospital Universitario 12 de Octubre.

TERCERO.- Ante la reclamación se ha iniciado expediente de responsabilidad patrimonial de la Administración. En fase de instrucción, además de la historia clínica del reclamante, se han incorporado al expediente los informes de los Servicios médicos afectados, informe de Médico adjunto del Servicio de Cirugía General y Digestivo del Hospital Príncipe de Asturias, de 4 de marzo de 2011 (folio 535) e informe de la MAP del centro Virgen del Val, de 11 de abril de 2011 (536 a 538), este informe se encuentra sin firmar.

También consta un informe de fecha 10 de diciembre de 2010 elaborado por la misma MAP emitido a petición del reclamante (folios 10 y 11), en esta ocasión correctamente firmado, en el que expone:

“(...)En mayo de 2007 refiere haber consultado por un episodio de rectorragia en la consulta de cirugía, y que fue diagnosticado de hemorroides.

En enero de 2008 consultó por un cuadro de epigastralgia sin otros síntomas añadidos y con exploración normal, y se le prescribieron inhibidores de la bomba de protones.

El 27 de mayo de 2008 acudió a consulta médica de atención primaria aportando los análisis que periódicamente le recomendaba realizarse el especialista privado de digestivo. Al examinarlos y compararlos con análisis previos (...) se apreció una anemia no presente en los análisis previos. Por este motivo se le derivó de forma preferente al Servicio de Digestivo.

El 10 de junio de 2008 se le practica una colonoscopia y se diagnostica una neoplasia de colon transverso. Tras el pertinente estudio de extensión, se programa cirugía (colectomía transversa y gastrectomía parcial, realizada el 26 de junio del mismo año en el Hospital Príncipe de Asturias) y quimioterapia posterior. (...)”

El informe de fecha 4 de marzo de 2011 elaborado por el médico adjunto del Servicio de Cirugía General y Digestivo del Centro de Especialidades Virgen del Val expresa lo siguiente:

“El paciente [el reclamante] fue valorado en la consulta de cirugía del centro de especialidades médica adscrito al Hospital Príncipe de Asturias en abril de 2007.

Dicho paciente acudió sin citación y fue atendido de forma excepcional y urgente por su condición de trabajador del centro.

“El cuadro que aquejaba consistía en rectorragia como síntoma principal.

Tras realizar una exploración ano-rectal mediante inspección y tacto recta se evidencian unas hemorroides, por lo que se pauta tratamiento para una crisis hemorroidal en fase aguda, consistente en medidas higiénicas y farmacológicas.

Se le comunica al paciente la necesidad de observación domiciliaria del cuadro y se le entregan las recomendaciones por escrito así como la pauta

de tratamiento, como se hace con todos los pacientes valorados en consulta de atención especializada de área.

No existe constancia del que el paciente volviera a consultar en el Servicio de Cirugía por persistencia de la sintomatología mediante la petición de cita en consultas ambulatorias u hospitalarias”.

También se ha incorporado al expediente el informe de la Inspección Sanitaria, de 17 de junio de 2011 (folios 540 a 543), en el que se hace constar:

“El día 27 de mayo de 2008 se detecta un cuadro anémico y al existir antecedente de rectorragia y al no haberse realizado ninguna prueba complementaria es remitido a la consulta de Digestivo que indica la realización de una gastro y colonoscopia, que es cuando se detecta la tumoración”

Y concluye el informe: *“A la vista de lo actuado consideramos que no encontramos motivo para pensar que no se haya actuado correctamente en la asistencia del paciente, habida cuenta que su diagnóstico fue a consecuencia de haberse detectado un cuadro anémico en cuyo momento se indicó la prueba diagnóstica”.*

En cumplimiento del procedimiento legalmente establecido, fue conferido trámite de audiencia a la parte interesada, que fue notificado a la parte reclamante el 19 de octubre de 2011, a fin de que pudiera formular las alegaciones que tuviera por convenientes. No consta que, en uso de este trámite, se hayan presentado alegaciones.

El 26 de diciembre de 2011 se elevó por la Secretaria General del Servicio Madrileño de Salud (por delegación de firma de la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria en virtud de Resolución 26/2010, de 28 de julio) propuesta de resolución desestimatoria.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido en los artículos 39 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP.

TERCERA.- El reclamante está legitimado activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, por ser la persona directamente afectada por los daños supuestamente ocasionados por la asistencia sanitaria.

También concurre legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, al encontrarse el Centro de Especialidades Médicas Virgen del Val, adscrito al Hospital Príncipe de Asturias, integrado en la red pública sanitaria del Servicio Madrileño de Salud.

El artículo 142.5 de la LRJ-PAC dispone que *“el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de*

carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”.

En el caso sometido a dictamen, consta en el expediente que el 20 de octubre de 2010 el paciente fue intervenido por metástasis en el hígado, por lo que la reclamación presentada el 18 de febrero de 2011 del mismo año ha de considerarse formulada en plazo.

El procedimiento se ha instruido cumpliendo los trámites preceptivos previstos en la legislación aplicable. Especialmente, se ha recabado informe del servicio cuyo funcionamiento supuestamente ha ocasionado el daño y se ha evacuado el trámite de audiencia exigido en los artículos 9, 10 y 11 del Real Decreto 429/1993, respectivamente, y 82 y 84 LRJ-PAC.

CUARTA.- Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- esta responsabilidad consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo

causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

QUINTA.- Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo solo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 30 de octubre de 2003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

En el caso que nos ocupa está acreditado mediante informes médicos el cáncer de colon sufrido por el enfermo así como su extensión a otros órganos.

El interesado reclama por la pérdida de oportunidad acaecida a su juicio ya que alega que si se le hubiera practicado una colonoscopia cuando fue visto en el centro de especialidades Virgen del Val en abril de 2007 por padecer rectorragia el diagnóstico del cáncer de colon hubiera sido precoz y sus posibilidades de supervivencia mayores.

SEXTA.- Es necesario valorar si la intervención sanitaria cuestionada se ajustó a los parámetros de la *lex artis*, esto es, si se acomodó a una buena práctica médica, lo que enervaría la responsabilidad patrimonial de la administración sanitaria, porque de acuerdo con una larga y consolidada jurisprudencia “*a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente*” (Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007 -recurso 6/7915/03-, 7 de marzo de

2007 -recurso 6/5286/03-, 16 de marzo de 2005 -recurso 6/3149/01-), o lo que es lo mismo, no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.

Podemos resumir diciendo que no es exigible una actuación administrativa más allá de la buena práctica médica, *lex artis ad hoc*.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido el Tribunal Supremo en sentencia de 27 de noviembre de 2000, recuerda: "*Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales, ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse excluida de antemano*".

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004, señala: "*lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis*".

Resulta ello relevante por la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración, a través de esta institución, en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder sólo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

SÉPTIMA.- Alega el reclamante una atención defectuosa ocasionó la pérdida de oportunidad de haber recibido un tratamiento precoz de su enfermedad lo que, a su juicio, hubiera podido evitar la metástasis y mejorado sus posibilidades de supervivencia.

El informe de la Inspección no se pronuncia sobre este hecho sino que se limita a afirmar la corrección de la asistencia médica desde la detección de la anemia que motivó que la MAP derivase al paciente al especialista en Digestivo. Por otro lado, el médico inspector afirma que *“en el caso del paciente, consideramos que en base a los datos existentes en la historia clínica de Primaria no encontramos que se produjeran consultas por los síntomas que hemos comentado anteriormente [alteraciones del ritmo intestinal, dolor abdominal y rectorragia] en el periodo comprendido de mayo de 2007 a mayo de 2008 (...)”*.

Esta afirmación del médico inspector es contradictoria con los datos recogidos en la historia de atención de primaria que obra en el expediente, en la que consta que el enfermo acudió a consulta:

- El 26 de abril de 2007 por vómitos y deposiciones líquidas.
- El 14 de mayo de 2007 por rectorragia diagnosticada en el centro de especialidades médicas Virgen del Val como hemorroides.
- El 1 de octubre de 2007 por dolor abdominal tipo cólico.
- El 10 de enero de 2008 por epigastralgia.
- El 27 de marzo de 2008 por epigastralgia.

Por otro lado, la actuación médica objeto de reproche no es la realizada en atención primaria sino en atención especializada, concretamente en la consulta de Cirugía General y Digestivo del Centro de Especialidades Médicas Virgen del Val que tuvo lugar en abril de 2007 y que consta en el informe del médico adjunto de este Servicio con el visto bueno del jefe

del Servicio, por lo que no cabe dudar que la consulta tuvo lugar, que el paciente presentaba rectorragia y que no se le practicó ninguna prueba diagnóstica, sino que se le exploró con taco rectal y se le diagnosticó de hemorroides.

La Sociedad Española de Patología Digestiva considera que en los pacientes con rectorragia mayores a 50 años se aconseja la realización de alguna prueba endoscópica (sigmoidoscopia-colonoscopia) por el riesgo de presentar lesiones importantes en el colon, fundamentalmente el cáncer colorrectal (CCR). Por el contrario, en los pacientes menores de 40 años con rectorragia sin factores de riesgo y patología benigna en la inspección y/o tacto rectal, la mayoría de los estudios y guías de práctica clínica como la última publicada por la Asociación Española de Gastroenterología, aconsejan no realizar pruebas endoscópicas. En caso de no encontrar patología anal se recomienda realizar una anoscopia. En este grupo de pacientes la mayoría de las veces se debe a patología benigna anorrectal (hemorroides y fisuras), y excepcionalmente, a patología colónica severa como enfermedad inflamatoria intestinal y tumores malignos.

El reclamante tenía 58 años en el momento de los hechos reclamados y, además padecía ya de un factor de riesgo adicional como era la hepatitis C, por lo que, atendiendo al criterio de la Sociedad Española de Patología Digestiva hubiera estado indicada la práctica de una colonoscopia que hubiera podido diagnosticar el cáncer de colon del paciente de forma más temprana.

La Inspección Sanitaria no se pronuncia sobre la corrección o incorrección de la actuación médica que tuvo lugar en la consulta de Cirugía General y Digestivo del Centro de Especialidades Médicas Virgen del Val en abril de 2007.

De acuerdo con las reglas de la carga de la prueba en materia de responsabilidad patrimonial, salvo circunstancias concretas que no vienen

al caso, recae sobre quienes la reclaman (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -recurso 4067/2000-, entre otras).

Pero la doctrina jurisprudencial ha sentado la inversión de la carga de la prueba en aquellos supuestos en que su práctica es sencilla para la Administración y complicada para el reclamante, sentencias del Tribunal Supremo de 23 de octubre (Recurso nº 3071/03) y 2 de noviembre de 2007 (Recurso nº 9309/03) y 7 de julio de 2008 (Recurso nº 3800/04). A veces, incluso, el Tribunal Supremo, sentencia de 27 de junio de 2008 (Recurso nº 3768/04) requiere una explicación adecuada del evento dañoso para excluir la responsabilidad.

Ninguno de los informes médicos obrantes en el expediente se pronuncian en torno a la omisión de la colonoscopia, y el informe de la Inspección Médica se limita a afirmar que no se aprecia la existencia de mala praxis.

En definitiva, por parte de la Administración actuante no se ofrece ninguna explicación plausible y lógica respecto de las razones o fundamentos para la omisión de pruebas diagnósticas que hubieran podido detectar el cáncer del paciente con anterioridad. Por ello, resulta de aplicación el principio de la “*facilidad de la prueba*”, antes citado y establecido por las sentencias del Tribunal Supremo de 25 de abril de 2007 (recurso de casación 273/03) y de 2 de noviembre de 2007 (recurso de casación 9309/03) en el ámbito de la responsabilidad de los servicios sanitarios de las administraciones públicas, en las que se atribuye a la Administración, acreditado el daño por la reclamante, el deber de dar una explicación razonable de lo sucedido.

Puesto que tal explicación no existe en el expediente no cabe sino considerar que se ha producido una pérdida de oportunidad derivada de

una atención deficiente en la consulta del mes de abril de 2007 en el Servicio de Cirugía General y Digestivo del Centro de Especialidades Médicas Virgen del Val ya que hubiera estado indicada la realización de una colonoscopia que hubiera podido diagnosticar el cáncer del enfermo un año de antes de que fuera diagnosticado con la repercusión de dicha precocidad en el tratamiento y en la evolución de la enfermedad.

OCTAVA.- Procede a continuación, de conformidad con el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, la valoración de los daños para su cuantificación, lo que debe hacerse por imperativo del artículo 141.3 LRJAP-PAC con relación al momento en que la lesión efectivamente se produjo.

A la hora de realizar una valoración la jurisprudencia se ha decantado por una valoración global –sentencias del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1987 (RJ 8676), 15 de abril de 1988 (RJ 3072) y 1 de diciembre de 1989 (RJ 8992)- que derive de una “*apreciación racional aunque no matemática*” –sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990 (RJ 154)-, pues se carece de parámetro o módulos objetivos, debiendo ponderarse todas las circunstancias concurrentes en el caso.

En el presente caso hemos de considerar, a estos efectos, que el daño sufrido por el interesado es el de la pérdida de oportunidad de haber tenido un mejor pronóstico del cáncer de colon, lo que no es sino una hipótesis que parece que se compadecería mal con la exigencia legal de que el daño indemnizable sea real y efectivo.

Ello no obstante, en la jurisprudencia entiende que la pérdida de oportunidad se define –entre otras, en sentencia de 7 de julio de 2008, (recurso de casación 4476/2004)- como “*la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la*

curación), los ciudadanos deben contar, frente a sus servicios públicos de la salud, con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias ; tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una «falta de servicio»".

Como afirma la sentencia de 21 de febrero de 2008 (recurso de casación 5271/2003) "*en el caso de autos no se ha dejado de practicar actuación médica alguna ni se ha omitido tampoco ningún tratamiento posible, en eso consiste la pérdida de oportunidad*". En el mismo sentido la sentencia de 13 de julio de 2005 (recurso de casación 435/2004): "*sin que conste la relevancia causa-efecto de un diagnóstico precoz porque, como afirma la sentencia recurrida, para que la pérdida de oportunidad pueda ser apreciada debe deducirse ello de una situación relevante, bien derivada de la actuación médica que evidencie mala praxis o actuación contra protocolo o bien de otros extremos como pueda ser una simple sintomatología evidente indicativa de que se actuó incorrectamente o con omisión de medios*".

La jurisprudencia, así, transforma la hipótesis de un resultado diferente y mejor para el paciente en un daño real y efectivo al afirmar en la sentencia de 25 de junio de 2010 (recurso de casación 5927/2010): "*Ahora bien, el principio de reparación integral exige indemnizar a (...) por el daño real y efectivo (artículo 139, apartado 2, de la Ley 30/1992), que padece por haberle privado de la oportunidad de protegerse, con una vacuna eficaz, contra la meningitis C, que la propia Administración conocía, presentaba como eficaz y proporcionó a otros, lo que comporta la existencia de nexo causal entre la falta de actividad de la Administración y el daño, tanto moral como físico y también económico experimentado por (...) ya que, las lesiones, las secuelas y la incapacidad que las mismas*

suponen para cualquier actividad, de por vida, determinan gastos extraordinarios que constituyen un daño real y efectivo ya producido”.

En atención a este criterio entendemos que el daño que debe ser indemnizado es el del padecimiento físico y psíquico del reclamante por la mala evolución de su enfermedad y la disminución de sus posibilidades de supervivencia concretado en las lesiones padecidas por el cáncer, lo que nos lleva a considerar indemnizables:

La colectomía y la gastrectomía parcial que tuvieron lugar en 2009, a las que procedería aplicar el baremo fijado en la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 20 de enero de 2009 de la que resultan 15 puntos para la colectomía y 10 puntos para la gastrectomía parcial, lo que supone un total de 25 puntos indemnizables con 1.081,84 euros el punto, en atención a los 58 años del reclamante, y por lo tanto por estos daños corresponderían 27.046 euros.

La cirugía para eliminar las metástasis hepáticas y el daño de las cuerdas vocales que tuvieron lugar en 2010, respecto de los que procedería aplicar el baremo fijado en la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 31 de enero de 2010, de la que resultan 45 puntos por la intervención en el hígado colectomía y 10 puntos por la cuerda vocal, lo que supone un total de 55 puntos indemnizables con 1,680,38 euros el punto, en atención a los 58 años del reclamante, y por lo tanto por estos daños corresponderían 92.420, 9 euros.

La suma de ambas cuantías asciende a 119.466,9 euros. Puesto que en el caso sometido a dictamen lo que estamos indemnizando es la pérdida de oportunidad, o lo que es o mismo, la probabilidad de que una colonoscopia hubiera permitido diagnosticar con anterioridad el cáncer del reclamante y ello le hubiera permitido un mejor pronóstico. Este Consejo Consultivo cifra esta probabilidad en un 60% que es el porcentaje que entiende que procede proyectar sobre la cuantía indemnizatoria calculada, en virtud de

lo cual correspondería al reclamante una indemnización de 71.680,14 euros.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación por responsabilidad patrimonial por concurrir la pérdida de oportunidad reclamada e indemnizar al reclamante con la cantidad de 71.680,14 euros.

A la vista de todo lo expuesto, el Órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 15 de febrero de 2012