

Dictamen nº: **628/11**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **16.11.11**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 16 de noviembre de 2011, sobre expediente de responsabilidad patrimonial instruido a nombre de R.M.M.P., 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, en solicitud de indemnización económica, por las secuelas sufridas por demora de diagnóstico de cáncer de cérvix en el Hospital Universitario Fundación Alcorcón.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 10 de octubre de 2011 tuvo entrada en el registro del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen firmada por el consejero de Sanidad el día 3 de octubre de 2011, referida al expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 673/11, 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 oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por unanimidad

por la Comisión Permanente del Consejo Consultivo, en sesión celebrada el día 16 de noviembre de 2011.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido tiene su origen en la reclamación formulada por R.M.M.P., presentada en el Hospital Universitario Fundación Alcorcón el día 6 de mayo de 2009 (folios 1 y 2 del expediente).

Según la reclamante el 14 de diciembre de 2007 en revisión ginecológica se tomaron muestras para analizar por patólogo en laboratorio. Refiere que en cita posterior a estas pruebas y en la que supuestamente debería de ser informada de los resultados, se le comunicó que los análisis todavía no estaban en poder del médico, informándole que si en el resultado se detectara alguna anomalía sería avisada inmediatamente, y que en caso de no recibir aviso, es que todo era correcto y acudiera a cita el día 27 de noviembre 2008 para revisión anual.

A continuación, la reclamante expone que al no recibir ningún aviso ni notificación, el día 27 de noviembre de 2008 acudió a revisión anual ginecológica programada y una vez en consulta, el médico “*alarmado y turbado*” tras comprobar los resultados malignos en las pruebas realizadas hace un año, con fecha informe patólogo 09/01/08, indicó repetir inmediatamente las pruebas debido al largo tiempo transcurrido, para poder comprobar el desarrollo y proceder urgentemente a tratamiento adecuado.

Continuando con el relato fáctico de su reclamación, la interesada señala que realizadas nuevas pruebas el 13 de enero de 2009, se le diagnostica adenocarcinoma precozmente invasivo (cáncer de cuello), siendo a partir de ese momento valorada y tratada de su enfermedad en el Servicio de Oncología, hasta que finalmente el día 12 febrero de 2009 se le somete a una operación quirúrgica de histerectomia vaginal.

En virtud de todo lo expuesto la reclamante concluye señalando que el retraso del diagnóstico (14 meses después de las pruebas que podían haber detectado precozmente la enfermedad), disminuyó la posibilidad de remisión antes que las células se transformaran en cancerígenas y de curación total del cáncer y tampoco ha permitido optar por una cirugía conservadora en vez una operación tan agresiva y con resultados tan dañinos.

A tenor de las circunstancias expuestas la reclamante solicita se abra una investigación de esta negligencia *“para dar respuesta de porque no se comunicaron inmediatamente los resultados anómalos detectados en las pruebas”* y concluye invocando el artículo 106 de la Constitución Española.

TERCERO.- Presentada la reclamación anterior, por el Servicio Madrileño de Salud se incoa expediente de responsabilidad patrimonial al amparo del título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC). Mediante escrito notificado a la reclamante el 3 de julio de 2009 se le requiere para que concrete la cuantía indemnizatoria de daños y perjuicios pretendida o los criterios en base a los cuales pretende sea fijada. No consta en el expediente que este requerimiento fuera atendido por la reclamante.

Al mismo tiempo, se remite la reclamación a A, la cual acusa recibo de la misma en fecha 8 de julio de 2009, dando cuenta de su traslado a B, compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud.

Se ha incorporado al expediente la historia clínica de la paciente remitida desde el Hospital Universitario Fundación Alcorcón (folios 7 a 129 del expediente).

Consta igualmente en la documentación remitida el informe del jefe de Unidad del Área de Ginecología y Obstetricia del referido hospital de 22 de junio de 2009 (folios 130 y 131 del expediente). La emisión de dicho informe se incardina en la previsión contenida en el artículo 10.1 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante, RPRP).

Igualmente se ha emitido informe de la Inspección Sanitaria con fecha 15 de febrero de 2011 (folios 137 a 163 del expediente). Consta también informe emitido por la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud el día 22 de junio de 2011, en el que tras estimar la existencia de retraso de diagnóstico de la patología tumoral en cérvix, propone valorarlo como período de sanidad no impeditivo, lo que según el precitado informe, supondría un total de 397 días no impeditivos y contados desde el 13 de diciembre de 2007 (fecha de la citología que no se le notifica) hasta el 13 de enero de 2009 (fecha del diagnóstico definitivo), lo que supone una indemnización de 11.810,75 euros (folios 144 a 149).

Concluida la instrucción del expediente, se ha dado trámite de audiencia al Hospital Fundación Alcorcón mediante notificación telemática el día 23 de febrero de 2011 y a la interesada el 28 de febrero de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP. Consta en el expediente que por la reclamante se formularon alegaciones en cumplimiento del referido trámite el día 11 de marzo de 2011, señalando, en síntesis, que la indemnización deberá reparar todos los daños sufridos, y por tanto, comprende no solo los materiales, sino los morales y tanto el daño emergente como el lucro cesante, subrayando que por motivo de la defectuosa asistencia, fue sometida a una intervención quirúrgica más agresiva, permaneciendo con incapacidad temporal para trabajar desde el día 11 de febrero de 2009 hasta el día 2 de septiembre 2009, teniendo como consecuencia la pérdida del trabajo al no renovársele

el contrato laboral que tenía suscrito hasta el momento de la intervención quirúrgica, continuando en ese momento en situación de desempleo. Concluye solicitando se dicte resolución pronunciándose sobre la existencia de causalidad entre servicio público y la lesión producida, así como la valoración del daño y cuantía de la indemnización, explicitando los criterios para su cálculo.

Finalmente, por la viceconsejera de Asistencia Sanitaria –por delegación en la secretaría general del Servicio Madrileño de Salud, según Resolución 26/2010, de 28 de julio– se dictó propuesta de resolución en fecha 14 de septiembre de 2011, en que se estima la reclamación indemnizatoria presentada, reconociendo el derecho de la interesada a ser indemnizada en la cantidad de 11.810,75 euros por entender que hubo una demora diagnóstica injustificable de casi un año en la asistencia sanitaria prestada en la Fundación Hospital Alcorcón. Dicha propuesta de resolución ha sido informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería de Sanidad el pasado 28 de septiembre de 2011(folio 163 del expediente).

CUARTO.-Del examen de la historia clínica de la paciente 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:

La reclamante, de 42 de años en el momento de los hechos, acudió a la consulta de Ginecología de la Fundación Hospital Alcorcón el día 13 de diciembre de 2007. En dicha consulta se le realizó exploración, ecografía ginecológica y toma de citología.

El día 8 de enero de 2008 la paciente acudió a consulta para recoger los resultados de la citología. En las anotaciones correspondientes a ese día se reseñó: “*citada para resultado de citología, no consta todavía. La paciente desea resultado por correo*” (folio 36 del expediente).

El diagnóstico anatomapatológico de la citología que se le realizó a la paciente fue informado el 9 de enero de 2008 constando en la historia clínica como “*lesión escamosa intraepitelial de alto grado (H-SIL) con hechos sugestivos de invasión endocervical*” (folio 122 del expediente).

En la historia clínica de la paciente figura una anotación el día 11 de abril de 2008, que dice literalmente: “*GICOR. H-SIL Citar con carácter preferente en consulta de TGI pruebas en el plazo máximo de 1 semana*” (folio 36 del expediente).

La interesada acudió el día 27 de noviembre de 2008 a la consulta de Ginecología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, remitida por su médico de Atención Primaria porque todavía no había recibido los resultados de la citología realizada el día 13 de diciembre de 2007.

Consta en la historia clínica que la paciente fue derivada de forma muy preferente a la consulta específica de patología de tracto genital inferior (TGI)

El día 22 de diciembre de 2008 la reclamante acudió a la consulta de patología del tracto genital inferior del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, refiriendo que no le habían dado los resultados de la citología de diciembre de 2007, por lo que tras reclamar en su Centro de Atención Primaria, le repitieron la citología en noviembre de 2008. En su centro de salud le habían realizado una nueva citología el día 14 de noviembre de 2008 que fue informada como anomalías en células epiteliales, lesión escamosa intraepitelial de alto grado (H-SIL). La fecha de salida del informe de anatomía patológica fue el día 15 de diciembre de 2008.

En esta consulta se le realizó citología (doble toma) + HPV, colposcopia: presencia de cambios mayores: En la porción cervical superior e inferior presenta epitelio acetoblanco intenso que abarca zona central y periférica muy extensa, con patrón en mosaico y losetas marcadas, además de

vascularización abundante y vasos atípicos que sangrar fácilmente al tacto. LLETZ (pieza de conización cervical) + LEC.

La interesada, el día 13 de enero de 2009, acudió a la consulta de patología del tracto genital inferior del Hospital Universitario Fundación Alcorcón. En la historia clínica correspondiente a ese día consta el diagnóstico anatomo-patológico siguiente:

“Pieza de conización cervical (LLETZ) fragmentada con: 1. Focos de adenocarcinoma precozmente invasivo (todos ellos con una profundidad de invasión menor de 3 mm) que respeta bordes quirúrgicos. No se observa invasión vascular. pT1a1 (TNM, 6^aedcic). 2. Adenocarcinoma in situ extenso que afecta borde endocervical en el cuadrante comprendido entre las 12 y las 3h. 3. Lesión escamosa intraepitelial (SIL) de alto grado con extensión a cuellos glandulares que afecta focalmente a ambos bordes quirúrgicos en el cuadrante comprendido entre las 3 y las 6h y focalmente al borde endocervical en el cuadrante comprendido entre las 3 y las 6h y entre las 6 y las 9h. 4. Displasia glandular focal en si cuadrante comprendido entre las 6 y 9h, que no afecta bordes quirúrgicos. -Citología: Anomalías en células epiteliales: células glandulares. Adenocarcinoma endocervical” (folio 37 del expediente)

Se informó a la paciente de los resultados y de la necesidad de cirugía radical. Se cita en consulta en Oncología Ginecológica de forma preferente (máximo en 1 semana).

La reclamante ingresa el día 11 de febrero de 2009 en el Servicio de Ginecología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, para tratamiento de Adenocarcinoma de cérvix estadio pT1a1.

El día 12 de febrero de 2009 se realiza a la interesada una histerectomía vaginal total simple según técnica ascendente habitual sin incidencias. La

evolución postoperatoria es favorable, siendo dada de alta hospitalaria el día 15 de febrero de 2009.

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 no se ha cifrado por la reclamante, por lo que al ser de cuantía indeterminada 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.

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, si bien las competencias de tramitación han sido atribuidas al viceconsejero de Asistencia Sanitaria, por el artículo 23.2.i) del Decreto 24/2008, de 3 de abril.

SEGUNDA.- La reclamante solicita indemnización por los daños y perjuicios que se le han causado por los hechos descritos en los antecedentes de hecho, concurriendo en ella la condición de interesada, exigida por mor de los artículos 31 y 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 integrado dentro de la red sanitaria pública madrileña. La Fundación Hospital Alcorcón es una organización sanitaria sin ánimo de lucro que fue constituida por el Insalud al amparo de la disposición final única del Real Decreto Ley 10/1996, de 17 de junio, y transferida a la Comunidad de Madrid el 1 de enero de 2002. Por ello presta el servicio sanitario integrado dentro del servicio de salud de la Comunidad de Madrid.

El 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 (cfr. artículo 142.5 de la LRJAP-PAC). En el caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo se contará “*desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas*”, lo que equivale a decir que el plazo prescriptivo empieza a correr desde que se tenga conocimiento cabal del daño realmente sufrido, y de su alcance y consecuencias, lo que constituye una aplicación de la teoría de la «*actio nata*», recogida en el artículo 1969 del Código Civil («*actioni nondum natae, non prescribitur*»).

En el caso examinado, consta en la historia clínica de la paciente que fue sometida el 12 de febrero de 2009 a una histerectomía vaginal total simple, siendo dada de alta el 15 de febrero de 2009, por lo que la reclamación presentada el día 6 de mayo de 2009 se habría ejercitado dentro del plazo legal, con independencia del momento de la curación o determinación del alcance definitivo de las secuelas.

TERCERA.- En la tramitación del procedimiento, se han seguido los trámites legales y reglamentarios. Dicho procedimiento para 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 Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero, y artículo 55 de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid, se encuentra regulado en el título X de la LRJAP-PAC (artículos 139 y siguientes), desarrollado en el citado RPRP.

A este procedimiento se encuentran sujetas, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJAP-PAC (en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero) y la disposición adicional primera del RPRP, 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.

Como se dijo *supra*, se ha recabado y evacuado informe de los servicios médicos afectados, cuya preceptividad resulta del artículo 10.1 del RPRP. Igualmente se ha recabado y evacuado el informe de la Inspección sanitaria.

En el expediente, se ha dado trámite de audiencia a la interesada, de conformidad con los artículos 84 de la LRJAP-PAC y 11 del RPRP. En el caso del Hospital Universitario Fundación Alcorcón, al tratarse de una fundación con personalidad jurídica propia e interesada en el procedimiento, por cuanto del mismo se puede derivar su responsabilidad, al amparo del artículo 31.1 b) de la LRJAP-PAC, tiene la condición de interesado y como tal debe darse audiencia ex artículo 84.1 de la LRJAP-PAC. En el expediente remitido consta que se ha cumplimentado dicho trámite, sin que la mencionada Fundación haya formulado alegaciones en tiempo y forma.

En suma, pues, de todo lo anterior, cabe concluir que la instrucción del expediente ha sido completa, sin que se haya omitido ningún trámite que tenga carácter esencial o que resulte imprescindible para resolver.

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, 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 ha de 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 razonable 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 de la *lex artis*, basado 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*, sin que nazca entonces responsabilidad alguna.

En este sentido, el Tribunal Supremo ha declarado que la responsabilidad surge del 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*).

Y 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*”.

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

QUINTA.- En el presente caso, resulta acreditado en el expediente que la reclamante fue diagnosticada de un adenocarcinoma precozmente invasivo, basándose la reclamación en que dicho diagnóstico fue tardío

debido a la actuación del Servicio de Ginecología del Hospital Universitario Fundación Alcorcón que no informó a la interesada de los resultados anómalos de la citología realizada el 13 de diciembre de 2007, y por tanto no realizó las pruebas precisas que habrían permitido detectar el cáncer de cérvix antes de lo que realmente se efectuó.

En suma, la cuestión que se plantea es si ha existido un retraso en el diagnóstico que haya supuesto lo que se ha venido en denominar una pérdida de oportunidad en cuanto al tratamiento con el consiguiente daño para la reclamante.

La pérdida de oportunidad como causa determinante de la producción de un daño antijurídico y, por ende, justificación de la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración ha sido recogida en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo desde la Sentencia de 7 de septiembre de 2005 (Recurso 1304/2001).

De igual manera, este Consejo ha admitido dicha doctrina en dictámenes como el 107/11, de 23 de marzo y el 413/11, de 20 de julio.

En todo caso, para que sea de aplicación dicha doctrina se exige que, como consecuencia de una deficiente actuación de la Administración se haya producido una pérdida de expectativas para el perjudicado que le hayan producido un daño. Como la práctica de la medicina no es, como ha reconocido abundante jurisprudencia, una ciencia exacta, se requiere además para la existencia de responsabilidad, una “*cierta probabilidad*” de que la actuación médica hubiera podido evitar el daño (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2010 -Recurso 863/2008-).

Por ello, en la jurisprudencia se ha reconocido la existencia de pérdida de oportunidad en supuestos en los que un retraso importante en el diagnóstico imposibilitó la práctica de una cirugía más conservadora (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 10 de marzo de

2010 (Recurso 69/2008)) y, en cambio, se ha rechazado en supuestos en los que el retraso en el diagnóstico no tuvo incidencia en la evolución de la enfermedad (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 de abril de 2009 (Recurso de Apelación 321/2008)).

En el presente caso, resulta acreditado en el expediente que como resultado de la citología practicada el 13 de diciembre de 2007, se diagnosticó una lesión escamosa intraepitelial de alto grado (H-SIL) con hechos sugestivos de invasión (endocervical). Según el informe de la Inspección Médica ante este diagnóstico “*siempre se debe realizar estudio colposcopico y biopsia*”. Sin embargo, en el caso de la reclamante, al no comunicarle los resultados malignos hallados en la citología cervical, no se realizaron las pruebas precisas que habría podido determinar de forma más precoz la enfermedad. De esta manera, como pone de manifiesto el informe de la Inspección Médica “*La asistencia que se le prestó a R.M.M.P., no fue adecuada, ya que se le debió haber informado de los resultados de la citología que se le había efectuado el día 13-12-07 y haberle realizado como así estaba indicado colposcopia y biopsia. La realización de la colposcopia y biopsia probablemente hubiera permitido realizar el diagnóstico de cáncer de cérvix aproximadamente un año antes de lo que realmente se le realizó y presumiblemente en un estadio anterior al que se le efectuó*”.

Como resulta de la historia clínica, no es hasta diciembre de 2008 cuando se deriva a la reclamante de forma muy preferente a la consulta de patología del tracto genital inferior, donde se realiza el adecuado y correspondiente estudio mediante colposcopia y biopsia, diagnosticándose en enero de 2009 un adenocarcinoma precozmente invasivo en estadio IAI (invasión del estroma de no más de 3 mm de profundidad y no más de 7mm de diámetro) procediéndose a su oportuno tratamiento. De lo dicho se puede concluir que hubo un retraso de algo más de un año en el diagnóstico que la reclamante no tenía la obligación de soportar.

De acuerdo con la doctrina jurisprudencial fijada, con la omisión por la Administración de la pronta comunicación de los resultados de las pruebas diagnósticas se privó a la reclamante de la oportunidad de obtener un tratamiento en las mejores condiciones posibles y, consecuentemente, se le perjudicó en cuanto al pronóstico de su enfermedad, por más que se desconozca cual hubiera sido éste en el caso de ser diagnosticado un año antes. En este punto el informe de la Inspección Médica no es concluyente pues señala que “*la realización de la colposcopia y biopsia probablemente hubiera permitido realizar el diagnóstico de cáncer de cérvix aproximadamente un año antes de lo que realmente se le realizó y presumiblemente en un estadio anterior al que se le efectuó*”. El dictamen emitido por la compañía aseguradora del Servicio Madrileño de Salud tampoco es más esclarecedor cuando señala que “*es evidente que nos encontramos en un campo de hipótesis y que no se puede asegurar al cien por cien que de haberse detectado un año antes el cáncer, hubiera sido inferior, ni que un año antes se encontrase en el estadio en el que se diagnosticó finalmente, pues según bibliografía especializada, un cáncer cervical in situ sin tratar, entre el 30-70% desarrollará un cáncer invasor en un periodo de 10-12 años, y en un 10% de las pacientes, las lesiones pueden progresar de in situ a lesiones invasoras en periodos inferiores a un año. Es decir, es imposible asegurar nada*”.

De los informes obrantes en el expediente no nos es posible conocer con certeza si la evolución de la enfermedad habría sido distinta, pero lo cierto es que se privó a la paciente de la atención oportuna, 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 causando a la reclamante un daño que no tenía la obligación jurídica de soportar. Por todo ello se estima que se ha vulnerado la *lex artis ad hoc* y procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial.

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

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2011, recuerda con cita otra del mismo Tribunal de 23 de septiembre de 2010 que:

"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".

Así pues, en la fijación de la indemnización a conceder hay que tener en cuenta, conforme a lo hasta aquí razonado, la doctrina de la pérdida de oportunidad, según la cual es posible afirmar que la actuación médica privó de determinadas expectativas de curación o de supervivencia, que deben ser indemnizadas, pero reduciendo el montante de la indemnización en razón de la probabilidad de que el daño se hubiera producido, igualmente, de haberse actuado diligentemente. Conforme a lo expuesto, resulta muy

difícil, con los datos recogidos en el expediente, pronunciarse sobre el perjuicio que le pudo producir el retraso.

Es preciso, a falta de elementos objetivos, valorar prudencialmente el retraso en la comunicación del diagnóstico y la pérdida de oportunidad durante un año en la cantidad global y actualizada de 15.000 euros.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial reconociendo a la reclamante una indemnización en los términos fijados en la consideración sexta de este dictamen.

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, 16 de noviembre de 2011