

Dictamen n.º: **107/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **23.03.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 23 de marzo de 2011 sobre la consulta formulada por el Sr. Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1.f).1º de su Ley Reguladora 6/2.007, de 21 de diciembre, promovido por H.S.G., y los hermanos J.A., R., M.C., S. y H. M.S., en adelante “*los reclamantes*”, por retraso en el diagnóstico y tratamiento por parte del Hospital Príncipe de Asturias del cáncer de pulmón que provocó el fallecimiento de su marido y padre, respectivamente, A.M.S.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 31 de diciembre de 2009, los reclamantes presentaron reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Hospital Príncipe de Asturias por retraso en el diagnóstico y tratamiento del cáncer de pulmón que provocó el fallecimiento de A.M.S. Reclaman por ello una indemnización por importe de 180.000 euros.

En su escrito narran que en mayo de 2005 su padre y esposo, respectivamente, con 59 años de edad, fue diagnosticado de un nódulo, que recibió seguimiento los años siguientes, en que fue creciendo, hasta que en abril de 2008 alcanzó 8 mm de diámetro. Afirman que pese a ello no se hizo prueba alguna, siendo citado a consulta un año más tarde, cuando debía habersele realizado nuevo estudio en 6 meses. Dicha demora le

ocasionó al paciente la pérdida de posibilidad de un tratamiento más eficaz. Asimismo denuncian que tras haberle sido efectuado un TAC el día 12 de marzo de 2009 donde se observaron dos manchas -que luego resultarían ser carcinoma de células grandes- y pese a tener dicho informe desde marzo, los facultativos del Hospital no hicieron nada, no siendo informado del resultado del mismo hasta el mes de mayo de 2009, y ello porque el paciente acudió a su médico de cabecera por dolor en el pecho, momento en que al acceder el facultativo al historial clínico comprobó el resultado de la prueba de marzo, siendo enviado urgentemente al Hospital.

El 12 de octubre de 2009 el paciente falleció como consecuencia del proceso cancerígeno que padecía, aportando copia del certificado de defunción del mismo.

La Historia Clínica y restante documentación médica, han puesto de manifiesto los siguientes hechos:

El paciente, de 59 años de edad y con antecedentes de hipertensión arterial e insuficiencia renal crónica, sin antecedentes cardiorespiratorios, acude a la consulta del Servicio de Nefrología del Hospital Príncipe de Asturias el 29 de noviembre de 2005, donde se le realizó una radiografía de tórax de rutina. En dicha radiografía se apreciaron signos de EPOC, con atelectasias laminares en ambas bases pulmonares; en la proyección posteroanterior, se observaron dos imágenes seudonodulares en ambas bases pulmonares, y en la lateral, un nódulo adyacente a la cisura menor. Se recomienda comparar con estudios anteriores o realizar un TAC torácico.

El 27 de diciembre de 2005, menos de un mes después, y a falta de estudios radiológicos previos, se realiza dicho TAC, y se observan en el lóbulo medio del pulmón derecho dos imágenes seudonodulares de 1,5 cms., inespecíficas.

El 19 de enero de 2006 se anota el diagnóstico de enfisema panacinar. El 6 de junio del mismo año se anota “*EPOC probable*”, en estudio “*por varios nódulos pulmonares*”, y que el paciente está en estudio genético por un déficit de alfa-1-antitripsina. Siguiendo el evolutivo de los nefrólogos, se anota el 20/12/06 que el paciente “*se encuentra muy bien*”.

El 29 de junio de 2007, el paciente sigue su estudio de control en neumología, pasando su revisión anual para el seguimiento del nódulo pulmonar; las pruebas respiratorias funcionales son normales.

El 31 de octubre de 2007 es revisado de nuevo por nefrología, sin incidencias.

El 11 de enero de 2008 es revisado por neumología; pautándose su seguimiento para dentro de otros nueve meses.

El 3 de marzo de 2008, los nefrólogos anotan en la historia que el paciente se encuentra “*asintomático*” desde el punto de vista respiratorio.

El 19 de abril de 2008, el TAC torácico detecta que el nódulo del lóbulo medio pulmonar derecho no se ha modificado, y se observa otro de 8 mm de aspecto “*residual*” en el lóbulo inferior del pulmón izquierdo. Se propone revisión para dentro de un año.

El 19 de febrero de 2009 el neumólogo pide un nuevo TAC además de pruebas funcionales respiratorias y niveles de alfa-1-antitripsina. El 22 de marzo de 2009 se anotaron resultados del TAC torácico realizado el 12 de marzo de 2009: el nódulo del lóbulo inferior izquierdo ha crecido y se observa además una imagen compatible con adenopatía subcarinal.

El paciente consulta a su médico de atención primaria a finales de abril de 2009 por molestias centro-torácicas y malestar general, realizándole una radiografía de tórax en la que se observan signos de broncopatía crónica, se revisaron las imágenes del TAC previo realizado en marzo de 2009 y ante

los hallazgos de dicha prueba se remite el 5 de mayo de 2009, urgentemente, a Neumología del Hospital.

El 13 de mayo de 2009 se realizó una broncoscopia con cepillado celular, viéndose células malignas de tipo grande. La biopsia confirma el diagnóstico de carcinoma pulmonar indiferenciado de células grandes. Se remite al paciente a Oncología. Se administra quimio y radioterapia.

En las pruebas de radiología realizadas en junio de 2009 se evidencia un severo empeoramiento respecto al último estudio, con aparición de extensos conglomerados adenopáticos a nivel subcarinal y paratraqueal derecho, que condicionan la disminución del calibre de la tráquea y de ambos bronquios principales, fundamentalmente el izquierdo. La vena cava superior se encuentra englobada por conglomerado adenopático y se aprecia un nódulo especulado en LII que contacta con la aorta torácica descendente y nódulo sólido retroperineal derecho. Ante dichos hallazgos y teniendo en cuenta que el paciente presentaba discreto edema en esclavina se solicita tratamiento complementario con radioterapia.

Finalmente, el paciente fallece el 12 de octubre de 2009.

SEGUNDO.- Por dichos hechos se ha instruido el procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo dispuesto en el artículo 142 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), y por 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.

De conformidad con el artículo 10.1 del precitado reglamento se ha emitido informe del Jefe de Servicio de Neumología del Hospital Príncipe de Asturias, de fecha 10 de agosto de 2010, el cual declara que *“El relato de los hechos descritos en la reclamación previa no se corresponde con la*

historia clínica del enfermo. En el apartado segundo se dice que “en mayo de 2005 se le diagnosticó un nódulo adyacente a la cisura menor recomendando un TAC torácico para su mejor valoración. En los años siguientes se le realiza seguimiento en el que se observa que el nódulo va creciendo hasta el punto de alcanzar los 8 mms en abril de 2008”. Lo que se ve en mayo de 2005 en una Rx tórax es una lesión en el pulmón derecho que en el TAC torácico realizado el 27-12-05 se describe como “dos imágenes pseudonodulares inespecíficas menores de 5 mms en lóbulo medio pulmonar derecho”. No hay entonces lesiones nodulares ni pseudo nodulares en el pulmón izquierdo.

En abril de 2008, en el seguimiento de su enfisema panaccinar por déficit de alfa-1- antitripsina, se realiza un TAC torácico en el que ya no se describen las supuestas lesiones del pulmón derecho detectadas en el año 2005, y si se describe por primera vez una lesión nodular de 8 mm. en el segmento superior del lóbulo inferior pulmonar izquierdo que “impresiona como residual” y no se observan adenopatías mediastínicas.

Este nódulo pulmonar izquierdo de 8 mms detectado en abril-2008 es el que pasa a ser de 24 x 25 mms en marzo-2009 y se acompaña ahora de adenopatía subcarinal. Esta adenopatía infiltra la mucosa traqueal y permite diagnosticar el carcinoma pulmonar por su extensión mediastínica ya que el examen endoscópico del lóbulo pulmonar inferior izquierdo donde asienta el nódulo era normal en la broncofibroscopia realizada en mayo de 2009.

El tipo histológico del tumor diagnosticado al enfermo (indiferenciado de células grandes) es responsable de menos de un 10% de los tumores pulmonares malignos que se presentan como nódulos pulmonares. Es un tumor de gran agresividad y con extensión mediastínica precoz que condicionó en este caso la mala evolución del enfermo que inició de forma inmediata, y no atropellada como figura en el relato de los hechos, el

tratamiento con quimioterapia. Los tumores pulmonares se diagnostican en mas de un 80% de los casos en estadios avanzados y coincidiendo con la presencia de síntomas; desde que el enfermo presentó por primera vez problemas respiratorios por los que acudió al MAP hasta el diagnóstico de cáncer de pulmón en el Hospital transcurrieron menos de dos meses.

La BIBLIOGRAFÍA MEDICA en el manejo de los nódulos pulmonares de 8 mms de diámetros en pacientes no fumadores, de bajo riesgo para carcinoma pulmonar como es el caso de nuestro paciente, recomienda como método de seguimiento la realización de TAC torácicos seriados a practicar entre 6 y 12 meses después del hallazgo y a los 18-24 meses si el tamaño del nódulo no hubiera variado.

En este caso se realizó el TAC torácico a los once meses después del hallazgo del nódulo pulmonar izquierdo. Creo que la concurrencia en este enfermo del antecedente de unos supuestos nódulos derechos descritos en 2005 que desaparecen en un nuevo TAC a los 3 años, la ausencia de síntomas y de factores de riesgo y el que la descripción radiológica del nódulo izquierdo impresionaba como residual, influyeron en la decisión de alargar el plazo del segundo TAC, aún dentro del periodo recomendado por la bibliografía. Por otra parte el que el tipo de tumor diagnosticado fuera el menos frecuente y de mayor agresividad de los que se presentan como nódulos pulmonares influyó en la mala evolución clínica que es poco probable se hubiera modificado si un TAC se hubiera realizado unos meses antes”.

Por último, la Inspección Sanitaria ha emitido informe, de fecha 19 de agosto de 2010, en el que concluye que “(...)”.

Vista la historia clínica, los informes emitidos por el servicio responsable, y la bibliografía aportada, se puede concluir con certeza que en este caso se ha observado estrictamente la lex artis. No hubo dilación ni negligencia. Es interesante detenerse en la discusión del caso que el Dr.

C., neumólogo responsable del “Príncipe de Asturias” realiza a petición del instructor delegado que suscribe; en particular, que las lesiones pulmonares observadas en 2005 estaban el pulmón derecho, y la que devino en cáncer mortal, en el izquierdo. Por lo demás los plazos establecidos aquí para las lesiones del pulmón izquierdo están absolutamente avalados por el conocimiento médico actual y por la bibliografía disponible, aquí aportada.

El reclamante afirma que debió haberse realizado un seguimiento cada seis meses, en vez de cada doce. No aporta documento o testimonio que avale dicha afirmación. La literatura médica establece una “horquilla” entre 6 y 12 meses para el seguimiento de casos como este. Los criterios que determinaron aquí el seguimiento anual fueron clínicos (no historial de riesgo, lesiones contralaterales autorresueltas y otros que figuran en los informes médicos ad hoc recabados al Dr. C.). Dichos criterios son inobjetables.

Por todo lo descrito y considerado, concluyo que salvo superior criterio, no existen dudas razonables en cuanto a la idoneidad del proceso asistencial que se ha seguido aquí”.

Tras la emisión de dichos informes se ha cumplimentado adecuadamente el trámite de audiencia a los reclamantes en fecha 14 de diciembre de 2010, presentando escrito de alegaciones el 29 de diciembre siguiente, en el que expone no estar de acuerdo con el informe de la Inspección Médica y que dada la profesión del paciente, maquinista de tren, el riesgo de padecer cáncer era elevado por lo que las pruebas debieron reiterarse a los tres o seis meses y no a los doce meses.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó propuesta de resolución desestimatoria el 10 de febrero de 2011, la cual fue informada favorablemente por los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 17 de febrero de 2011, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 22 de febrero de 2011, formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VII, presidida por la Excm. Sra. Dña. M^a José Campos Bucé que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 23 marzo de 2011.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos 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), por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros (180.000 euros) y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

Habiendo sido evacuado el dictamen dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC.

SEGUNDA.- Ostentan los reclamante legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la LRJ-PAC.

Debe recordarse que en el caso de fallecimiento el derecho a la indemnización lo es por daños morales, que tiene su sustrato en las relaciones afectivas, familiares, u otras semejantes. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de noviembre de 1999, señala que *“aquella persona ligada a la víctima por vínculos próximos de familia, afectos, relaciones de convivencia real, dependencia económica u otras situaciones de recíproca asistencia y amparo que determinen real y efectivamente perjuicios derivados directamente de la muerte producida”*.

En este caso, los reclamantes son la esposa e hijos del finado, de acuerdo con la copia del Libro de Familia aportado al procedimiento.

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

La reclamación objeto del presente procedimiento administrativo fue presentada con fecha 31 de diciembre de 2009, habiéndose producido el fallecimiento el día 12 octubre de 2009. Por lo tanto, la reclamación se presentó en plazo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de LRJ-PAC. *“El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”*.

TERCERA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de las reclamaciones de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por la Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, se contempla en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, desarrollado en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en

virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJ-PAC, en redacción dada por las Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado reglamento, están sujetos las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como de las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud.

Se han cumplido los requisitos establecidos al efecto en la normativa aplicable, incluido el trámite de audiencia, regulado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP, si bien cabe señalar que se ha superado en exceso el plazo de 6 meses, que para tramitar el expediente se establece en el artículo 13.3 del citado reglamento.

La competencia para resolver los procedimientos sobre responsabilidad patrimonial corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo establecido en el artículo 55.2 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid. La tramitación incumbía antes al Director General del Servicio Madrileño de Salud según el artículo 27.2.h) del Decreto 14/2005, de 27 enero, si bien tales competencias de tramitación han sido atribuidas al Viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.h) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

CUARTA.- Entrando en el análisis de los requisitos de 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 reglamento de desarrollo anteriormente

mencionado, disposiciones que en definitiva vienen a reproducir la normativa prevista en los artículos 121 y 122 de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, y artículo 40 de la Ley del Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. 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 los requisitos de la responsabilidad patrimonial extracontractual de la Administración. Entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de junio (recurso 4429/2004) y de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003), los requisitos en cuestión 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, la calificación de este concepto viene dada no tanto por ser contraria a derecho la conducta del autor como, principalmente, porque la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, cuestión necesitada de ser precisada en cada caso concreto.

3º) 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 ésta exclusividad esencial para apreciar la relación o nexo causal directo o inmediato entre lesión patrimonial y el funcionamiento.

Tampoco cabe olvidar que en relación con dicha responsabilidad patrimonial es doctrina jurisprudencial consolidada la que entiende que la misma es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

QUINTA.- Los reclamantes denuncian en su escrito que como consecuencia de la deficiente asistencia dispensada a su esposo y padre, respectivamente, se le privó de haber sido diagnosticado con anterioridad el cáncer de tumor que padecía, con la consiguiente pérdida de oportunidad.

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, en el sentido de daño antijurídico, 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, las sentencias del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 (recurso nº 8252/2000), y de 23 de febrero de 2009 (Recurso nº 7840/2004) 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 y 38, apartado 1, letra a), del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social] 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”*.

Esta misma Sala Tercera del Tribunal Supremo, en sentencia de 19 de julio de 2004 (recurso nº 3354/2000), 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”*.

Señalan las sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (Recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (Recurso nº 7915/2003) 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”*. Resulta ello relevante por

cuanto el carácter objetivo de 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 solo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

Habiendo sido acreditado el fallecimiento del paciente resulta necesario examinar si concurre el requisito del nexo causal entre la actuación administrativa y el daño por el que se reclama indemnización a fin de que sea efectiva la responsabilidad objetiva de la Administración.

Conforme a reiterada jurisprudencia, la acreditación de que existió una mala praxis médica corresponde a los reclamantes –artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil–, salvo la concurrencia de la fuerza mayor o la existencia de dolo o negligencia de la víctima que corresponde probar a la Administración. Asimismo, la doctrina jurisprudencial ha admitido 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 2.007 (Recurso nº 9309/03) y 7 de julio de 2.008 (Recurso nº 3800/04).

De acuerdo con dicha jurisprudencia, a pesar de que los reclamantes no han aportado elemento probatorio alguno que permita sustentar su reclamación, resulta de aplicación el principio de la *“facilidad de la prueba”*, 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 el reclamante, el deber de dar una explicación razonable de lo sucedido. Podemos reproducir por su claridad la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Tercera, Sección 6ª) de 27 de junio de 2008, que se pronuncia en los siguientes términos: “(...)

Es verdad que la carga de la prueba pesa sobre quien formula la pretensión indemnizatoria; pero es igualmente claro que en un caso como éste, con todos los indicios mencionados, la Administración no ha sido capaz de ofrecer una explicación satisfactoria de lo sucedido”.

Trayendo estas consideraciones al caso sometido a dictamen, llegamos a la conclusión de que, por parte de la Administración sanitaria, no se ha realizado una explicación cumplida de lo sucedido en relación con la falta de comunicación de la prueba radiológica realizada en marzo de 2009 en la que ya se evidenciaba claramente la existencia de un cáncer, de la que el paciente tiene conocimiento porque acude el 30 de abril de 2009 a su médico de atención primaria, el cual revisando sus datos y las pruebas realizadas le informa del resultado del TAC torácico realizado el 12 de marzo anterior.

Ni el informe del Servicio de Neumología ni el informe de la Inspección se refieren a dicho suceso más que con términos descriptivos, razón por la cual se aplica la doctrina jurisprudencial de la inversión de la carga de la prueba y se entiende acreditado el deficiente funcionamiento del servicio sanitario.

Por el contrario, no se comparte la argumentación deducida por los reclamantes sobre la falta de seguimiento adecuado del paciente al no haberse realizado pruebas de seguimiento desde abril de 2008, en que se le detectó un nódulo de 8mm en el pulmón izquierdo hasta marzo de 2009 en el que la existencia del cáncer resulta clara y manifiesta. Como señala el informe del Servicio de Neumología, y reitera la Inspección Médica, *“el manejo de los nódulos de 8 mm de diámetro en pacientes no fumadores, de bajo riesgo para carcinoma pulmonar como es el caso de nuestro paciente, recomienda como método de seguimiento la realización de TAC torácicos seriados a practicar entre 6 y 12 meses después del hallazgo y a los 18-24 meses si el tamaño del nódulo no hubiera variado”*. En el caso sometido a

dictamen el TAC se realizó a los once meses del hallazgo, justificando el jefe del Servicio de Neumología *“que la concurrencia en este enfermo del antecedente de unos supuestos nódulos derechos descritos en 2005 que desaparecen en un nuevo TAC a los 3 años, la ausencia de síntomas y de factores de riesgo y el que la descripción radiológica del nódulo izquierdo impresionaba como residual, influyeron en la decisión de alargar el plazo del segundo TAC, aún dentro del periodo recomendado por la bibliografía”*.

Ello no obstante, si se aprecia una deficiente asistencia sanitaria en la falta de comunicación de los resultados del TAC torácico realizado en marzo de 2009, de cuyos resultados se enteró el paciente por acudir voluntariamente al médico de atención primaria un mes y medio más tarde.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2010 (recurso de casación nº 5927/2007) resume la doctrina señalando que *“en la jurisprudencia de esta Sala, la pérdida de oportunidad se define –entre otras, en Sentencia de 7 de julio de 2008 (recurso de casación núm. 4776/2004) 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”*.

En cuanto a los presupuestos para la aplicación de esta doctrina, el Tribunal Supremo, así en la Sentencia de 13 de julio de 2005 (RJ 2005\9611), como en la más reciente de 12 de julio de 2007 (RJ 2007\4993), expresa que *“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”.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial fijada, con la omisión por la Administración de la pronta comunicación de los resultados de las pruebas diagnósticas se privó al paciente de la oportunidad de obtener un tratamiento en las mejores condiciones posibles y, consecuentemente, se le perjudicó en cuanto a sus expectativas vitales, por más que se desconozca cuales hubieran sido éstas en el caso de ser diagnosticado un mes y medio antes.

SEXTA.-Sentado lo anterior, procede por exigencias de lo dispuesto en el artículo 12 del RD 429/1993, emitir dictamen sobre la concreta valoración de los daños solicitados.

Los reclamantes solicitan ser indemnizados en una cantidad de 180.000 euros, sin dar explicación alguna de dicho montante.

El concepto de la pérdida de oportunidad no se contempla por la jurisprudencia como un elemento moderador de la indemnización, pues, al amparo del mismo, se otorga una determinada suma *“con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales del tratamiento”* (vid. Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, Sección 6ª, de 12 de julio de 2007 (RJ 2007/4993)). Es decir, que la cantidad que se reconoce en concepto de indemnización por pérdida de oportunidad, se concede independientemente de que no se haya podido demostrar la incidencia que dicha pérdida de la ocasión haya tenido sobre el desarrollo posterior de la enfermedad.

Resulta aplicable al presente supuesto la argumentación vertida por el Tribunal Supremo en el fundamento de derecho séptimo de la Sentencia de 12 de julio de 2007, anteriormente citada, en la que se señala:

“Al no diagnosticarse en forma, por esa mala praxis médica, la crisis que sufría el marido de la recurrente, remitiéndole a su domicilio sin un tratamiento adecuado, con independencia de cuáles hubiesen sido los resultados finales de ese tratamiento, se le generó la pérdida de la oportunidad de recibir una terapia acorde a su verdadera dolencia y por tanto se ocasionó un daño indemnizable, que no es el fallecimiento que finalmente se produjo y respecto al cual es imposible médicamente saber como dice el informe de la médico forense, si hubiese podido evitarse, sino esa pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado”.

Debe ser indemnizada la actuación incorrecta de la Administración sanitaria de no comunicar en forma los datos de una prueba radiológica que evidenciaban la existencia de un cáncer. Ello sin perjuicio de que los reclamantes no han justificado que un diagnóstico más precoz hubiera podido evitar el fatal desenlace.

En suma, corresponde fijar una indemnización no por los daños físicos que padece sino por la pérdida de oportunidad de haber sido tratado adecuadamente. A este respecto resulta relevante que en las pruebas de radiología realizadas en junio de 2009 se evidencia un severo empeoramiento respecto al último estudio, con aparición de extensos conglomerados adenopáticos a nivel subcarinal y paratraqueal derecho, que condicionan la disminución del calibre de la tráquea y de ambos bronquios principales, fundamentalmente el izquierdo. Ante dicho empeoramiento se instauró un tratamiento de radioterapia pese a lo cual falleció el 12 de octubre de 2009.

Para cuantificar el importe de la pérdida de oportunidad y de acuerdo con la jurisprudencia debe realizarse una apreciación racional aunque no

matemática (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990 (RJ 1990/154) y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 11 de noviembre de 2008 (JUR 2008/831)), ponderándose todas las circunstancias concurrentes en el caso.

Por ello, en atención a la edad del finado (63 años) y de los reclamantes (esposa y cuatro hijos mayores de 30 años), y ante la falta de justificación de los efectos que el retraso en la comunicación del resultado del TAC produjo en el paciente, procede reconocer una indemnización, por todos los conceptos, de 6.000 euros.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por la supuesta deficiente asistencia sanitaria dispensada por los servicios sanitarios debe ser estimada y procede reconocer una indemnización, por todos los conceptos, de 6.000 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.

Madrid, 23 de marzo de 2011