

Dictamen n.º: **345/13**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **30.07.13**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, aprobado por unanimidad, en su sesión de 30 de julio de 2013, 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 P.M.G., sobre daños y perjuicios derivados del retraso y consiguiente tratamiento de carcinoma rectal en los hospitales universitarios Infanta Sofía y La Paz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 2 de diciembre de 2011 se presentó a través de los servicios postales, solicitud de indemnización económica formulada por la reclamante, en la que ponía de manifiesto que, el 19 de enero de 2009, había acudido, remitida por su médico de Atención Primaria, al Servicio de Digestivo del Hospital Infanta Sofía, al presentar un cuadro de dispepsia con trastornos digestivos y dolor, con presencia ocasional de sangre roja tras la deposición. Esta sintomatología -refleja la reclamante- la padecía cada tres o cuatro meses, y tenía una duración en cada una de esas fases de uno a dos meses, lo que le impedía desarrollar una vida normal.

Los facultativos, considerando que la paciente había padecido cuatro años antes (en 2005) una gastritis crónica bacteriana por *helicobacter pylori*, detectada mediante test de aliento, consideraron que tal vez no se

había erradicado bien la bacteria, procediendo a solicitar nuevo test de aliento. Además, al dar el alta, le prescribieron omeprazol y flatoril.

Sigue reseñando la reclamación que, el 22 de julio de 2009, esto es, siete meses después de ser solicitado, se practicó el nuevo test de aliento, que ofreció resultado negativo, por lo que se le dio el alta con prescripción de omeprazol y VSL3.1, a ingerir durante un mes.

El 2 de octubre de 2009 fue remitida de nuevo por su médico de Atención Primaria al hospital, al presentar dolor abdominal en mesogastrio tipo retortijón y fuerte dolor anal con coágulo de sangre y moco malolientes. Esta vez, le fue indicada la realización de analítica y colonoscopia, y se le prescribió tratamiento mediante Synalar rectal después de cada deposición.

El 16 de febrero de 2010, es decir, a los cuatro meses de ser solicitadas, se le realizaron las pruebas de referencia. El resultado de la colonoscopia no le fue facilitado hasta el 5 de marzo de 2010, y permitió objetivar neoformación rectal y adenocarcinoma de intestino grueso. A su vez, la RMN pélvica sirvió para detectar neoplasia de cara anterior del recto distal a 4 cm del orificio anal externo. Precisamente, por esta posición del tumor, entiende que en enero de 2009 hubiera bastado un simple tacto rectal, sin necesidad de realizar una ecografía endoanal, para permitir su detección.

Después -continúa refiriendo la reclamación- se remitió a la reclamante al Hospital Universitario La Paz con vistas a la realización de las pruebas preoperatorias y por fin, el 5 de abril de 2010, fue intervenida quirúrgicamente y se le practicó resección anterior ultra baja laparoscópica asistida de ileostomía de protección y anastomosis mecánica.

Dos días después de la intervención -señala- comenzó a presentar febrícula, adormecimiento e impotencia funcional de miembro inferior

izquierdo, parestesias, náuseas y vómitos biliares, sangrado oscuro a nivel vaginal y dolor, además de ileostomía no funcionante y estoma con prolapso. De modo urgente, se le hubo de intervenir el 11 de abril por obstrucción intestinal.

Fue dada de alta hospitalaria el 16 de abril de 2010, con tratamiento de quimioterapia hasta el comienzo de tratamiento con radioterapia. Advierte que, a diferencia de lo ocurrido mediante la firma del documento de consentimiento informado con respecto a la quimioterapia, en cuanto a la radioterapia, no fue informada en el Hospital Universitario La Paz de los riesgos que conllevaba el tratamiento, ni de la posibilidad que existía de radiar zonas que podrían ocasionar problemas de fertilidad.

Destaca en este punto que, si la radiación no se hubiera practicado en la zona pélvica, no se hubieran producido incidencias en cuanto a su fertilidad, y que, aun radiando esa zona, si se hubieran subido los ovarios durante la intervención, éstos no habrían sufrido radiación alguna. Objeta en consecuencia que no se tuviera en cuenta que estaba en edad fértil ni se le inquiriera sobre su intención de tener hijos en el futuro.

Considera la reclamante que, de haberse diagnosticado a su debido tiempo la dolencia que padecía, y pautarse de inicio un tratamiento adecuado, se habría controlado el desarrollo del carcinoma rectal, y no hubiera sido necesario someterse a dos intervenciones quirúrgicas, ni a las sesiones de quimioterapia y radioterapia.

A su decir, la demora en la realización de las pruebas ha tenido las siguientes consecuencias: fuertes dolores no aliviados salvo por el omeprazol; necesidad de tener que someterse a dos intervenciones quirúrgicas y a tratamiento de quimio y radioterapia; tener que llevar una ileostomía durante meses para la reconstrucción del tránsito intestinal; soportar una reparación de eventración periestomal por presentar una hernia que aumentaba durante el día; braquialgia post vía central

subclavia derecha con dolor inicial en axial, irradiada a meñique derecho extendida al brazo región cubital, axila y región de omoplato derecho, con importante pérdida de calidad de vida; neuropatía sensitiva prácticamente durante un mes, y necesidad de tratamiento psiquiátrico, a lo que no obstante se negó dada la cantidad de medicamentos que ya tenía que tomarse.

Y, de todo lo anterior, se habrían derivado las secuelas relacionadas con los cuadros anteriormente citados, y, además, estado de tristeza e impotencia ante la imposibilidad de poder ser madre. Perjuicios que habrían de serle indemnizados, en importe que no determinaba, al haberse incurrido por parte de los servicios sanitarios de salud pública en infracción de la *lex artis*.

SEGUNDO.- Recibida la reclamación, por acuerdo de 12 de diciembre de 2011, de la jefa de Área de Normativa y Régimen Jurídico del Servicio Madrileño de Salud, se informó a la reclamante de la normativa reguladora de su reclamación, así como del sentido y plazo del posible silencio administrativo, y se le requirió la determinación de la cuantía económica pretendida o los criterios en base a los cuales pretendía fuese fijada.

Mediante escrito de 22 de diciembre, la reclamante manifestó la imposibilidad de concretar la cuantía indemnizatoria por no estar aún determinadas las secuelas.

Se ha recabado informe emitido del jefe de Servicio de Oncología Radioterápica del Hospital La Paz, de 12 de enero de 2012, en el que afirma:

“En el punto 7 de la demanda, la paciente denuncia una dilación en los tiempos de tratamiento así como una falta de información sobre los posibles efectos secundarios.

La paciente fue vista en consulta el día 6 de mayo de 2010 realizándose la planificación del tratamiento y aceptación física el 19 de mayo de 2010 y el comienzo del tratamiento el día 11 junio de 2010, plazos normales para la ejecución de un tratamiento con preferencia normal (menor de un mes).

La paciente finalizó el tratamiento el 21 de julio de 2010 y se emitió un informe dosimétrico, técnico de enfermería y clínico en agosto del 2010 (adjuntamos copia de ambos informes).

El tratamiento efectuado se consensuó con la paciente, de forma verbal y escrita, figurando en la historia clínica efectuada por el dr. C. y en presencia como testigo de la enfermera C.A. de todas las posibles toxicidades incluida la esterilidad como figura en el consentimiento informado que firmó la paciente.

En el punto 10 en el que también se refiere a la no información de los riesgos de la radioterapia volvemos a reiterar que en el Servicio existen consentimientos informados que la paciente firma y que había testigos de que ésta fue informada también de forma oral.

En el punto 11 referente a las secuelas, la paciente refiere estado de tristeza e impotencia ante la imposibilidad de ser madre. Situación psicológica habitual en éste tipo de casos pero que debe ser contrarrestada con la información de las ventajas oncológicas que dicho tratamiento conlleva. (...)

Comunico asimismo que la paciente pese a los consejos no ha acudido a revisión posterior al tratamiento como es costumbre en los pacientes tratados en el Servicio de Oncología Radioterápica”.

Por el jefe de Sección de Digestivo del Hospital La Paz, se emite conciso informe de 27 de diciembre de 2011, al que adjuntaba copia de

ecografía endorrectal realizada el 11 de marzo de 2010, única actuación realizada en dicho Servicio en relación con la reclamante.

Por su parte, el informe emitido por el jefe de Servicio de Aparato Digestivo del Hospital Universitario Infanta Sofía, de 2 de febrero de 2012, pone de manifiesto:

“El retraso en los diagnósticos de cáncer de colon en personas jóvenes es debido a lo inespecífico de los síntomas, a los que el paciente da poca importancia.

A) Valoración clínica hasta julio de 2009:

La paciente estaba citada para el 24 de noviembre del 2008, y no acudió a consulta.

La paciente cuando se presenta en consulta de Digestivo, acude por síntomas digestivos altos y con la sospecha de recidiva de h. pylori, no se realizaron exploraciones por tener reciente la realización de gastroscopia, y consultaba por síntomas similares a los previos.

En la historia médica, tras las preguntas del médico, sólo refiere ocasionalmente sangrado al limpiarse tras la deposición (mancha el papel).

Comentario en la historia clínica.

‘Actualmente refiere que le sienta mal todo, le repite la comida, y tiene dolor, menor que el de hace 3-4 años, y es por temporadas (cada 3-4 meses, y le dura 1-2 meses), toma omeprazol a demanda cuando precisa. Apetito y peso mantenido, no vómitos, refiere ocasionalmente sangre roja al limpiarse tras la deposición, no cambio del ritmo intestinal. Se nota como hinchada cuando está con el dolor de estómago’.

B) Valoración Clínica a partir de octubre de 2009:

En octubre ya consulta por dolor anal intenso, con sangre y moco malolientes, con cambio ritmo intestinal.

Se le solicita colonoscopia, que confirma cáncer de recto (febrero de 2010).

En pacientes jóvenes, con sintomatología inespecífica y sin antecedentes familiares de cáncer de colon, el diagnóstico de sospecha es difícil.

En un estudio reciente, autor del artículo Michelle Rizzo (Br.J. Surg 2009; 96: 1183- 1189), establecen que efectivamente el retraso en el diagnóstico supone una disminución en la supervivencia y un aumento de diagnósticos en estadios avanzados. Sin embargo, cuando se analizan los tiempos de demora.

Retraso terapéutico total, definido como el período de tiempo desde el inicio de los síntomas al inicio terapéutico.

Retraso del profesional, como el tiempo de valoración del médico hasta el inicio del tratamiento.

Retraso del tratamiento, desde el diagnóstico a la cirugía.

Observaron cómo no tienen impacto en el pronóstico del tumor el retraso profesional y del tratamiento.

En otros estudios, el comportamiento del tumor rectal cuando se diagnostica a estas edades, se presenta ya en la mayoría de los casos en estadios avanzados y metástasis tempranas. Lana María Iriñiz Revista Mexicana de Coloproctología, 2009, 15: 32-34”.

Por su parte, el jefe de la Unidad de Oncología del Hospital Infanta Sofía, en informe de 1 de marzo de 2012, señala:

“Se trataba de una paciente de 40 años que es presentada en el Comité de Tumores Gastrointestinales el 23/2/2010. Presentaba una tumoración rectal por la que se decide completar el estudio de extensión local y a distancia con TAC tóraco-abdomino-pélvico, RMN pélvica y ecografía endorrectal. Es nuevamente comentada con resultados los días 2/3 y 16/3 llegándose al diagnóstico clínico de tumor de recto a 4 cms de margen anal, probable T2N0M0, decidiéndose de acuerdo a los estándares tratamiento quirúrgico radical. Tras realizarse una resección anterior baja con ileostomía de protección acude como paciente nueva a Oncología el día 20/4/2012 para valoración. La anatomía patológica de la pieza mostraba un tumor T2 con afectación de 16 de los 27 ganglios aislados, afectación de margen circunferencial por vecindad de ganglio tumoral e invasión perineural. Se trataba por tanto de un tumor con muy alto riesgo de recidiva local y a distancia en el que existe una clara indicación de tratamiento con quimiorradioterapia y quimioterapia adyuvantes, que fue lo que recomendó la Dra. S. Respecto a la información que se dio sobre efectos secundarios del tratamiento en el informe de derivación a radioterapia se explica que se propone tratamiento quimiorradioterápico y se entrega consentimiento informado. En Selene consta que dos días antes (el mismo día de la primera visita) se generó un documento de consentimiento informado en el que se especifica el posible efecto secundario de la infertilidad. La información sobre efectos secundarios de la radioterapia/consentimiento para la radioterapia debería evaluarse por Oncología Radioterápica, con mayor motivo porque remitir a la paciente a este Servicio no es sinónimo de inicio de tratamiento, previamente evalúan el caso y deciden si coinciden o no con la indicación y si es así establecen los detalles del tratamiento y el consecuente perfil de toxicidad. Cabe señalar que la paciente finalizó tratamiento y prosigue revisiones, y que además ha sido

valorada en la Consulta de Cáncer Hereditario de Oncología para descartar síndrome de cáncer hereditario, actualmente pendiente de resultados de estudio genético”.

Se ha recabado, igualmente, informe de la Inspección Médica, emitido con fecha 28 de marzo de 2012, en el que tras la exposición de los antecedentes de hecho, las consideraciones médicas y el juicio crítico que se estiman pertinentes, se establecen las siguientes conclusiones:

“Tal como se ha expuesto en las conclusiones previas, la asistencia sanitaria otorgada a [la reclamante] a cargo del Servicio de Aparato Digestivo del Hospital Infanta Sofía de la localidad de San Sebastián de los Reyes en sus actuaciones del día 2 de octubre de 2009, se considera incorrecta por omisión.

En esta fecha, el especialista no llevó a cabo exploración física de la paciente y no realizó tacto rectal.

Tal como se ha expuesto anteriormente, se considera que el especialista debió realizar exploración rectal ante el hecho de consultar la paciente por rectorragia, aún más cuando ese sangrado mostraba unas características que se asocian con mayor probabilidad a neoplasia rectal (coágulos y acompañamiento de expulsión de mucosidad, sin sintomatología anal).

El especialista solicitó colonoscopia en esa fecha, pero se considera que ello no resta importancia al hecho de no explorar el recto elementalmente, en consulta, en ese momento y por sus medios, mediante el tacto rectal (tal como está preconizado claramente): ello hubiera permitido detectar en fecha 2 de octubre de 2009 la tumoración y hubiera permitido, razonablemente, haberse acometido el resto de pruebas y tratamiento con una considerable antelación.

Esta falta de actuación en este caso, se vincula a retraso diagnóstico, dada la tardanza en practicarse la colonoscopia (en el día 16 de febrero de 2010, 4 meses y medio después). Y, consecuentemente, de tratamiento, que se inició con cirugía siete meses después desde la consulta referenciada.

A su vez, se presume que el proceso neoplásico podría haberse hallado en (sub)estadio más precoz”.

Mediante escrito presentado el 23 de julio de 2012, la reclamante solicita la remisión del consentimiento informado correspondiente al tratamiento de quimio-radioterapia llevada a cabo en el Hospital La Paz, que le es remitido con fecha 8 de agosto de 2012.

Consta en el expediente dictamen médico elaborado por la empresa A de 7 de mayo de 2012, en el que se expone:

“1. Cuando [la reclamante] acudió al especialista de Aparato Digestivo a causa de rectorragia asociada a molestias perianales, pese a su corta edad, la ausencia de factores de riesgo para cáncer colorrectal y la ausencia de otros síntomas de alarma, se solicitó, de acuerdo a lex artis una colonoscopia. La sintomatología anodina y la ausencia de antecedentes de riesgo para cáncer colorrectal no hacían pensar que fuese a padecer esta patología. Sin embargo, de acuerdo a las guías de rectorragia, se solicitó la exploración que estaba indicada en este contexto.

2. Por el contrario, no se practicó a la paciente un tacto rectal. Dado que el tumor rectal fue diagnosticado por colonoscopia 4 ó 5 meses después y se situaba a 3-4 cm de margen anal, es posible que se hubiera podido diagnosticar mediante palpación digital durante la consulta con el especialista.

3. En ese hipotético caso se habría adelantado la colonoscopia antes de 15-30 días, y el tumor habría sido diagnosticado unos 3,5-4 meses antes, por lo que pudo incurrirse en una pérdida de oportunidad de haberlo diagnosticado precozmente. Sin embargo, según la mayoría de estudios de la bibliografía, una vez que el cáncer colorrectal es sintomático, la demora diagnóstica no es una variable significativa en la extensión tumoral y en el pronóstico de los enfermos, por lo que es difícil saber si ese supuesto retraso puede tener una influencia real en el pronóstico.

4. En conclusión, a la vista de la documentación que me ha sido facilitada la actuación de los sanitarios del Servicio Madrileño de Salud pudo incurrir en una pérdida de oportunidad para la paciente, si bien probablemente no habría afectado al pronóstico”.

La compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud, elabora valoración económica en la que determina el importe total de la indemnización del retraso en el diagnóstico de adenocarcinoma de colon en 30.821,38 euros, resultantes de sumar a la indemnización de 137 días impositivos (8.529,62€) 22.291,76 euros, que constituyen el 70% sobre PSV, en función de la edad y situación familiar de la reclamante, partiendo de una tasa de supervivencia de cinco años del 41,7%, cuando, de haberse detectado más tempranamente, se hallaría en un porcentaje de supervivencia de entre el 72,1 y el 73,8%

En virtud de acuerdo de la instructora de 1 de febrero de 2013, se concedió el trámite de audiencia a la reclamante. Por parte de ésta, con fecha 13 de febrero se presentó escrito de alegaciones, en el que se ratificaba en los argumentos expuestos en su escrito inicial de reclamación, y manifestaba no estar de acuerdo con la indemnización ofrecida por la compañía aseguradora al estar “*muy por debajo de lo que le correspondería*”.

Con fecha 21 de junio de 2013, la viceconsejera de Asistencia Sanitaria formula propuesta de resolución en el sentido de estimar la reclamación patrimonial formulada, reconociendo a la reclamante, conforme a lo señalado en el dictamen de valoración del daño, una indemnización de 30.821,38 euros.

TERCERO.- Examinado el expediente administrativo, este Consejo Consultivo da por acreditados los siguientes hechos de relevancia para la resolución:

La reclamante contaba con antecedentes por posible síndrome de Raynaud, infección por helicobacter pylori tratada, rinoconjuntivitis y asma estacional; había sido intervenida de quiste epidermoide en mejilla derecha, y de fractura en extremidad inferior derecha.

En enero de 2009, cuando tenía 38 años, fue remitida a consulta de Digestivo del Hospital Infanta Sofía por dispepsia con dolor epigástrico, hinchazón abdominal y sensación de malas digestiones, con episodios cada dos/tres meses con un mes de duración que mejoraban algo con ibuprofeno. Es tratada con omeprazol y flatoril, solicitándole test del aliento, que comprueba la erradicación de helicobacter pylori, siendo revisada en consulta en julio.

Desde agosto de 2009 presenta emisión de heces sanguinolentas y con moco, y tenesmo rectal. Acude el 2 de octubre del mismo año al especialista de Aparato Digestivo, que, ante dichos síntomas, solicita colonoscopia, aunque no le practica tacto rectal en la consulta.

La colonoscopia es practicada en febrero de 2010, con una demora de 4,5 meses y en la misma es diagnosticada de adenocarcinoma de recto a 3-4 cm del margen anal externo.

Se estadifica la lesión en el Hospital La Paz, mediante ecoendoscopia y TAC abdominal, descartando la existencia de enfermedad metastásica.

Es intervenida quirúrgicamente mediante resección anterior baja más ileostomía de protección el 5 de abril de 2010, emitiéndose el diagnóstico final de: adenocarcinoma rectal pT2pN2Mo, estadio tumoral III-B.

El 11 de abril de 2010, tras cuadro de vómitos con dilatación de asas de intestino delgado hasta el estoma, en relación con cuadro suboclusivo, es reintervenida para desinsertar la ileostomía, realizando ampliación del estoma y reubicación de asas. Posteriormente recibe varias sesiones de quimioterapia según esquema habitual Xeloda y se inicia radioterapia adyuvante.

CUARTO.- El consejero de Sanidad, mediante oficio de 5 de julio de 2013 que ha tenido entrada en el registro del Consejo Consultivo el día 11 de julio siguiente, formula consulta a este Consejo Consultivo y corresponde su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VIII, presidida por el Excmo. Sr. D. Andrés de la Oliva Santos, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo, en su sesión de 30 de julio de 2013.

La solicitud del dictamen fue acompañada de la documentación numerada y foliada, que se consideró suficiente.

A la vista de estos 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), por ser la reclamación de responsabilidad

patrimonial de cuantía superior a 15.000 euros y a solicitud de un órgano legitimado a tenor del artículo 14.1 de la misma ley.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 de la ley.

SEGUNDA.- La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), por cuanto es la persona afectada por la asistencia sanitaria, pretendidamente deficiente, dispensada por los hospitales universitarios Infanta Sofía y La Paz.

En cuanto a la legitimación pasiva, reside en la Consejería de Sanidad, titular de los centros hospitalarios a cuyo funcionamiento se vincula el daño.

Por lo que se refiere al plazo, a tenor del artículo 142.5 de la LRJ-PAC las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, que se contará, cuando se trate de daños de carácter físico o psíquico, desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas. En el caso sujeto a examen, la reclamación de responsabilidad patrimonial debe considerarse formalizada en plazo, por no hallarse aún estabilizadas las secuelas al presentar la reclamación.

TERCERA.- El órgano peticionario del dictamen ha seguido en la tramitación del procedimiento administrativo destinado al posible reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC, artículos 139 y siguientes, desarrollado por el RPRP.

Tal como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho de este dictamen, se ha recabado informe de los diversos servicios que han atendido a la paciente. De esta forma, se puede entender cumplimentada la exigencia del artículo 10.1 del RPRP en el sentido de solicitarse informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión indemnizable. Del mismo modo, se ha dado cumplimiento al trámite de audiencia, regulado como garantía esencial del derecho de defensa en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

El artículo 42 de la LRJ-PAC, en relación con el artículo 13 del RPRP, establece un plazo de seis meses para la resolución y notificación de los procedimientos de responsabilidad patrimonial. La superación del plazo previsto no dispensa al órgano administrativo peticionario del dictamen de la obligación de resolver (artículo 43.1 de la LRJ-PAC) ni, en consecuencia, a este Consejo Consultivo de informar la consulta.

CUARTA.- El artículo 106.2 de la Constitución Española reconoce a los particulares, en los términos establecidos por la ley, el derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, siempre que ésta sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos y no concurra circunstancia de fuerza mayor que sirva para exonerar a la Administración. La previsión constitucional se halla desarrollada en el Título X de la Ley 30/ 1992 (LRJ-PAC), artículos 139 y siguientes.

Mediante interpretación del marco jurídico-legal de la responsabilidad patrimonial, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha enunciado en reiterada jurisprudencia los presupuestos de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Así, en sentencia de 23 de enero de 2012 (RC 43/2010) enuncia los siguientes: generación al perjudicado de un daño o perjuicio efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas; que el daño o lesión patrimonial 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 influir, alterándolo, en el nexo causal; ausencia de fuerza mayor, y que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño alegado.

No cabe plantearse la posible concurrencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración si no se ha producido un daño real y efectivo a quien solicita ser indemnizado. En dicho sentido, entre otras muchas, la sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 2012, RC 280/2009.

En el caso sujeto a examen, existe un daño cierto consistente en la reducción de expectativas de tratamiento de la reclamante, sin que las operaciones quirúrgicas padecidas, así como otras realidades lesivas puedan considerarse daños efectivos y ciertos, pues el retraso diagnóstico no implica, en el caso que nos ocupa, que esas operaciones y otros daños no se hubiesen producido con un diagnóstico acertado anterior. Se trata, en suma, del tipo de daños que suelen acompañar muchos casos de la denominada pérdida de oportunidad.

QUINTA.- Siguiendo una consolidada jurisprudencia, viene declarando este Consejo Consultivo de forma reiterada que, cuando las reclamaciones indemnizatorias deducidas a instancia de los particulares traigan causa de una actuación médica o sanitaria, no bastará a efectos de tener derecho a indemnización con la concurrencia de una lesión efectiva, individualizada y evaluable, causada a un particular, que tenga origen en el funcionamiento del servicio público sanitario. En tales casos, más allá del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, se hace necesario acudir al criterio de la *lex artis* como pauta determinante de la existencia de responsabilidad patrimonial, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

De ahí que, *“cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico (...)”* (STS de 2 de noviembre de 2011, RC 6236/2007).

En el caso concreto, la separación de la práctica médica con respecto al tratamiento debido conforme a las exigencias de la *lex artis ad hoc*, viene reconocido por la Inspección Médica. Ello dispensa a la reclamante de la carga de la prueba.

SEXTA.- La duda se centra, en consecuencia, en la valoración de los perjuicios ocasionados a la reclamante. En este punto, ésta no ha cuantificado la indemnización pretendida, alegando que las secuelas siguen su curso.

Es preciso acudir a la doctrina de la pérdida de oportunidad, de aplicación reiterada por este órgano consultivo en casos en que, como el que se plantea de presente, no se puede conocer a ciencia cierta cuál hubiera sido la evolución de la enfermedad si se hubiese alcanzado un diagnóstico certero sin retraso y se hubiese instaurado el tratamiento oportuno con mayor celeridad.

Contamos con el dato, aportado en su informe por la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud, de que, en función de la edad y situación familiar de la reclamante, su situación en el momento del diagnóstico se sitúa en una tasa de supervivencia durante cinco años del 41,7%, cuando, de haberse detectado más tempranamente, se hallaría en un porcentaje de supervivencia de entre el 72,1 y el 73,8%. Ha de destacarse que, según estas estimaciones, la pérdida de oportunidad habría sido de notable relevancia.

Ahora bien, no parece adecuado, como hace el informe de valoración efectuado por la compañía aseguradora, remitirse a la indemnización que por el fallecimiento de la reclamante hubieran percibido sus familiares. El fallecimiento es un hecho incierto en cuanto a su momento (*certus an, incertus quando*, conforme a la clásica distinción) y la experiencia muestra que las predicciones temporales distan mucho de acertar en innumerables casos. Pero, sobre todo, no parece razonable ni conforme a Derecho que a una persona que reclama por las consecuencias que ha sufrido a causa de una mala praxis médica se le indemnice por su fallecimiento, hecho aún inexistente, por más que estadísticamente se prevea más próximo de lo estadísticamente más probable. El fallecimiento de la reclamante no se ha producido y no procede indemnizarla por ese hecho, inexistente al momento de resolver la reclamación que, por añadidura, no se funda en la futura muerte precoz de la reclamante.

Es a todas luces preferible, para calcular la indemnización, acudir a los daños o lesiones efectivamente padecidos por la reclamante y, aplicando las tablas disponibles a título meramente orientativo para efectuar una valoración global, aplicar después una disminución porcentual, que en el caso consideramos del 50%, precisamente en atención a la doctrina de la pérdida de oportunidad.

Por analogía, se ha de atender a la valoración de la colostomía, que oscila entre 40-50 puntos, y, en este caso, por la edad de la víctima, ha de situarse en el punto superior.

Asimismo, ha de aplicarse un factor de corrección consistente en “*secuelas permanentes que limiten parcialmente la ocupación o actividad habitual, sin impedir la realización de las tareas fundamentales de la misma*”.

A ello debe sumarse la indemnización de 137 días improductivos (8.529,62€) 22.291,76 euros.

Finalmente, no puede dejar de tenerse en cuenta la lamentable esterilidad de la paciente, pues existe cierta probabilidad de que, realizado el diagnóstico sin retraso, el tratamiento no hubiese determinado esa esterilidad. Existen otros daños, alegados por la reclamante y no controvertidos, expuestos ya en el antecedente de hecho primero, que han de tomarse en consideración, aunque no resulte necesario aplicar las tablas valorativas, establecidas, como es sabido, para otro tipo de hechos dañosos.

Conforme a todo lo anteriormente expuesto, este Consejo Consultivo entiende que procede indemnizar a la reclamante en la cantidad de 45.000 euros.

En atención a lo expuesto, el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen e indemnizar a la reclamante en la cantidad de 45.000 euros, al haberse acreditado que la actuación médica fue contraria a las exigencias de la *lex artis ad hoc* y determinó una pérdida de oportunidad de considerable relevancia.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su 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 julio de 2013