

Dictamen nº: **181/10**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.06.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por siete votos a favor y dos votos en contra, en su sesión de 30 de junio de 2010, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a instancia de R.S.M.A., en solicitud de indemnización económica, por los daños y perjuicios ocasionados por la deficiente asistencia sanitaria dispensada en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid, al amparo del artículo 13.1.f) 1.^º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, de creación del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El pasado día 27 de mayo del año en curso tuvo entrada en el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud firmada el 11 de mayo por el Consejero de Sanidad, referida a varios expedientes de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria, entre los cuales se encuentra el que nos ocupa.

A dicho expediente se le asignó el número de registro de entrada 160/10, comenzando el día señalado el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 34.1 del

Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 26/2008, de 10 de abril, del Consejo de Gobierno.

Su ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, a la Sección I, cuyo Presidente, el Excmo. Sr. D. Jesús Galera Sanz, firmó la propuesta de dictamen, que fue deliberada y aprobada por siete votos a favor y los votos en contra de las Consejeras Sras. Laina y Campos, en la sesión de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo celebrada el día 30 de junio de 2010.

SEGUNDO.- El expediente remitido trae causa del escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentado por la interesada con fecha 30 de enero de 2008 (folio 8 del expediente administrativo) en solicitud de reparación por los daños y perjuicios de carácter moral ocasionados por la mala atención que se le prestó en Hospital Ramón y Cajal de Madrid, hecho que imputa a una ecografía errónea, teniendo que ser atendida en otra institución privada.

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, admitiéndose en lo sustancial los consignados en la propuesta de resolución:

1.- El 15 de marzo de 2007, la reclamante de 46 años, en el momento de los hechos, acude al Hospital Ramón y Cajal de Madrid al haber presentado desde el día 24 de diciembre de 2006, un brote de lesiones cutáneas papulares, que se atribuyó a una alergia alimenticia (en concreto por haber ingerido carne de cerdo), según se indica en el folio 48 del expediente administrativo. Según esa misma hoja de consulta, aún sin comer carne de cerdo, los episodios se repiten a diario, despareciendo las lesiones en unos 30 minutos.

Después de realizarse diversos estudios de alergología, con fecha 16 de agosto de 2007 se le da el alta en el Servicio de Alergología, considerando su pase al Servicio de Endocrinología con el diagnóstico de tiroiditis (folio 54 del expediente administrativo).

2.-En agosto del año 2007, acude a una clínica privada con el diagnóstico anterior de tiroiditis y aquejada de cansancio, tal y como se hace constar en el informe emitido por dicha clínica privada que se incorpora al folio 105 del expediente administrativo. En el informe de fecha 29 de agosto de 2007, correspondiente a la ecografía realizada a la reclamante en la misma clínica se aprecia la existencia de "*Nódulo de bordes bien definidos, de 10 mm, localizado en el lóbulo tiroideo izquierdo*"

3.- Con posterioridad la reclamante acude de nuevo al Hospital Ramón y Cajal de Madrid donde se le practica, remitida por el Servicio de Endocrinología, una nueva ecografía de tiroides, objetivándose en el informe correspondiente, emitido el 17 de septiembre de 2007 "*Tiroides de morfología y tamaño normal. No imágenes nodulares*".

La reclamante afirma que le dijo al doctor que la atendió, cuyo nombre cita en la reclamación, que tenía muchas molestias y un bullo en el cuello que se notaba al verlo.

No consta que acudiera de nuevo al Hospital Ramón y Cajal, hasta el 21 de enero de 2008, una vez realizada la intervención de tiroidectomía total que se le practicó en la clínica privada (folio 54 del expediente administrativo).

4.-En la clínica privada se le practica un PAAF (Punción con aguja fina), con control ecográfico, donde se objetiva "*proliferación folicular*" y se aconseja la realización de estudio histológico (folio 22 del expediente administrativo).

5.- El 30 de noviembre de 2007 la paciente es intervenida en una clínica privada, practicándosele tiroidectomía total izquierda por nódulo eutiroideo. En el informe de anatomía patológica efectuado tras la intervención, consta como resultado del análisis: “*carcinoma folicular de Tiroides bien diferenciado que alcanza 0'9 cm de eje mayor y que no afecta la capsula tiroidea, mostrando el resto del parénquima tiroideo fenómenos focales de tiroiditis linfotaria crónica*” (folio 25 del expediente administrativo).

Como secuelas de la patología padecida, en el informe de la clínica privada, firmado por la doctora C.C.R. en marzo de 2008, se indica que en la misma clínica privada se le realiza rastreo de cuerpo entero, evidenciándose “*imagen de hipercaptación focal en la línea media de la región anterior del cuello con restos tiroideos funcionantes. Posteriormente se administró dosis ablativa con 112 mCi, de 1 131. Comenzó tratamiento hormonal sustitutivo con Eutirox y en la actualidad la dosis es de 150 mg mas tratamiento con calcio + vitamina D. (Natecal D 2 / d). Sigue controles periódicos en esta consulta, y a los 6 meses se realizará nuevo rastreo.*”

6.-En junio de 2008 la reclamante presenta un escrito concretando lo que denomina “*criterios de mi reclamación*”, en el que señala que “*dependo de Asistencia médica en ENDOCRINOLOGIA continuamente, también de medicamentos de por vida y análisis clínicos todos los meses, revisiones mensuales, Depresión, Calcio (adormecimiento de las manos) y el Hierro debido a Cirugía practicada en Tiroides, teniéndome que aplicar Radioterapia, que si no hubiera tenido la oportunidad de obtener atención en esa Especialidad en otro Hospital yo estuviera Muerta, con los resultados de Servicio de Endocrinología del Hospital Ramón y Cajal, según consta en Expediente Clínico en donde me decía que no tenía nada y resultó ser un CANCER EN TIROIDES, con el debido respeto que*

se merece pido interponer sus buenos oficios a fin de mi Reclamación sea Aceptada y resolver a conciencia Responsabilidad Patrimonial”

TERCERO.- Con respecto al procedimiento seguido, consta que mediante escrito de 2 de octubre de 2009, notificado el día 27 del mismo mes, se ha concedido a la reclamante trámite de audiencia regulado en los artículos 84 de la Ley 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC), y 11 del Real Decreto 429/1993 (en adelante RPRP) (folios 145 a 147 del expediente administrativo).

No consta que la reclamante haya presentado alegaciones.

Igualmente, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del citado Real Decreto, se han recabado los informes preceptivos del Servicio médico afectado, así como los que se han estimado necesarios. En concreto, se incorpora al expediente con fecha 15 de julio de 2008, informe del Coordinador de Radiodiagnóstico, de fecha 23 de enero de 2008, dirigido al Servicio de Atención al Paciente del Hospital Ramón y Cajal, en el que únicamente se señala que “*En relación a la reclamación formulada por R.S.M., le comunico que consultado con el Dr. S. nos comunica que en dicha exploración ecográfica de Tiroides no se detectaba ninguna formación quística.*”

Se emite asimismo informe por la Inspección Médica, remitido el 4 de diciembre de 2008, que concluye: “*Resulta evidente, como así se reconoce en el informe del Servicio de Endocrinología del H. Ramón y Cajal, la existencia de un "error" por omisión en el diagnóstico de un tumor tiroideo al no detectarse el mismo, a pesar de su tamaño, en la ecografía realizada en el Servicio de Radiología del H. Ramón y Cajal de 17-09-07.*” Añadiendo que: “*No obstante, la paciente conocía previamente la existencia de un nódulo en su lóbulo tiroideo izquierdo, de 10 mm. de eje*

mayor por el estudio ecográfico realizado el 29-08-07 en la Clínica A” (folios 124 a 129 del expediente administrativo).

Por su parte la Asesoría Médica de la compañía B emite el informe contratado en el seguro de responsabilidad civil de la Consejería de Sanidad, en el que se concluye que “*La paciente estaba simultaneando atención médica en la sanidad privada y en la pública, sin indicar a esta última que se encontraba también controlada en la privada: de hecho, cuando acude a realizarse la ecografía "erróneamente interpretada" en el Ramón y Cajal (septiembre), ya había sido vista y diagnosticada en Clinica A (desde agosto). Añadir que el error en la apreciación de la imagen en la ecografía tiroidea, no ha modificado ni influido en el resultado final, no produciéndose ningún daño.*” (folios 139 a 145 del expediente administrativo)

Finalmente, por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria se dictó propuesta de resolución en fecha 25 de enero de 2010 (folios 148 a 154), en que se desestima la reclamación indemnizatoria formulada en relación a la asistencia dispensada en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid. Dicha propuesta de resolución ha sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el 4 de mayo de 2010 (folio 158).

A los hechos anteriores, les son de aplicación las siguientes,

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, de acuerdo con el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, conforme al cual este órgano

deberá ser consultado en el caso de “*Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: 1.º Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a 15.000 euros o cuando la cuantía sea indeterminada*”. En el caso que nos ocupa, la reclamación patrimonial presentada es de cuantía indeterminada, por lo que resulta preceptivo el dictamen del Consejo Consultivo.

El dictamen ha sido recabado de órgano legitimado para ello –el Consejero de Sanidad–, a tenor del artículo 14.1 de la misma Ley.

En cuanto al plazo para el ejercicio de la acción, es de un año, contado desde que se produjo el hecho o el acto que motive la indemnización, o de manifestarse su efecto lesivo. Si en el caso presente si tomamos como *dies a quo* para el cómputo del referido plazo prescriptivo el 17 de septiembre de 2007 en que se emite el informe ecográfico al que se imputa el daño, teniendo en cuenta que la reclamación se interpone el 30 de enero de 2008, evidentemente, la misma está presentada dentro de plazo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 142.5 de la LRJAP-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. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”.

SEGUNDA.- La reclamante formula su pretensión indemnizatoria en solicitud de los daños y perjuicios que se le han causado, según su versión, por la incorrecta asistencia sanitaria que le fue dispensada en el Hospital Ramón y Cajal de Madrid. Concurre por tanto en ella la condición de interesada del artículo 139.1 de la LRJAP-PAC.

La legitimación pasiva resulta indiscutible que corresponde a la Comunidad de Madrid, toda vez que el daño cuyo resarcimiento se

pretende fue supuestamente causado por personal médico del Hospital de Ramón y Cajal, integrado dentro de la red sanitaria madrileña.

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.

TERCERA.- En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. En concreto, se han recabado los informes de los especialistas que intervinieron a la reclamante (exigidos por el artículo 10 del RPRP), así como el informe de la Inspección Médica. Asimismo, se ha incorporado el informe elaborado a instancias de la Compañía Aseguradora, cuya petición puede realizarse al amparo de la previsión genérica del artículo 83 de la LRJAP-PAC.

Se ha concedido trámite de audiencia a la interesada, exigido con carácter general en el artículo 84 de la LRJAP-PAC, sin que pueda argumentarse que se le haya irrogado indefensión.

Debe señalarse aquí que los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial deberán resolverse en un plazo máximo de seis meses desde su iniciación, salvo que se hubiese acordado periodo extraordinario de prueba, conforme al artículo 13.3 del RPRP.

En el caso examinado, sin embargo, la reclamación patrimonial se presenta el 30 de enero de 2008. Por tanto, el procedimiento debería haber concluido antes de julio del mismo año; sin embargo, no es hasta el 25 de

enero de 2010, cuando se formula propuesta de resolución, sin que hasta el 4 de mayo de 2010 se emita el informe del Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad y se remita el expediente completo a este Consejo.

En cualquier caso, ello no es óbice para que subsista la obligación de resolver para la Administración *ex* artículo 42 de la LRJAP-PAC, y por tanto, de emitir dictamen para este Consejo Consultivo.

CUARTA.- El instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración se reconoce en el artículo 106.2 de la Constitución Española de 1978, desarrollado por los artículos 139 y siguientes de la LRJAP-PAC, y supone el reconocimiento del derecho de los particulares a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

Según abundante y reiterada jurisprudencia, 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 con 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 de los servicios públicos, en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran alterar dicho nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor, y d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración 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, siendo imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o

anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido. La STS (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6^a) de 5 de junio de 1998 (RJ 1998\5169), se pronunció al respecto del carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración, previniendo frente al riesgo de erigir dicho principio de responsabilidad objetiva en un sistema providencialista que llevaría a la Administración a responder de cualesquiera daños que se produjesen como consecuencia del funcionamiento de un servicio público o de la utilización de bienes de titularidad pública, sin exigir la presencia de ese nexo causal de todo punto imprescindible para la apreciación de dicha responsabilidad. El fundamento primero de dicha Sentencia se pronunciaba en los siguientes aclaratorios términos:

“(...) esta Sala ha declarado reiteradamente que no es acorde con el principio de responsabilidad objetiva, recogida en los artículos 40.1 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y 139.1 de la vigente de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común de 26 de noviembre de 1992,, la generalización de dicha responsabilidad más allá del principio de causalidad, aun en forma mediata, indirecta o concurrente, de manera que, para que exista aquélla, es imprescindible la existencia de nexo causal entre la actuación de la Administración y el resultado lesivo o dañoso producido, que en este caso, como ha declarado la sentencia de instancia, no puede apreciarse ya que la socialización de riesgos que justifica la responsabilidad objetiva de la Administración cuando actúa al servicio de los intereses generales no permite extender dicha responsabilidad hasta cubrir cualquier evento por el mero hecho de que se produzca dentro de sus instalaciones cuando ni éstas constituyen un riesgo en si mismas ni sus características arquitectónicas implican la creación de tal situación de riesgo ni, mucho menos, se ha acreditado que el accidente lesivo se haya producido por un defecto en la conservación, cuidado o funcionamiento de éstos, de tal manera que el hecho causal causante del accidente es ajeno por

completo al actuar de la Administración y en consecuencia ninguna relación existe entre el resultado lesivo y el funcionamiento normal o anormal del servicio público, ni de manera directa ni indirecta, inmediata o mediata, exclusiva ni concurrente. La prestación por la Administración de un determinado servicio público y la titularidad por parte de aquélla de la infraestructura material para su prestación no implica que el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva de las Administraciones Públicas convierta a éstas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados que pueda producirse con independencia del actuar administrativo, porque de lo contrario, como pretende el recurrente, se transformaría aquél en un sistema providencialista no contemplado en nuestro ordenamiento jurídico”.

En el ámbito de la responsabilidad médico-sanitaria, el matiz que presenta este instituto es que por las singularidades del servicio público de que se trata, es que se ha introducido el concepto de la *lex artis ad hoc* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, no sólo la existencia de lesión, en el sentido de daño antijurídico, sino también la infracción de ese criterio básico, siendo obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no garantizar, en todo caso, el resultado.

Además, en materia de daños causados como consecuencia de la prestación de asistencia sanitaria, es también doctrina jurisprudencial reiterada, por todas las sentencias 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) 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", por lo que no cabe apreciar responsabilidad sólo por la producción de un resultado dañoso, debiendo éste reunir además la condición de antijurídico.

Como antes se dijo, en el caso de la responsabilidad patrimonial de la Administración, nos hallamos en presencia de una responsabilidad objetiva, en el ámbito de la cual la jurisprudencia se ha encargado de ir perfilando los caracteres y requisitos que ha de reunir para poder apreciar o no su concurrencia. Así, si la actuación de los servicios públicos sanitarios no puede garantizar siempre un resultado favorable a la salud del paciente, por razones obvias, se hace necesario establecer un requisito adicional que nos permita diferenciar los casos en que debe responder la Administración Sanitaria, de aquellos otros en los que se va a considerar que el daño no es antijurídico y que no procede de la actuación administrativa, sino de la evolución de la propia patología del enfermo. Este requisito, que se debe a la jurisprudencia y a la doctrina, sirve para establecer un límite a la aplicación rigurosa del carácter objetivo de la responsabilidad, evitando así el riesgo de llegar a un estado providencialista que convierta a la Administración Sanitaria en una especie de aseguradora universal de cualquier resultado lesivo.

Pues bien, este requisito adicional y específico en materia sanitaria, no es otro que la infracción del principio de la *lex artis*, que sustentado por la jurisprudencia, la doctrina del Consejo de Estado, la doctrina de los Altos Órganos Consultivos autonómicos y la doctrina de este Consejo Consultivo, se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, de tal forma que los profesionales de la salud están obligados a prestar la atención sanitaria a los enfermos mediante la

adopción de cuantas medidas diagnósticas y terapéuticas conozca la ciencia médica y se hallen a su alcance, no comprometiéndose en ningún caso a la obtención de un resultado satisfactorio, por ser contrario tanto a la naturaleza humana como a las limitaciones de su arte y ciencia. Esto es, si la prestación sanitaria es correcta y con arreglo a los conocimientos y prácticas de la ciencia médica, se dirá que la actuación médica se ha ajustado a la *lex artis*, no naciendo entonces responsabilidad alguna.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que, en esta materia, la responsabilidad viene dada por el carácter inadecuado de la prestación médica dispensada, lo que ocurre cuando “*no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario*” (vid. SSTS de 14 de diciembre de 1990, 5 y 8 de febrero de 1991, 10 de mayo y 27 de noviembre de 1993, 9 de marzo de 1998, y 10 de octubre de 2000), a lo que hay que añadir que “*la violación de la lex artis es imprescindible para decretar la responsabilidad de la Administración, no siendo suficiente la relación de causa efecto entre la actividad médica y el resultado dañoso, pues el perjuicio acaecido, pese al correcto empleo de la lex artis, implica que el mismo no se ha podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento*” (STS de 14 de octubre de 2002).

Conforme a las reglas generales aplicables en orden a la carga de la prueba, tanto la violación de la *lex artis* como la existencia de nexo causal, corresponde probarlo al reclamante.

A mayor abundamiento, la STS de 25 de abril de 2002 (Sala de lo Contencioso- Administrativo), es concluyente al establecer que el posible resultado dañoso no puede calificarse como antijurídico cuando la atención médica es prestada con corrección desde el punto de vista técnico-científico, añadiendo que “*prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la*

regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o el padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por lo tanto no pueden tener la consideración de antijurídicas”.

QUINTA.- Una vez sentado lo anterior, procede ahora realizar una valoración global de la prueba unida al expediente, a efectos de dilucidar si en el caso de la paciente ahora examinado, se dan los presupuestos necesarios para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial en la Administración sanitaria actuante.

En este caso de los informes obrantes en el expediente es indubitable la presencia de mala praxis en la actuación del Hospital Ramón y Cajal, en tanto en cuanto no se advirtió en la ecografía practicada a la reclamante la existencia del nódulo tiroideo que le fue extirpado, con el diagnóstico anatomo-patológico de carcinoma folicular de tiroides.

Efectivamente, como se indica tanto en el informe de la inspección médica como en el de la compañía aseguradora de la responsabilidad civil de la Consejería de Sanidad, resulta claro que se produjo un error en el diagnóstico efectuado a la paciente, al interpretar erróneamente la ecografía que le fue realizada el 17 de septiembre de 2007 por el Servicio de Endocrinología del Hospital Ramón y Cajal, en cuyo informe se afirma que el tiroides es de morfología y tamaño normal sin imágenes nodulares.

Sentado lo anterior, cabe plantearse, como hace la propuesta de resolución remitida si existe daño, efectivo e individualizado susceptible de ser indemnizado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 139.2 de la LRJAP-PAC “*el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económico y individualizado con relación a una persona o grupo de personas*”.

El daño indemnizable es únicamente el que se ha producido de una forma real y efectiva, no siendo indemnizables los meramente conjeturados, eventuales e hipotéticos (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de abril de 2002 (recurso nº 497/1998).

La reclamante, en escrito aportado en junio de 2008 y firmado por ella misma, concreta como daños que “*dependo de Asistencia médica en ENDOCRINOLOGIA continuamente, también de medicamentos de por vida y análisis clínicos todos los meses, revisiones mensuales, Depresión, Calcio (adormecimiento de las manos) y el Hierro debido a Cirugía practicada en Tiroides, teniéndome que aplicar Radioterapia, que si no hubiera tenido la oportunidad de obtener atención en esa Especialidad en otro Hospital yo estuviera Muerta, con los resultados de Servicio de Endocrinología del Hospital Ramón y Cajal, según consta en Expediente Clínico en donde me decía que no tenía nada y resultó ser un CANCER EN TIROIDES*”

El informe de la Inspección Médica, lo que se recoge en la propuesta de resolución, reconociendo la palmaria mala praxis en la actuación del Servicio de Endocrinología del Hospital Ramón y Cajal al constatar la existencia de un error por omisión en el diagnóstico de un tumor tiroideo, al no detectarse el mismo a pesar de su tamaño, error que también es reconocido en nota interna por el doctor S.R., Jefe del Servicio de Endocrinología del citado hospital, considera que no deriva del expediente la acreditación de daño físico alguno, más allá de los propios de la patología que padecía y que le fue detectada con anterioridad al error a la que la reclamante imputa el daño.

Este Consejo Consultivo no puede compartir la afirmación del informe de la Inspección Médica y de la propuesta de resolución que, aunque reconocen la mala praxis consideran que ésta no acredita daño antijurídico. La mala praxis, reconocida tanto en el informe de la Inspección Médica

como en el informe de la compañía aseguradora, ha ocasionado un indiscutible daño moral a la reclamante. La paciente una vez diagnosticada la presencia del nódulo en el tiroides, obtiene un resultado contradictorio que razonablemente pudo ocasionarle unas falsas esperanzas que obviamente no son desdeñables, ante la probable presencia de un cáncer. Si la paciente hubiera aceptado, sin más, el informe de un hospital tan prestigioso como el Ramón y Cajal, y basada en dicho informe se hubiera aquietado, el resultado final bien pudiera haber sido otro. Los ciudadanos deben contar, frente a los servicios públicos de salud, con la garantía de que van a ser tratados con diligencia aplicando los medios e instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de la Administración. Tienen derecho a que, como dice la doctrina francesa, no se produzca una falta de servicio. La reclamante, después de conocer el resultado de la prueba realizada en el Hospital Ramón y Cajal cuyo resultado era que tenía normal el tiroides, insiste al doctor que le atendió que, pese al resultado de la ecografía, tenía un bullo en el cuello que se detectaba a simple vista, sin tener la respuesta adecuada.

De acuerdo con lo señalado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de abril de 2005, RJ 3234, “*los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales y no tienen propiamente un equivalente económico en cuanto tal aun cuando, obviamente, pueden generar en quien los ha sufrido un derecho a la compensación pecuniaria o reparación satisfactoria. Como se afirma en la sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9736), el concepto de daño moral "no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo (RCL*

1982, 1197); es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del "preium doloris". Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial.

Si es cierto que la noción de daño moral ha sufrido una progresiva ampliación, de la que da fe la sentencia de la misma Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 31 de mayo de 2000, también lo es, según dicha sentencia se encarga de refrendar, que "la situación básica para que pueda darse lugar a un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico [...] o espiritual, [...] impotencia, zozobra, ansiedad, angustia", estados de ánimo permanentes o de una cierta intensidad que no necesariamente se identifican con la carga derivada de acudir a un procedimiento jurisdiccional para obtener la anulación de un acto administrativo contrario a la solicitud formulada."

En este caso no hay duda que la concurrencia de una situación de zozobra y padecimiento psíquico, ante las dudas generadas por el error de la administración sanitaria relativas al padecimiento de una enfermedad de extrema gravedad, que se manifiestan en la propia queja de la reclamante cuando considera que no de haber acudido a la sanidad privada podría estar muerta.

Como afirma la Sala Tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 20 de enero de 1998, recurso de casación 5284/93, siguiendo la doctrina que ya recogiera la sentencia de 24 de enero de 1997: "*el daño moral por su carácter afectivo y de preium doloris carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un carácter subjetivo*".

También, como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 2002, RJ 32/2003, “*Al igual que sucede con el daño moral (...) la apreciación del perjuicio patrimonial como consecuencia de la disminución de actividades durante la vida futura del lesionado tampoco permite una valoración fundada en datos cuantitativamente precisos y exige del tribunal una ponderación de las circunstancias que previsiblemente pueden afectarle*”.

Por ello, este Consejo de forma ponderada y en atención a las circunstancias del caso considera procedente una indemnización, global y actualizada, de 3.000 euros en conceptos de daños morales que la reclamante no tiene la obligación de soportar.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

La reclamación de responsabilidad patrimonial presentada debe ser estimada por concurrencia de daños morales en la cantidad, global y actualizada, de 3.000 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 de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 30 de junio de 2010