

Dictamen nº: **529/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **28.09.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 28 de septiembre 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, en el asunto promovido por F.O.R., en adelante “*la reclamante*”, por deficiente asistencia sanitaria prestada en el Hospital Ramón y Cajal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 14 de noviembre de 2008, la reclamante presentó reclamación de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria prestada en el Hospital Ramón y Cajal, al entender que las lesiones y secuelas que sufre son consecuencia de un retraso de 8 meses en el diagnóstico de la patología neoplásica que padecía, condrosarcoma de cabeza humoral, por la mala asistencia sanitaria prestada por parte del especialista del Servicio de Medicina Interna que le atendió, quien se negó a practicarle una biopsia, a pesar del aviso del facultativo de Atención Primaria que la remitió a dicho especialista que sospechaba de la existencia de un posible mieloma, lo que fue confirmado con posterioridad, interviniéndola con urgencia una vez diagnosticado para evitar la progresión del tumor, practicándole una desarticulación interescapulo-torácica reglada, que, a su juicio, se hubiera podido evitar de haber sido diagnosticada a tiempo.

Solicita por ello una indemnización por importe de 450.000 euros.

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

La reclamante, de 65 años de edad, el día 22 de noviembre del año 2006, acudió a consulta en su Centro de Atención Primaria, por un dolor en el hombro derecho de características mecánicas que fue diagnosticado de tendinitis de hombro por lo que se le pautó tratamiento analgésico. A la semana y ante la escasa respuesta se inició tratamiento con antiinflamatorios no esteroideos.

En enero de 2007 volvió a acudir a consulta y ante la persistencia del dolor se solicitó una analítica, una radiografía de hombro y una interconsulta con el Servicio de Fisioterapia. En la analítica se detectó una leve hipercalcemia, presente en varias analíticas de años anteriores, por lo que se solicitó una determinación de PTH e interconsulta al servicio de endocrino para descartar un hiperparatiroidismo. La radiografía fue informada y valorada como normal.

En febrero de 2007 realizó el tratamiento de fisioterapia con mejoría parcial del dolor. En abril volvió a acudir a consulta con empeoramiento del dolor por lo que se planteó tratamiento con infiltraciones que fue suspendido por escasa respuesta. En mayo la paciente refirió un cambio en las características del dolor.

La reclamante, ante la demora existente para traumatología de zona, decidió acudir a un traumatólogo privado, encontrándose pendiente del resultado de la interconsulta con endocrinología. En la Clínica A le realizan RMN de hombro derecho el 25 de junio de 2007 (informada como *“Lesión de características radiológicas agresivas en cabeza, cuello y diáfisis proximal del húmero, recomendando estudio específico”*) y un

TAC de húmero derecho (informado como “*Lesión lítica en húmero derecho*”) el 2 de julio de 2007.

En agosto acude a consulta con las pruebas mencionadas anteriormente, en las que se aprecia una lesión lítica en el húmero derecho sugestiva de mieloma. Se solicita analítica con proteinograma e inmunoglobulinas (que descarta en principio el mieloma, pero muestra un aumento del calcio y de la fosfatasa alcalina). Se solicita una interconsulta al servicio de Medicina Interna del Ramón y Cajal, para continuar el estudio del dolor y de la lesión radiológica del húmero derecho ante la sospecha de un mieloma.

Es vista en consultas externas del Servicio de Medicina Interna el día 21 de agosto de 2007, recogiéndose en la historia clínica que es enviada por su médico de cabecera por presentar hipercalcemia con aumento de la PTH y por sospecha de mieloma. ...“*Ignoro la causa pero su médico de cabecera la ha comunicado que puede tener cáncer de hueso (mieloma??)*”...

En la amnesis efectuada por el Dr. R.P. consta que la paciente estaba asintomática, al margen del dolor en el brazo y en la exploración física no se encontraron anomalías. Una vez valorada, el especialista solicita unas determinaciones bioquímicas en las que incluye estudio del metabolismo Calcio-Fósforo e inmunoglobulinas y una radiografía del húmero.

Es vista de nuevo por el especialista el día 2 de octubre, quien, a la vista del resultado de las pruebas solicitadas, descarta la sospecha de mieloma al no observar en la radiografía alteraciones patológicas significativas. En el informe del Servicio de Radiodiagnóstico consta como resultado “*control periartritis escápulo humeral, fractura hombro derecho. Resto sin hallazgos significativos*”.

Ese mismo día se solicitó una gammagrafía ósea de cuerpo completo que se efectúa el día 12 de noviembre de 2007 y que es informada por el

Servicio de Medicina Nuclear en la que se objetiva como único hallazgo un aumento difuso de reacción osteogénica en $\frac{1}{2}$ proximal de húmero derecho compatible con enfermedad de Paget monostotico.

Con estos datos, y tras practicarse una gammagrafía de paratiroides, se da de alta a la paciente en consulta con emisión de informe fechado el 20 de noviembre de 2007, cuya copia está en la Historia Clínica en el que el Dr. R.P. descarta la existencia de patología ósea compatible con neoformación de hueso o mieloma, citando a la paciente para el mes de mayo de 2008.

No obstante lo anterior, la reclamante vuelve a consulta el día 2 de febrero de 2008 porque persistía el dolor. Se vuelve a repetir la radiografía simple de humero el día 5 de febrero que es informada el día 19 por el Servicio de radiodiagnóstico, esta vez, con datos concluyentes. En el informe se describe la existencia de una *“lesión ósea que afecta a la epífisis y la matáfisis del húmero derecho con signos de infiltración medular”*. Se aconseja estudio tanto de la lesión ósea como de las partes blandas para descartar la existencia de condrosarcoma o de linfoma primitivamente óseo.

Tras el resultado de la radiografía, el especialista de medicina interna la remite el día 4 de marzo con carácter urgente al Servicio de Traumatología con solicitud de biopsia incluida.

Es reconocida por el especialista de Traumatología el día 11 de marzo de 2008. El motivo de consulta fue dolor y deformidad en hombro derecho. El día 31 de marzo de 2008 se lleva a cabo biopsia y tras estudio anatomo-patológico, se emite el diagnóstico de condrosarcoma de húmero derecho grado I-II con infiltración de partes blandas.

El día 5 de mayo de 2008 es ingresada en el Servicio de Ortopedia del Adulto, que interviene quirúrgicamente a la reclamante el día 9 de mayo,

efectuándole una desarticulación interescapulotorácica del miembro superior derecho (amputación de hombro derecho), siendo dada de alta por el mencionado servicio con fecha 23 de mayo, tras haber sido seguida en el posoperatorio por el Servicio de Psiquiatría y por la Unidad del Dolor.

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 el órgano de instrucción ha solicitado informe a los servicios cuyo funcionamiento presuntamente han ocasionado la presunta lesión indemnizable.

Se ha emitido informe por el Coordinador del Departamento de Traumatología, de fecha 5 de febrero de 2009, declara que “*(...)La reclamación patrimonial tiene por sujeto a una paciente de 65 años de edad que es reconocida por el especialista de este Departamento el día 11 de Marzo de 2008.*

El motivo de consulta fue dolor y deformidad en hombro derecho.

El día 31 de Marzo de 2008 se lleva a cabo biopsia y tras estudio anatomopatológico, se emite el diagnóstico de Condrosarcoma de húmero.

El día 5/05/08 es ingresada en el Servicio de Ortopedia del Adulto que interviene a la paciente efectuándole una desarticulación interescapulotorácica del miembro superior derecho.

CONSIDERACIONES MÉDICAS.

Analizada la cronología evolutiva del proceso, se constata que el manejo de la paciente en el Servicio de Ortopedia del Adulto responde al establecido para cualquier patológica tumoral del aparato locomotor”.

Informe del Servicio de Medicina Interna, de fecha 24 de febrero de 2009, señala que “*La primera vez que fue vista en las Consultas Externas del Servicio de Medicina Interna por el citado Médico fue el día 21 de Agosto de 2007 y aportaba un Informe informático y con añadidos a mano por su Médico de Familia, de fecha 2 de Agosto, en el que resalta que lo envía por sospecha de Mieloma. Se trataba de una mujer de 64 años con antecedentes de hipertensión arterial, en tratamiento con varios fármacos y otros diagnósticos menores. Especificaba que tenía dolor en el brazo y que le había realizado estudios radiológicos simples, TAC y RM sin diagnóstico. También la había visto el endocrinólogo por una cifra de calcio en el límite superior y parece que tenía una determinación de PTH con una cifra elevada, que tampoco aportaba. Así mismo, le habían realizado una mamografía, con resultado negativo.*

En la Anamnesis efectuada por el Dr. [...] constan estos datos y la percepción de la paciente de que su médico la enviaba para descartar cáncer en los huesos. Consta que estaba asintomática al margen del dolor en el brazo y en la exploración física no se encontraron anomalías.

Una vez valorada, solicita unas determinaciones bioquímicas en las que incluye estudio del metabolismo Ca-P e iumunoglobulinas y una radiografía del húmero.

La vuelve a ver, con estas exploraciones ya realizadas el 2 de Octubre, le comunica que la sospecha de mieloma por la que la enviaba su médico se ha descartado y aquí nace el primer equívoco pues cuando el médico está hablando de mieloma, que por muchos se conoce como cáncer en los huesos, la paciente descarta según su interpretación todo tipo de

malignidad. La clave está en la interpretación de la radiografía simple que según la apreciación del Dr. [...] aunque no era normal y tenía además la información de un TAC y una RM de la misma zona negativa, no le parecía que el patrón radiológico fuera compatible con alguna patología tumoral o metabólica. Por ello, solicitó una gammagrafía ósea, que fue efectuada el día 20 de Noviembre y que en el Servicio de Medicina Nuclear informaron como posible Enfermedad de Paget.

Con estos datos, y con una nueva determinación bioquímica para explorar esta última posibilidad, se envía el informe a la paciente, cuya copia está en la Historia Clínica en el que el Dr. R.P. hace una serie de consideraciones diagnósticas y espera los resultados de algunas de las pruebas que habían solicitado en Endocrinología, citando a la paciente en unos meses.

Vuelve la paciente el día 2 de febrero de 2008 porque persistía el dolor. Vuelve a repetir la radiografía simple y ahora si hay datos concluyentes. Se describen en el comentario de la Historia cómo "lesiones con esclerosis cortical y marcada afectación perióstica y articular que podría corresponder a un condrosarcoma". Él mismo se pone en contacto personal con el Servicio de Traumatología para que efectúen una biopsia con el resultado conocido.

La clave pues está en la consideración de la primera radiografía simple. Para un profesional experto en patología ósea como el Dr. [...], la imagen no era sospechosa de malignidad y se consolidaba esa opinión con los datos del TAC y la RM previas y de la gammagrafía ósea solicitada. Por ello, en ese momento, no consideró que había datos suficientes para solicitar una biopsia ósea. Si lo hizo cuando la lesión había evolucionado. Razonablemente la patología debía estar ya allí, pero

no podemos aventurar cual hubiera sido la evolución de la paciente con un diagnóstico efectuado dos meses antes.

Personalmente considero que el estudio que se hizo a la paciente fue correcto. No se debe biopsiar cualquier lesión ósea y las imágenes no eran concluyentes y se optó por esperar. Las consideraciones sobre la patología cancerosa o el mieloma que se vierten en el documento de reclamación creo que no son pertinentes y que todo se circunscribe a la valoración de una potencial lesión ósea, sin diagnóstico por cuatro métodos de imagen”..

Asimismo, la Inspección Sanitaria ha emitido informe en el que concluye que“:(...)

4. De acuerdo con la literatura, el diagnóstico de estos tumores óseos deben basarse en tres pilares: la historia clínica, las imágenes - radiografía simple, TAC, resonancia magnética, gammagrafía ósea... - y la biopsia.

a. Pero lo más importante, dada la escasa incidencia de estos tumores, es muy importante que el equipo de clínicos, radiólogos y patólogos que colaboraran en el diagnóstico sea también muy experto.

5. A criterio de este Médico Inspector, este paciente recibió los medios, pero los servicios médicos del Hospital Universitario de Ramón y Cajal no apreciaron la enfermedad, el cáncer, que fue buscada y el clínico la descartó expresamente tras analizar las pruebas complementarias realizadas. Y sospechó de otra enfermedad, la de Paget.

Es decir, se pusieron los medios pero se erró en el resultado.

6. ¿Qué hubiera pasado si le hubieran diagnosticado unos meses antes? ¿Le hubieran extirpado la extremidad superior? No se sabe. Hay Que resaltar que este Médico Inspector no dispone de los Informes que aportó la paciente del TAC y/o RMN realizado en agosto de 2007”.

Asimismo, se ha incorporado un documento denominado dictamen médico pericial, elaborado por la compañía aseguradora, sin firmar, de fecha 5 de marzo de 2010, en el que se llega a las siguientes conclusiones:

“(...) fue seguida en Atención Primaria, por un dolor en el hombro desde noviembre de 2006. Se le trata como una tendinitis y es valorada por fisioterapia y tratada con infiltraciones, sin resultado.

En el verano de 2007 acude a la Sanidad Privada, pero sólo aporta los resultados de las pruebas realizadas, desconociendo y planteándonos la duda de por qué no le tratan los especialistas por los que ha acudido a la Medicina Privada. En el informe de una de estas pruebas se sugiere la posibilidad de mieloma, diagnóstico por el que su MAP le deriva al Sº de Medicina Interna del Ramón y Cajal, donde descartan dicho diagnóstico, le realizan Rx de húmero derecho (sin anomalías llamativas) y le envían a realizar RMN, TAC y gammagrafía, ante la sospecha de una Enfermedad de Paget. Descartada esta, se le deriva a Traumatología, donde al existir sintomatología más florida, se realiza biopsia y con el diagnóstico de condrosarcoma, se realiza amputación de MSD.

Desde la Sanidad Pública se utilizan todos los medios diagnósticos disponibles para, en cada momento y según el Sº en el que se encontraba, alcanzar un diagnóstico de su patología a nivel del hombro derecho.

Plantearse si con las pruebas realizadas en verano de 2007 se hubiera diagnosticado antes el condrosarcoma y, se hubiera podido evitar la amputación, es efectivamente una hipótesis, si bien lo verdaderamente cierto es que desde la Sanidad Privada se abandona a la paciente con los resultados de unas pruebas prescritas en ella y, que según la versión de la reclamante eran fundamentales para establecer el diagnóstico definitivo.”

Tras la emisión de dichos informes se ha cumplimentado el trámite de audiencia a la reclamante el 28 de febrero de 2011, presentando escrito de alegaciones el día 17 de marzo siguiente, en las que manifiesta su sorpresa ya que, si bien dice haber recibido una oferta verbal de indemnización de 120.000 euros por parte de la Compañía Aseguradora de la responsabilidad patrimonial del SERMAS (oferta que fue rechazada, rompiéndose las negociaciones), en el trámite de audiencia se incluyó como parte del expediente un informe de valoración de daño corporal elaborado por la Asesoría Médica A que llega a la cantidad de 218.652,31 euros.

Una vez tramitado el procedimiento, se dictó, el 21 de junio de 2011, propuesta de resolución parcialmente estimatoria, en la que se reconoce una indemnización por importe de 122.029,73 euros, la cual fue informada favorablemente por los servicios jurídicos de la Comunidad de Madrid.

TERCERO.- El Consejero de Sanidad, mediante Orden de 8 de julio de 2011, que ha tenido entrada en el Registro del Consejo Consultivo el 19 de julio 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 Excmo. 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 28 de septiembre 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.- La solicitud de dictamen a este Consejo Consultivo resulta preceptiva, de acuerdo con lo estipulado en el artículo 13.1.f).1º de la Ley 6/2007, de 21 de diciembre, reguladora del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid (en adelante LCC), por ser la cuantía de la indemnización superior a quince mil euros, y se efectúa por el Consejero de Sanidad, órgano legitimado para ello, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14.1 de la citada Ley. Siendo preceptivo el dictamen, no tiene, sin embargo, carácter vinculante (artículo 3.3 LCC).

SEGUNDA.- La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 LRJ-PAC, al ser la persona directamente afectada por la supuestamente deficiente asistencia sanitaria recibida.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva corresponde a la Comunidad de Madrid, al encontrarse el Hospital Ramón y Cajal, cuya asistencia sanitaria se discute, integrado en la red sanitaria pública de la Comunidad de Madrid.

Las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año. A tal efecto dispone el artículo 142.5 de la 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. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”*. En el caso objeto del presente dictamen, la reclamante hubo de ser sometida a la amputación del brazo derecho el 9 de mayo de 2008 a consecuencia de la endoftalmitis desarrollada tras la intervención quirúrgica

de cataratas, por lo que se encuentra en plazo la reclamación presentada el 14 de noviembre del mismo año.

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 la 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.

El procedimiento se ha tramitado correctamente por el órgano de instrucción, en cuanto ha solicitado los correspondientes informes a los servicios intervinientes. Asimismo, se ha cumplido adecuadamente el trámite de audiencia, de conformidad con lo establecido en el artículo 11 del mismo reglamento.

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 el 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.- Acreditada la realidad de los daños, mediante los informes médicos obrantes en el expediente, daño consistente en la amputación del brazo debido al padecimiento de un condrosarcoma y daños psicológicos derivados de la amputación, que son evaluables económicamente e individualizados en la persona de la reclamante, la cuestión se centra en dilucidar si tales daños son imputables a la acción u omisión de los servicios públicos sanitarios en una relación de causa a efecto, y si revisten el carácter de antijurídico.

Ahora bien, 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.

Alega la reclamante que se ha producido un retraso en el diagnóstico y, consecuentemente, en el tratamiento del condrosarcoma que padecía, lo que ha obligado a la amputación del miembro superior derecho.

De la historia clínica remitida resulta que la paciente comenzó a finales del año 2006 a consultar a su médico de atención primaria por dolor en el hombro, siendo diagnosticada inicialmente de tendinitis y tratada para esta patología. Al persistir el dolor se le realizaron infiltraciones, sin obtener mejoría.

En agosto de 2007 aporta al médico de atención primaria el resultado de una resonancia magnética y un TAC realizados en la medicina privado, cuyos resultados arrojaban la sospecha de una lesión ósea agresiva. Ante esta sospecha de tumoración cancerígena el médico de atención primaria remite a la paciente al servicio de Medicina Interna del Hospital Ramón y Cajal, a fin de completar el estudio.

Es en este servicio en el que se le realizan diversas pruebas, pero se descarta la realización de una biopsia por considerar, erróneamente, que no existe tumoración cancerígena y se centra el diagnóstico en una posible enfermedad de Paget. Es en febrero de 2008 cuando a la vista de una radiografía se baraja el diagnóstico de condrosarcoma, diagnóstico que se confirma con una biopsia realizada el 31 de marzo de 2008.

El informe de la Inspección Médica considera que la paciente “*recibió los medios, pero los servicios médicos del Ramón y Cajal no apreciaron la enfermedad, el cáncer [...] es decir, se pusieron los medios pero se erró en el resultado*”.

Resulta meridianamente claro que, al menos cuando la paciente consultó a su médico de atención primaria en agosto de 2007, aportando los resultados de la resonancia magnética y la tomografía axial computerizada, realizadas un mes antes, la paciente ya padecía la patología tumoral a cuyo diagnóstico no se llegó hasta finales de marzo de 2008.

No obstante lo anterior, la Inspección Sanitaria, cuyo informe es anterior a la aportación al expediente de los resultados de la RM y TAC realizados en junio y julio de 2007, afirma que es difícil determinar cuál hubiera sido la actitud terapéutica que se hubiera seguido de haberse diagnosticado antes la enfermedad.

Ahora bien, la demora en el diagnóstico de la enfermedad ha supuesto para la reclamante una pérdida de oportunidad. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la pérdida de oportunidad se define –*vid.* entre otras, las Sentencias de 25 de junio de 2010 (recurso de casación 5927/2007) y 7 de julio de 2008, (recurso de casación nº 4.476/2004)– como «*la privación de expectativas, (...) y constituye, como decimos, un daño antijurídico, puesto que, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar,*

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

Como afirma la Sentencia de 13 de julio de 2005 (recurso de casación núm. 435/2004), “*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 esta jurisprudencia nos encontramos ante un supuesto de pérdida de oportunidad en el cual, si no se hubiese demorado la realización de la biopsia a la vista de las pruebas diagnósticas realizadas a la paciente en la medicina privada, se habría diagnosticado antes el cáncer óseo que padecía la reclamante, y si bien no se tiene la certeza de que se hubiera evitado la amputación del brazo -pues este tipo de tumores son, según explica la Inspección, resistentes a la quimioterapia y a la radioterapia, pero no siempre precisan de amputación del miembro-, sí se ha privado a la interesada de la oportunidad de haber sido tratada quirúrgicamente de manera temprana, al menos, siete meses antes, lo que motiva la aparición de la responsabilidad de la Administración al no haber puesto todos los medios a su alcance para evitar la pérdida de oportunidad de diagnosticar el condrosarcoma de la paciente lo antes posible, causando un daño que no se tenía la obligación jurídica de soportar – en el mismo sentido las Sentencias de la Audiencia Nacional de 14 de mayo (recurso 745/2001) y 15 de octubre de 2003 (recurso 823/2002)-.

SEXTA.- Procede a continuación, de conformidad con el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, la valoración de los daños para su cuantificación, lo que debe hacerse por imperativo del artículo 141.3 LRJ-PAC, con relación al momento en que la lesión efectivamente se produjo, es decir, el 31 de marzo de 2008, fecha en la que se llegó al diagnóstico definitivo de condrosarcoma.

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

Obra en el expediente un informe de valoración realizado por la compañía aseguradora de la responsabilidad patrimonial de la Administración en la que se propone una indemnización de 218.652,31 euros, resultante de valorar la amputación del brazo, el perjuicio estético y la incapacidad total con arreglo a los criterios fijados en el baremo del texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos a motor de 29 de octubre de 2004.

Por su parte, la propuesta de resolución, atendiendo a que no se puede saber con exactitud qué habría ocurrido si se hubiera diagnosticado el condrosarcoma ocho meses antes, reduce a la mitad la valoración de la pérdida anatómica del brazo y del perjuicio estético, un 75% de la incapacidad permanente total y 240 días no impeditivos correspondientes a los ocho meses de retraso diagnóstico, de lo que resulta una cantidad de 122.029,73 euros.

En el caso presente, el daño imputable a la Administración, como dijimos anteriormente, es el retraso en el diagnóstico de la enfermedad, que determinó la evolución de la grave patología que padecía la paciente, privándola de la posibilidad de haber sido tratada mas adecuadamente,

ocasionándole un daño indemnizable, que no es el correspondiente al resultado finalmente padecido y respecto del cual es imposible médicaamente saber si hubiera podido evitarse dada la grave patología que presentaba la reclamante, máxime tratándose de un tumor, que, como se recoge en los diferentes informes aportados, no responde a tratamientos de quimioterapia y radioterapia, precisando necesariamente la resección en su totalidad y en su caso la amputación (ver Sentencia del Tribunal Supremo, Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso, de 7 de julio de 2008).

En el mismo sentido la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Octava) de fecha 18 de abril del 2011, afirma "... La parte actora solicita una indemnización de 750.000 euros aludiendo a la Ley de Ordenación y Supervisión de Seguros Privados, pero no especifica ni los capítulos ni los conceptos que justifican tal reclamación. Además de la cantidad resultante de la aplicación del baremo debemos tener en cuenta que el daño no se deriva directamente de la actuación médica sino que el retraso en el abordaje del tumor, como hemos concluido, ha dado lugar a una extensión del tumor que ha magnificado tanto la posibilidad de que aquél se produjera como su extensión, por lo que, de conformidad con el criterio seguido por el Tribunal Supremo en casos similares, recogido en la sentencia de su Sección 4^a, de 23 de Septiembre de 2010 los siguientes términos: "... *Esta privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia de "pérdida de oportunidad" -sentencias de siete de septiembre de dos mil cinco, veintiséis de junio de dos mil ocho y veinticinco de junio de dos mil diez, recaídas respectivamente en los recursos de casación 1304/2001, 4429/2004 y 5927/2007- se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño , aunque no quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización, por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la*

pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, 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 posee a disposición de las administraciones sanitarias ...", deberemos corregirla para ajustarla a la gravedad de la pérdida de oportunidad .

Como ya dijimos la indemnización no ha de ascender al total de la valoración del daño sufrido cuando se trata de una pérdida de oportunidad y en el supuesto de autos, habida cuenta que el retraso fue importante y que los indicios del tumor ya se podían apreciar unos dos años antes de su diagnóstico, pero sin dejar de lado el hecho de que la actora tenía antecedentes que pudieron influir en el diagnóstico inicial equivocado, así como la gravedad del tumor que sufría, considera la Sala que la indemnización ha de ascender al 70% de la cantidad total más arriba recogida, 437.529,694 euros a cuyo pago habrá de ser condenada la Administración demandada... ””.

Por lo expuesto, este Consejo entiende más adecuada la propuesta de indemnización efectuada por la Consejería de Sanidad frente a la efectuada por la Compañía Aseguradora, por cuanto aquella se encuentra más atemperada a las circunstancias del caso al estimar el daño como pérdida de oportunidad, efectuando una valoración aproximativa de las probabilidades de éxito que se hubieran derivado del tratamiento correspondiente a un diagnóstico acertado, pero no valorándolo como si el daño íntegro fuera atribuible a la Administración.

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

CONCLUSIÓN

Procede estimar de la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración en la cuantía de 122.029,73 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, 28 de septiembre de 2011

