

Dictamen n^o **397/14**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **17.09.14**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 17 de septiembre de 2014, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1 de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, en el asunto promovido por C.C.D., por los daños y perjuicios causados por la defectuosa asistencia sanitaria, prestada por el Hospital Universitario Infanta Sofía.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el consejero de Sanidad, mediante escrito de 17 de julio de 2014, con registro de entrada en este órgano el día 23 siguiente, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, en virtud de reparto de asuntos, a la Sección V, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que firma la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 17 de septiembre de 2014.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo es acompañado de documentación que en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, se considera suficiente.

SEGUNDO.- Por escrito presentado el día 21 de febrero de 2013 en la oficina de registro de la Consejería de Transportes, Infraestructuras y

Vivienda, dirigido al Servicio Madrileño de Salud, J.P.P. y G.G.T., en nombre y representación de la interesada anteriormente citada formulan reclamación patrimonial por una asistencia sanitaria, pretendidamente deficiente, prestada por el Hospital Universitario Infanta Sofía. Considera la reclamante que en la atención dispensada por el citado centro hospitalario hubo un error y retraso en el diagnóstico de un adenocarcinoma pulmonar T3N1M0 estadio IIIA. Según expone en su escrito la reclamante, presentaba síntomas que evidenciaban la existencia de un tumor y que, al no haberle realizado las pruebas diagnósticas oportunas (radiografía de tórax), no fue diagnosticado hasta un año y medio más tarde. Así, la reclamante considera que el diagnóstico de poliartritis crónica seronegativa realizado por el Servicio de Reumatología, en tratamiento con metotrexato, fue erróneo, como aparece en el informe de 23 de julio de 2012 del Servicio de Oncología del Hospital Universitario Infanta Sofía, donde se hace constar como diagnóstico secundario la existencia de una poliartritis crónica seronegativa de posible origen neoplásico. La interesada alega que, al instaurar el tratamiento con metotrexato se le debió haber hecho una radiografía de tórax y que, *“de haberse efectuado con anterioridad todas las pruebas diagnósticas oportunas, el resultado no hubiera sido el mismo, pues se hubiera alcanzado un juicio más precoz, ampliando las opciones terapéuticas de la paciente”*, por lo que considera producida una pérdida de oportunidad (folios 1 a 21 del expediente administrativo).

Solicita una indemnización de cuantía inicialmente indeterminada que concreta posteriormente, en su escrito de alegaciones al trámite de audiencia, en 40.000 €.

Con el escrito de reclamación aporta diversos informes de los servicios de Reumatología y Oncología del Hospital Universitario Infanta Sofía, y el apartado 8 del capítulo 5 de la Guía Práctica Clínica para el manejo de

la artritis reumatoide en España, relativo al tratamiento con metotrexato de la artritis reumatoide (folios 22 a 56 del expediente).

TERCERO.- Del examen de la historia clínica de la reclamante y restante documentación médica obrante en el expediente se extraen los siguientes hechos que se consideran de interés para la emisión del dictamen:

C.C.D., nacida en diciembre de 1965, es atendida el día 17 de enero de 2011 por su médico de Atención Primaria del consultorio de Talamanca por poliartralgia. Según refiere, desde hace tres semanas presenta dolor en piernas, sobre todo al bajar escaleras, que mejora con ibuprofeno. Se realiza exploración y se le pauta el uso de rodillera en la rodilla izquierda, aine tópico, ibuprofeno a demanda y reposo relativo.

El día 4 de marzo de 2011 es atendida nuevamente en su centro de salud donde, se hace constar que la reclamante sigue con dolor en las rodillas, tobillos, muñecas. En la exploración se observa dolor y leve tumefacción en tobillo izquierdo y leve aumento de la temperatura local, dolor en la cara interna de interlinea articular de la rodilla derecha, movilidad normal, menisco negativo no ligamento. Se remite a reumatología, se solicita analítica y se pauta diclofenaco.

El día 23 de marzo se valora la analítica solicitada en la que se aprecia aumento de la VSG y PCR, resto normal. Según consta en la historia clínica, la paciente tiene cita en reumatología el día 30 de abril de 2011 y ha mejorado con el tratamiento con diclofenaco.

El día 30 de abril de 2011 la paciente es atendida por primera vez en el Servicio de Reumatología del Hospital Universitario Infanta Sofía. Se hacen constar en la historia clínica, entre otros antecedentes, que es fumadora y presenta sobrepeso. Según lo anotado en la historia clínica, la paciente presenta desde hace 2-3 meses dolor de ritmo mixto de inicio en

rodillas de forma subaguda, posteriormente aditivo en múltiples localizaciones de predominio en muñecas y tobillos sin franca artritis, aunque cree que con dolor local en rodillas, tratado inicialmente con ibuprofeno sustituido por diclofenaco. La paciente aporta analítica solicitada por su médico de Atención Primaria con hemograma normal, bioquímica normal, PCR 19, VSG 32 mm, ANA Y ENAs negativos, FR negativo y Igs normales. Según el informe, *“parece haber tenido un brote de poliartritis intermitente de predominio en MMII con reactantes elevados”*. Con el diagnóstico de artritis/artralgias, se pauta el mismo tratamiento.

Es vista nuevamente en consulta del Servicio de Reumatología del Hospital Universitario Infanta Sofía el día 25 de mayo de 2011. Como novedad en relación con el anterior informe, se añade que la paciente presenta episodios de inflamación prácticamente semanales que mejoran con AINEs, rigidez matutina de media hora y disestesias de dedos sin territorio definido. En la nueva analítica realizada la paciente presenta una VSG, 72, PCR, 25,5, Hb 11,7 y VCM 78,5 e inmunología negativa. Con el diagnóstico inicial de poliartritis crónica seronegativa que cursa en brotes (tipo reumatismo palindrómico), se pauta tratamiento con metotrexato y ácido fólico y recomendación de que se valore por su médico la ferroterapia.

El día 8 de julio de 2011, la paciente acude a control por el Servicio de Reumatología donde se realiza una analítica de control tras metotrexato. Se realiza radiografía de la columna lumbar donde se aprecia pérdida de la lordosis fisiológica y actitud escoliótica dorso-lumbar con convexidad derecha, leve estrechamiento del espacio intervertebral L5-S1 y esclerosis subcondral leve en ambas superficies articulares de la sínfisis del pubis. En la evolución se anota que la paciente presenta mejoría a nivel articular desde metotrexato y persiste lumbalgia mecánica valorada por el Servicio de Traumatología. Con los diagnósticos de

poliartrosis crónica seronegativa, lumbalgia mecánica con discopatía L5-S1 y condropatía rotuliana, se continúa con el tratamiento de metotrexato y ácido fólico y se solicita interconsulta a hematología para estudio de anemia.

El siguiente control por el Servicio de Reumatología se realiza el día 10 de noviembre de 2011. Se anota que la paciente está siendo valorada por el Servicio de Hematología por anemia ferropénica y, en relación con el cuadro articular, se queja de dolor de rodillas y de dolor lumbar con irradiación por la cara posterior del MII hasta el pie de características mecánicas. Al tratamiento anterior se le añade Lyrica 75 mg por la noche 3 días y después 75 mg cada 12 horas. No obstante, al presentar reacción a este último medicamento con edema periférico, edema por el que tuvo que ser atendido por el Servicio de Urgencias el día 30 de diciembre de 2011, se reduce la dosis pautada.

En la revisión del Servicio de Reumatología realizada el día 9 de enero de 2012, se recoge que ha desaparecido el edema y que *“la paciente se queja de que a pesar de toda la medicación que toma sigue con dolor en rodillas que es de condropatía rotuliana. Además se sigue quejando de lumbalgia”*.

Con fecha 12 de abril de 2012 se realiza nuevo control por el Servicio de Reumatología, donde se acuerda la suspensión del tratamiento con Lyrica, al objetivarse intolerancia a dicho medicamento con edema periférico. Según se hace constar en el informe emitido ese día, *“persiste sensación de edema de manos y pies de forma intermitente y persistente. Ha mantenido síntomas como de congestión y tos con expectoración mucosa, a veces con sangre en los esfuerzos de la tos. No objetivo artritis en la exploración”*. Tras la exploración se anota en el informe: *“Presenta acropaquias y uñas en vidrio de reloj”*. Se solicita radiografía de tórax y manos para *“comparar con previas”*.

En las radiografías de tórax realizadas se observa lesión focal de morfología nodular con márgenes parcialmente bien delimitados en el LSD, con un diámetro máximo de unos 10 cm. que, probablemente corresponde a una masa.

Según se refleja en la historia clínica, se habla con el Servicio de Radiología y con el Servicio de Neumología para activar el procedimiento de LOE pulmonar. Se solicita TAC de pulmón urgente, citado para jueves el día 19 de abril y se adelantan citas de analítica con coagulación y EKG para ese mismo día, para valorar en conjunto con Neumología, el lunes 23 de abril las posibilidades diagnósticas y la necesidad de broncoscopia. Ese mismo día se llama por teléfono al domicilio de la paciente y se habla con su marido, al que se le informa del hallazgo radiológico y de la necesidad de realizar pruebas complementarias y se le indica, finalmente, la retirada temporal del metotrexate que la paciente tomaba los sábados.

Según el informe de 23 de abril de 2012 del Servicio de Neumología, la paciente refiere tos de cuatro meses de evolución, con expectoración blanquecina, hemoptoica en tres ocasiones, cuya intensidad varía de semana en semana. Refiere también astenia y “*cansancio*” habituales que se han intensificado en las últimas semanas. Dolores articulares habituales. Refiere que ha perdido unos 3 kg en estos cuatro meses. Hiporexia.

El día 30 de abril de 2012, el Servicio de Neumología del Hospital Infanta Sofía hace constar en su informe, tras la valoración de las pruebas realizadas consistentes en broncoscopia, citología del aspirado bronquial y biopsia bronquial, como diagnóstico principal: carcinoma de célula no pequeña, probable adenocarcinoma, en el lóbulo superior derecho en estudio de estadificación.

Tras la realización de un PET-TAC, el día 17 de mayo de 2012 el Servicio de Neumología informa del resultado: estudio compatible con masa tumoral en el lóbulo superior derecho y afectación ganglionar precarinal. Se le recomienda régimen de vida según la tolerancia; no fumar; mantener el tratamiento que viene realizando y acudir a la consulta de Cirugía Torácica en el Hospital Universitario Puerta de Hierro el viernes 18 de mayo.

El día 7 de junio de 2012 se realiza en el Hospital Puerta de Hierro mediastinoscopia con biopsia de adenopatías de región 7 y 4R.

Con fecha 13 de junio de 2012, se efectúa intervención quirúrgica, consistente en lobectomía superior derecha más linfadenectomía de regiones 4R, 7, 8R y 11R.

Desde el día 23 de julio y hasta el 11 de octubre de 2012, la paciente estuvo con tratamiento quimioterápico por el Servicio de Oncología del Hospital Universitario Infanta Sofía. Según el citado servicio, desde la intervención la paciente se encuentra libre de enfermedad, hasta la última prueba de imagen con TAC realizada el 30 de noviembre de 2012, evaluada en nuestra consulta el 4 de diciembre de 2012.

CUARTO.- Presentada la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud se inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial al amparo de lo establecido en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y el Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC) y el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Procedimiento de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante, RPRP).

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los

Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, se ha recabado el informe de los servicios de Urgencias (folio 94), Oncología (folio 95) y Reumatología, de fecha 1 de abril de 2013, del Hospital Universitario Infanta Sofía (folios 96 y 97).

El informe del Servicio de Reumatología, en relación con la necesidad de realizar una radiografía de tórax antes de comenzar el tratamiento con metotrexato dice:

“Es cierto que en la guía de práctica clínica de artritis reumatoide (diagnóstico que nunca tuvo la paciente) se recomienda realizar una radiografía de tórax antes de comenzar el tratamiento con metotrexate. La razón de esto es asegurar que no existe ninguna enfermedad pulmonar que aumente el riesgo de toxicidad pulmonar que tiene este fármaco. Este tipo de toxicidad es muy rara y la recomendación es eso, una recomendación que no es de obligado cumplimiento y que puede sustituirse por la anamnesis y/o exploración física”.

Sobre la posibilidad, en el caso de que se le hubiere realizado una radiografía de tórax en mayo de 2011, de haber podido diagnosticar una lesión pulmonar, el informe del Servicio de Reumatología manifiesta:

«No podemos saber si se hubiera identificado una lesión pulmonar de haberse realizado una radiografía de tórax antes de comenzar el tratamiento con metotrexato el día 25-5-2011, en lugar de aplicar únicamente criterios clínicos para descartar contraindicaciones a este tratamiento. Es bien conocido que la artritis asociada a procesos neoplásicos puede aparecer, como en los otros casos mencionados, meses antes de cualquier signo físico o prueba que permita el diagnóstico del cáncer. Lo que parece seguro es que, de haberse encontrado, el tratamiento del cáncer hubiera sido el mismo que se aplicó. Es decir, no estoy de acuerdo con lo

expuesto en el punto séptimo de la reclamación en donde se mencionan términos muy duros como “(...)dejación absoluta del servicio de reumatología (...)”. Fue precisamente nuestro servicio quien pudo iniciar el proceso diagnóstico final. Tampoco estoy de acuerdo en que se hubiera evitado la cirugía, la lobectomía es el tratamiento del adenocarcinoma de pulmón localizado por pequeña que sea la lesión».

Se ha incorporado al expediente el informe emitido por la Inspección Sanitaria, de 4 de noviembre de 2013 (folios 231 a 256), que también se pronuncia sobre estas cuestiones y dice:

«Respecto a la procedencia de realizar una radiografía de tórax previamente al inicio del tratamiento con metotrexato y las consecuencias de su no realización:

- En la “Ficha Técnica” del metotrexato 2,5 mg comprimidos se recoge textualmente:

“Monitorización del paciente: los pacientes tratados con metotrexato deberían ser monitorizados estrechamente con el fin de detectar los efectos tóxicos lo antes posible. La evaluación básica debería incluir recuento hematológico completo, con recuento diferencial de plaquetas, enzimas hepáticas, pruebas de infección; por hepatitis B o C, pruebas de función renal, radiografía de tórax y biopsia hepática si fuera necesario”.

- En la “Guía de práctica clínica para el manejo de la artritis reumatoide” (Sociedad Española de Reumatología) se recoge textualmente:

“Monitorización de metotrexato.

Monitorización.- Antes de la instauración del tratamiento se realizará hemograma completo, bioquímica hepato-renal albúmina sérica y radiografía de tórax. Si hay sospecha de hepatopatía previa o exposición a hepatotóxicos, se realizará biopsia hepática pretratamiento (...)”.

- *En el presente caso, en la documentación que obra en el expediente no consta que se realizara una radiografía de tórax antes del comienzo del tratamiento con metotrexato.*

- *Es imposible conocer que hallazgos radiológicos se hubieran obtenido en el supuesto de haberse realizado una radiografía de tórax en este momento (mayo de 2011).*

- *Asimismo es imposible conocer si los citados hallazgos radiológicos hubieran permitido realizar en este momento (mayo de 2011) el diagnóstico del adenocarcinoma de pulmón lo que hubiera supuesto adelantar el referido diagnóstico aproximadamente once meses.*

- *Respecto a las opciones terapéuticas del adenocarcinoma de pulmón si se hubiese diagnosticado en mayo del 2011, me remito, al coincidir, al extracto del Informe de fecha 7-3-2013 realizado por el Dr. C.S., jefe de Sección de Oncología del Hospital Universitario Infanta Sofía que obra en el expediente.*

“(...)En este sentido la opción terapéutica principal -hubiera sido siempre la misma, la lobectomía con linfadenectomía hiliomediastínica, aunque la enfermedad se hubiera encontrado en una situación más precoz pues persé es el procedimiento estándar más conservador. Es por ello que las secuelas atribuibles a la cirugía hubieran ocurrido en cualquier caso. Adicionalmente cabe señalar que la no indicación de quimioterapia complementaria -y

por tanto la evitación de sus secuelas físicas y psíquicas- hubiera resultado muy improbable, pues sólo en los estadios I muy iniciales -muy raros precisamente por la dificultad clínica de realizar un diagnóstico precoz- puede no estar indicada (...)».

Consta en el procedimiento un informe de la Dra. T.F.F., especialista en Valoración del Daño Corporal, de 26 de febrero de 2014, en el que cuantifica el daño sufrido por la reclamante en 15.419,92 € y en el que afirma:

“Según recoge el informe de Inspección, si se le hubiera realizado la Rx de tórax antes del inicio del tratamiento con Metotrexate® se habría visto la masa pulmonar y, por ende, se habría detectado antes el cáncer de pulmón, por lo que establece una pérdida de oportunidad.

Para el cálculo de dicha pérdida de oportunidad, partimos del tamaño de la masa tumoral pulmonar (que llamaremos esfera) cuando se diagnostica (aprox. 10 cm), y aplicamos de manera retroactiva la tasa de duplicación celular de dicha esfera, de tal modo que podemos establecer que en el momento en que inicia el tratamiento con Metotrexate® el tamaño de dicha masa sería de 5 cm aprox., lo que vendría a corresponderse con un estadio IIB según estudio del National Cancer Institute (2014).

Fijado el posible estadio en el que se encontraba el adenocarcinoma al inicio del tratamiento con Metotrexate®, la tasa de supervivencia a los 5 años varía de un estadio a otro (de un 31% en un TIIIA a un 14% en un TIIB), estableciéndose una pérdida de oportunidad del 17%. Hay que recordar que este tipo de cánceres aún en su etapa más inicial (IA), tienen una supervivencia a 5 años solo del 50%, es decir, su pronóstico es

muy desgraciado aún diagnosticado en los estadíos más iniciales, dado el tipo de cáncer per sé del que se trata”.

Tras la incorporación de los anteriores informes, el día 9 de mayo de 2014 se da traslado a la representación de la reclamante del expediente y se le emplaza para efectuar alegaciones, de conformidad con los artículos 84 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común, y 11 del mencionado Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, (folios 260 a 262).

El 27 de mayo de 2014 la representación letrada de la reclamante presenta escrito de alegaciones en el que, en síntesis, pone de manifiesto las consecuencias de la falta de realización de una radiografía de tórax desde el comienzo del tratamiento con Metotrexate, y/o durante su evolución, *“centrándose solamente en la enfermedad reumatológica sin sospechar una posible malignidad”*, que pudo haber progresado durante este tiempo, y expresa su desacuerdo con el cálculo de la valoración del daño corporal y su consiguiente cuantificación indemnizatoria (folios 263 a 278).

Finalmente, por el viceconsejero de Asistencia Sanitaria -por delegación en la secretaria general del Servicio Madrileño de Salud, según Resolución 26/2010, de 28 de julio- se dicta propuesta de resolución en fecha 10 de julio de 2014, en la que se estima parcialmente la reclamación presentada en 15.419,92 €, por entender que *“si se le hubiera realizado la Rx de tórax antes del inicio del tratamiento con Metotrexate, se habría podido ver la masa pulmonar y por ende, se habría podido detectar antes el cáncer de pulmón, por lo que se establece una pérdida de oportunidad”* (folios 282 a 286).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE 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), a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

SEGUNDA.- El procedimiento de responsabilidad patrimonial, que se inició a instancia de interesada según consta en los antecedentes, tiene su tramitación regulada en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), desarrollados en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (RPRP).

Ostenta la reclamante la condición de interesada para promover el procedimiento, al amparo del artículo 139 de LRJ-PAC, por cuanto que sufre los daños físicos y morales causados, supuestamente, por la deficiente asistencia sanitaria.

Se cumple, igualmente, el requisito de la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid, por ser la titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Por último y en lo relativo al plazo de presentación de la reclamación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 LRJ-PAC el derecho a reclamar responsabilidad patrimonial a la Administración prescribe al año de manifestarse el efecto lesivo y de que se haya determinado el alcance de las secuelas.

En el presente caso, el diagnóstico de carcinoma de célula no pequeña en el lóbulo superior derecho se realiza el 30 de abril de 2012, por lo que la reclamación presentada el día 21 de febrero de 2013 está formulada en plazo.

El procedimiento seguido no adolece de ningún defecto de anulabilidad o nulidad, por cuanto se han llevado a cabo todas las actuaciones necesarias para alcanzar adecuadamente la finalidad procedimental y, así, se ha practicado la prueba precisa mediante informe de los servicios intervinientes en este caso, informes del Servicio de Oncología Médica y del Servicio de Reumatología del Hospital Universitario Infanta Sofía y se ha puesto el expediente de manifiesto para alegaciones, en cumplimiento de los artículos 9, 10 y 11 del R.D. 429/1993, 82 y 84 de la Ley 30/1992, a la interesada en el procedimiento, por lo que no existe en absoluto indefensión.

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas viene establecida, con el máximo rango normativo, por el artículo 106.2 de nuestra 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”*. La regulación legal de esta responsabilidad está contenida en la actualidad en la LRJ-PAC y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial. El artículo 139 de la citada LRJ-PAC dispone, en sus apartados 1 y 2, lo siguiente:

“1º.- Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, 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.

2º.- En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo ha establecido en numerosas sentencias (por todas, v. las de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 26 de junio, sobre el recurso 4429/2004 y de 15 de enero de 2008, sobre el recurso nº 8803/2003) los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Administración, que son los siguientes:

1º) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas.

2º) La antijuridicidad del daño o lesión. Esta calificación del daño no viene determinada por ser contraria a derecho la conducta del autor, sino porque la persona que sufre el daño no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión que es necesario examinar y dilucidar en cada caso concreto.

3º) La imputabilidad de la actividad dañosa a la Administración, requisito especialmente contemplado en las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1982 y de 25 de febrero de 1981, que, al examinar la posición de la Administración respecto a la producción del daño, se refieren a la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece.

4º) El nexo causal directo y exclusivo entre la actividad administrativa y el resultado dañoso. El daño debe ser consecuencia exclusiva del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad

administrativa, siendo esta exclusividad esencial para apreciar la antedicha relación o nexo causal.

En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades derivadas de la especial naturaleza de ese servicio público. El criterio de la actuación conforme a la denominada “*lex artis*” se constituye en parámetro de la responsabilidad de los profesionales sanitarios, pues la responsabilidad no nace sólo por la lesión o el daño, en el sentido de daño antijurídico, sino que sólo surge si, además, hay infracción de ese criterio o parámetro básico. Obviamente, la obligación del profesional sanitario es prestar la debida asistencia, sin que resulte razonable garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido, las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), 23 de febrero de 2009 (recurso nº 7840/2004) y 29 de junio de 2011 (recurso nº 2950/2007) disponen que *“se trata, pues, de una obligación de medios, por lo que sólo cabe sancionar su indebida aplicación, sin que, en ningún caso, pueda exigirse la curación del paciente. La Administración no es en este ámbito una aseguradora universal a la que quepa demandar responsabilidad por el sólo hecho de la producción de un resultado dañoso. Los ciudadanos tienen derecho a la protección de su salud (artículo 43, apartado 1, de la Constitución), esto es, a que se les garantice la asistencia y las prestaciones precisas [artículos 1 y 6, apartado 1, punto 4, de la Ley General de Sanidad (RCL 1986, 1316) y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (RCL 1994, 1825)] con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia y de la técnica en el momento en que requieren el concurso de los servicios sanitarios (artículo 141, apartado 1, de la LRJ-PAC); nada más y nada menos”*.

La misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencias de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000) y 4 de abril de 2011 (recurso de casación nº 5656/2006), afirma que *“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”*.

Señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2008 (Recurso nº 4429/2004), de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) y 29 de junio de 2011 (recurso nº 2950/2007) que *“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”*. Todo lo anterior resulta relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial no convierte a la Administración en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, sino que únicamente debe responder de aquéllos que los administrados no tengan el deber jurídico de soportar y sean causados por infracción de la llamada *“lex artis”*.

CUARTA.- Aplicada la anterior doctrina al presente caso, resulta acreditado en el expediente que la reclamante fue diagnosticada el 30 de abril de 2012 de un adenocarcinoma pulmonar, que precisó intervención quirúrgica, realizada el 13 de junio de 2012. La interesada, que considera que la actuación del Servicio de Reumatología no fue correcta porque, al tiempo de iniciarse el tratamiento con metotrexato se le debió realizar una radiografía de tórax, prueba que habría permitido visualizar

la lesión pulmonar y, por ende, obtener un diagnóstico precoz del adenocarcinoma pulmonar once meses antes de ser diagnosticado. La interesada solicita una indemnización de 40.000 € en la que incluye no solo la pérdida de oportunidad sufrida (valorada en el informe de 26 de febrero de 2014 en 15.419,29 €), sino también los días improductivos durante un año (20.259 €), el PET TAC que tuvo que realizarse en la sanidad privada y por el que tuvo que abonar “casi 1.000 euros” y el enorme perjuicio irrogado ya que, incluso, ha sido despedida de su trabajo por los problemas médicos.

En relación con los gastos realizados en la sanidad privada, la reclamante no aporta ninguna factura que acredite la realidad de los mismos, sin que resulte del expediente dato alguno que permita concluir que la realización de la prueba le fuera denegada en la sanidad pública por pasividad o falta de diligencia y tuviera que realizarse en la sanidad privada.

La interesada aporta en el trámite de audiencia copia de una carta de despido de la empresa “A” de 3 de octubre de 2013. Ahora bien, el despido se fundamenta, según el documento aportado, en causas objetivas de producción, sin que haya relación alguna con la enfermedad padecida por la reclamante ni, por tanto, con la actuación de la Administración.

Confirmado el diagnóstico de adenocarcinoma pulmonar T3N1M0 estadio IIIA, resulta necesario examinar si, como afirma la reclamante y concluyen el informe de Valoración del Daño Corporal y la propuesta de resolución, existió pérdida de oportunidad por la falta de realización de una radiografía de tórax al tiempo de iniciar el tratamiento con metotrexato pautado por el Servicio de Reumatología.

La reclamante, para acreditar esta circunstancia, aporta una parte de la Guía Práctica Clínica para el manejo de la Artritis Reumatoide en España en la que se establece que antes de instaurarse el tratamiento con

metotrexato *“se realizará hemograma completo, bioquímica hepato-renal, albúmina sérica y radiografía de tórax”*.

El informe de la Inspección Sanitaria, en relación con la asistencia del día 25 de mayo de 2011, fecha en la que se pautó el tratamiento con metotrexato, reconoce que en la documentación que obra en el expediente no consta que se realizara una radiografía de tórax antes del comienzo del tratamiento con metotrexato y que es imposible conocer qué hallazgos radiológicos se hubieran obtenido en el supuesto de haberse realizado una radiografía de tórax en este momento (mayo de 2011). El médico inspector considera concluye que *“es imposible conocer si los citados hallazgos radiológicos hubieran permitido realizar en este momento (mayo de 2011) el diagnóstico del adenocarcinoma de pulmón lo que hubiera supuesto adelantar el referido diagnóstico aproximadamente once meses”*.

El informe de la Inspección Sanitaria reconoce, por tanto, que se podría haber adelantado el diagnóstico en, aproximadamente, onces meses, lo que supone el reconocimiento de una pérdida de oportunidad.

Conclusión que también alcanza el informe de Valoración del Daño Corporal de 26 de febrero de 2014, que considera que *“si se le hubiera realizado la Rx de tórax antes del inicio del tratamiento con Metotrexate® se habría visto la masa pulmonar y, por ende, se habría detectado antes el cáncer de pulmón, por lo que establece una pérdida de oportunidad”*.

Además, el propio Servicio de Reumatología en su informe de 12 de abril de 2012 reconoce, de facto, que se tenía que haber realizado un radiografía de tórax al inicio del estudio de la paciente o del tratamiento cuando dice que *“se solicitan radiografías de tórax (...) (para comparar con las previas)”*.

Nos encontramos, por tanto, ante un caso de pérdida de oportunidad, definida por la jurisprudencia del Tribunal Supremo -vid. entre otras, las Sentencias de 25 de junio de 2010 (recurso de casación 5927/2007) y 7 de julio de 2008, (recurso de casación nº 4.476/2004)- 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”»*.

Si a la reclamante se le hubiera realizado una radiografía de tórax al inicio del tratamiento con metotrexato, su enfermedad hubiera podido ser diagnosticada tempranamente y pudo tener mejor pronóstico, habida cuenta lo importante que en este tipo de patologías es el diagnóstico precoz.

Por lo tanto, la omisión por la Administración de un correcto diagnóstico privó a la paciente de obtener un tratamiento temprano y, consecuentemente, se le perjudicó en cuanto a sus expectativas de curación, por más que se desconozca cuáles hubieran sido éstas en el caso de ser diagnosticada tempranamente.

Parece que, de haberse diagnosticado inicialmente la patología que padecía la reclamante, hubiera sido merecedora de tratamiento quirúrgico y complementario de quimioterapia pero, en todo caso, se le privó de la oportunidad de un rápido tratamiento que evitara la progresión de la enfermedad, lo que conduce a estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración.

QUINTA.- Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del Real Decreto 429/1993, pronunciarse sobre la concreta valoración de los daños solicitados, lo que debe hacerse, por expresa indicación del artículo 141.3 LRJAP-PAC, con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo.

En la valoración de los daños lo que hemos de considerar es el concreto alcance del daño, que en el caso sometido al presente dictamen se ha de referir al retraso diagnóstico y la pérdida de oportunidad sufrida, pero no al posterior tratamiento de la paciente ya que, después de resultar diagnosticada, recibió el tratamiento oportuno.

En estos casos, para la valoración del daño es preciso traer a colación la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012 –recurso 5938/2011– *«la llamada “pérdida de oportunidad” se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo (en similar sentido las SSTs de 19 de octubre de 2011 –recurso 5893/2006– y 11 de junio de 2012 –recurso 1211/2010–).*

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de enero de 2012 (recurso de casación num. 4795/2010), con cita de otras anteriores señala que “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».

Es importante además señalar, que normalmente la pérdida de oportunidad resulta de difícil o incierta apreciación en la mayoría de las ocasiones, pues se trata en realidad de una hipótesis o conjetura de lo que hubiera ocurrido si se hubiera actuado de otro modo, por lo que hay que acudir a las circunstancias concretas del caso y su valoración.

Así pues, en la fijación de la indemnización hay que tener en cuenta que la actuación médica privó 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.

En el presente caso, se desconoce si de haberse diagnosticado más tempranamente el tumor maligno la enfermedad hubiera estado en un estadio menos avanzado, aunque es probable que así fuera. Según señala la Inspección Sanitaria, de acuerdo con el informe del Servicio de

Oncología que la opción terapéutica principal -hubiera sido siempre la misma, la lobectomía con linfadenectomía hiliomediastínica, aunque la enfermedad se hubiera encontrado en una situación más precoz pues el procedimiento estándar es más conservador. Por tanto, las secuelas atribuibles a la cirugía hubieran ocurrido en cualquier caso. Adicionalmente cabe señalar que la no indicación de quimioterapia complementaria -y por tanto la evitación de sus secuelas físicas y psíquicas- hubiera resultado muy improbable, pues sólo en los estadios I muy iniciales -muy raros precisamente por la dificultad clínica de realizar un diagnóstico precoz- puede no estar indicada.

Por ello, y teniendo en cuenta que el tratamiento del adenocarcinoma pulmonar habría sido el mismo, parece correcta la valoración efectuada por el informe pericial de Valoración del Daño Corporal, de 26 de febrero de 2014 y que acoge la propuesta de resolución, debiendo fijarse una indemnización de 15.420 €, cantidad que deberá actualizarse conforme la evolución del índice de precios al consumo hasta su completo pago.

En mérito a cuanto antecede, el Consejo Consultivo formula la siguiente,

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación de responsabilidad patrimonial y reconocer una indemnización de 15.420 €, cantidad que debe actualizarse conforme al artículo 141 LRJ-PAC.

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, 17 de septiembre de 2014

