

En Logroño, a 18 de diciembre de 2015, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios, D. José Luis Jiménez Losantos y D. Pedro Prusén de Blas, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José Luis Jiménez Losantos, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

**50/15**

Correspondiente a la consulta formulada por la Consejería de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja, en relación con la *Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por D. M.A.M.S. por daños y perjuicios que entiende causados por el retraso de 7 meses en el diagnóstico de una tumoración renal; y que evalúa en 200.000 euros.*

## ANTECEDENTES DE HECHO

### Antecedentes del asunto

#### Primero

La reclamación se inició mediante escrito de diciembre de 2014, presentado por el reclamante en el Registro el siguiente 2 de diciembre de 2014.

La Consejería de Salud dictó Resolución de 22 de enero de 2015, en cuya parte dispositiva se resolvía tener “...por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial con efectos del día 19 de enero de 2015...” y se designaba Instructora del procedimiento.

## Segundo

En dicho escrito, de forma resumida y en cuanto a los datos más relevantes en lo que a este dictamen se refiere, el reclamante señala lo siguiente:

- En fecha 4 de febrero de 2014, le fue realizado un TAC toracoabdominal, solicitado por diagnóstico ecográfico previo de paniculitis mesentérica. En el informe médico que, al día siguiente, se realizó, se hacía mención a ausencia de hallazgos patológicos, incluyendo normalidad de ambos riñones, excepto coleditiasis y paniculitis mesentérica, siendo ambas benignas.
- Con ocasión de una revisión periódica por hiperplasia prostática, el 2 de septiembre de 2014 se le realizó una ecografía urinaria, hallándose una tumoración renal cortical, situada en el riñón izquierdo, de unos 3 cms. de diámetro. Con tal motivo, se revisaron las imágenes del TAC antes citado, de 4 de febrero 2014, comprobándose que, ya en ellas, era perceptible la tumoración.
- El 5 de septiembre de 2014, se le realizó un nuevo TAC abdominal, que confirmó el hallazgo.
- El 2 de octubre de 2014, se le realizó una cirugía programada, de lumbotomía exploradora y nefrectomía parcial, incluyendo la tumoración renal. Analizada por estudio anatomopatológico, se diagnosticó como carcinoma de células claras, grado nuclear 1 de Fuhrman, con áreas grado nuclear 2, sin necrosis, de 2,4 cms. de tamaño, estadio pT1a.

Estima, el reclamante que el error padecido, al no informar, con motivo del TAC de 4 de febrero de 2014, de la existencia de la tumoración y el carácter maligno, dice, de la misma, le han comportado la posibilidad de avance de la enfermedad y un empeoramiento del pronóstico.

En dicha reclamación, no cuantificó la cantidad en que calculaba el daño que decía producido.

## Tercero

La Instructora del procedimiento, tras remitir al reclamante un escrito de 23 de enero de 2015 –recibido por éste el siguiente 27- notificándole la iniciación del procedimiento, así como los plazos y demás datos necesarios, dirigió otro escrito, de 26 de enero de 2015, a la Dirección Gerencia del Área de Salud de La Rioja-Hospital *San Pedro*, solicitando la remisión de los antecedentes que existiesen y los datos e informes de interés en relación con la asistencia sanitaria prestada al reclamante en los Servicios de Radiodiagnóstico y de Urología; copia de la historia clínica de la asistencia reclamada exclusivamente; e informe de los Facultativos intervinientes sobre la asistencia prestada. Esta solicitud fue reiterada por escrito de 23 de marzo de 2015.

Igualmente, notificó la existencia de la reclamación a la Aseguradora del SERIS, la cual fue confirmada, en su recepción, por escrito de 27 de enero de 2015.

Dicha solicitud fue cumplimentada, por la Dirección del Área de Salud, mediante escrito de 31 de marzo de 2015, presentado en el Registro de la Consejería de Salud y Servicios Sociales el 10 de abril de 2015, y acompañado, entre otros documentos de carácter médico, de los informes de los Dres. O.B, del Servicio de Radiodiagnóstico; M.G. y E.M, del Servicio de Cirugía General.

Por escrito de 2 de febrero de 2015, presentado en ese mismo día, se personó en el expediente, en representación acreditada del reclamante, la Letrada D<sup>a</sup> M.L.M.P. En dicho escrito, se cuantificaron los daños reclamados en la suma de 200.000 euros.

Asimismo, se aportó, por la Aseguradora del SERIS, un informe médico-pericial, elaborado por el Dr. A.F, ex Médico forense (entre otros títulos), de 31 de agosto de 2015, en el que, tras una exposición de las circunstancias de hecho y la opinión pericial médica sobre ellas, establecía las siguientes conclusiones:

*“PRIMERA.- Que, el 5/02/2014, se realiza un TAC toraco-abdominal al informado, que pasa por alto la existencia de una lesión en polo renal inferior, hallazgo incidental que no estaba en relación con la patología estudiada del informado.*

*SEGUNDA.- Que, cuando se diagnostica el tumor, en TAC del 5/09/2014, la actitud quirúrgica, intensidad del tratamiento, probabilidades de curación y supervivencia, son idénticos a los que hubieran existido en caso de diagnóstico más precoz, en febrero, de acuerdo a los estándares científico mundialmente aceptados”.*

#### **Cuarto**

Cumplimentado el expediente, la Instructora, por escrito de 14 de abril de 2015, solicitó, a la Dirección General de Asistencia, Prestaciones y Farmacia, un informe, a elaborar por el Médico inspector que correspondiese, que fue emitido, el 7 de septiembre de 2015, y firmado electrónicamente, el siguiente 14. En dicho informe, como relevante a efecto del presente dictamen, se indica que:

*“1º.- En TAC abdominal, realizado al paciente el día 04/02/2015 [sic. debe decir 2014], pasó desapercibida una lesión que presentaba a nivel renal izquierdo y que fue detectada 7 meses más tarde, en otro TAC que se le realizó, siendo el diagnóstico de carcinoma renal, que ha sido tratado de manera adecuada.*

2º.- *Que, entre ambas exploraciones, no se observa ningún cambio respecto al tamaño, aspecto ni captación de contraste de la lesión renal, ni respecto a la presencia de adenopatías o diseminación a distancia. Tampoco constan datos que indiquen algún tipo de progresión clínica.*

3º.- *Que, por lo tanto, y pese a confirmar que, en este caso, ha existido un retraso diagnóstico, no se puede considerar que éste haya ocasionado un perjuicio al paciente, ya que no se ha apreciado un avance de la enfermedad ni empeoramiento clínico en este período”.*

### **Quinto**

Finalizada la instrucción del expediente, con los datos, informes y escritos precedentemente descritos, la Instructora, por escrito firmado electrónicamente el 24 de septiembre de 2015, puso tal circunstancia en conocimiento de la Letrada del reclamante, quien lo recibió el siguiente 29. En dicho escrito, se le concedía el trámite de vista del expediente y plazo de alegaciones.

Por escrito de 5 de octubre de 2015, presentado en ese mismo día en Registro auxiliar del Gobierno de La Rioja, formuló dicha Letrada un escrito de alegaciones, reiterando lo indicado en el iniciador del expediente, y, con remisión a los datos e informes obrantes en el mismo, la evidencia del retraso en el diagnóstico.

### **Sexto**

Completados los trámites referidos, con fecha 1 de diciembre de 2015, la Instructora elaboró la Propuesta de resolución, en el sentido de desestimar la reclamación, por no haber quedado acreditada la existencia de perjuicio alguno imputable al funcionamiento de los Servicios públicos sanitarios.

Recibida la Propuesta de resolución antedicha por la Secretaria General Técnica de la Consejería de Salud, ésta solicitó, a la Letrada de la Dirección General de los Servicios Jurídicos, en escrito firmado electrónicamente el 2 de diciembre de 2015, el preceptivo informe, el cual se llevó a cabo con fecha 10 de diciembre de 2015, considerando ajustada a Derecho la Propuesta de resolución.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito firmado electrónicamente en fecha 11 de diciembre de 2015, y registrado de entrada en este Consejo el 15 de diciembre de 2015, la Excm. Sra. Consejera de Salud del Gobierno de La Rioja remitió a este Consejo Consultivo, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

### **Segundo**

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el 15 de diciembre de 2015, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

### **Tercero**

Asignada la ponencia al Consejero señalado en el encabezamiento, la correspondiente ponencia quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **Primero**

#### **Necesidad de dictamen del Consejo Consultivo**

El art. 12 del Reglamento de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por RD 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una Propuesta de resolución.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11, g), de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción hoy vigente, fija la preceptividad del dictamen cuando la cuantía reclamada sea igual o superior a 50.000 euros. Siendo, en este caso, la reclamación de 200.000 euros, nuestro dictamen es preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, éste, a tenor del artículo 12.2 del citado RD 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPAC).

## **Segundo**

### **Sobre los requisitos exigidos para el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública**

De acuerdo con el marco jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, enunciado en el artículo 106.2 de la Constitución Española y desarrollado en el Título X de la LPAC, con el pertinente desarrollo reglamentario en materia procedimental, a través del RD 429/1993, de 26 de marzo, los requisitos necesarios para que se reconozca la responsabilidad patrimonial, tal y como este Consejo viene recogiendo en sus dictámenes (por todos, D.20/13), pueden sintetizarse así:

- 1º.- Existencia de un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (lesión antijurídica). El daño ha de ser efectivo (no hipotético, potencial o de futuro, sino real), evaluable económicamente (bien se trate de daños materiales, personales o morales) e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.
- 2º.- Que el daño sufrido sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de un servicio público, sin intervención del propio perjudicado o de un tercero que pueda influir en el nexo causal.
- 3º.- Que el daño no se haya producido por fuerza mayor.
- 4º.- Que no haya prescrito el derecho a reclamar, cuyo plazo legal es de un año, computado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde

la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo, no constituye una suerte de “seguro a todo riesgo” para los particulares que, de cualquier modo, se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones públicas.

Lo anterior es también predicable, en principio, para la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si bien, como ya dijera este Consejo Consultivo, entre otros, en su dictamen D.3/07, “...*la responsabilidad no surge sin más por la existencia de un daño, sino del incumplimiento de una obligación o deber jurídico preexistente, a cargo de la Administración, que es el de prestar la concreta asistencia sanitaria que el caso demanda: es esta premisa la que permite decir que la obligación a cargo de los servicios públicos de salud es de medios y no de resultado, de modo que, si los medios se han puesto, ajustándose la actuación facultativa a los criterio de la lex artis ad hoc, la Administración ha cumplido con ese deber y, en consecuencia, no cabe hacerla responder del posible daño causado, pues no cabe reconocer un título de imputación del mismo...*”.

Este Consejo ha venido recogiendo, en sus dictámenes, los requisitos para que se produzca la responsabilidad patrimonial sanitaria establecidos por los Tribunales de Justicia, en las Sentencias dictadas sobre dicha materia, de las que constituye exposición, clara, y ampliamente fundada, la de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior Justicia de La Rioja, de 15 mayo 2013 (Rec. núm. 31/2012; Ponente, Ilmo. Sr. D. J.M.E.P.), ya citada en anteriores dictámenes (cfr. D.04/14, D.41/14 y D.56/14), a los que nos remitimos.

### **Tercero**

#### **La existencia o inexistencia de los requisitos para que surja la responsabilidad de la Administración en el presente caso**

1. De lo expuesto por el reclamante, en sus escritos de solicitud del daño patrimonial cuya reparación económica reclama y de alegaciones, una vez finalizada la instrucción del expediente, podemos sintetizar que la funda en la posibilidad de que la tumoración empeorase, dificultando su pronóstico y agravando la enfermedad, a consecuencia del retraso temporal con que fue diagnosticada, concurriendo la omisión de su examen en el primero de

los dos TAC realizados al reclamante en febrero 2014; error de diagnóstico que se produce por omisión.

2. Y, de los datos obrantes en el expediente, hemos de concluir, acordes con todos los dictámenes e informes obrantes en el expediente, la adecuación a Derecho de la Propuesta de resolución en él dictada, por no concurrir en la reclamación el primero de los requisitos (y que constituye la “piedra angular” de la institución de responsabilidad patrimonial): la realidad del daño, en cuanto que, como se ha dejado señalado en el ordinal anterior, éste ha de ser real y efectivo, no cumpliendo tal requisito un “posible” o “hipotético” daño.

En efecto, ni en el escrito de reclamación iniciador del expediente, ni en el resto de datos, informes y dictámenes que en él obran, hay la más mínima referencia a la existencia de un daño real, efectivo y evaluable que lo pongan de relieve, siquiera sea implícitamente. Antes al contrario, todos los datos fácticos que se recogen –incluso el informe del propio Facultativo que lo cometió –son unánimes en considerar erróneo el no diagnóstico (en el informe expedido como consecuencia del primer TAC efectuado en febrero 2014), de la tumoración, así como en que la demora en su detección se produjo transcurridos 7 meses y por un hallazgo casual; aunque, en la determinación del error, discrepen sobre sus causas. Y todos los datos, fácticos, informes y dictámenes se muestran también unánimes en que la tumoración, ni presentó “avance” alguno en septiembre, cuando se procedió a su examen, con respecto a la existente en febrero, ni, tras la intervención quirúrgica practicada sobre ella en octubre de 2014, se ha producido sintomatología que revele un estado “activo” derivado de ese diagnóstico tardío producido erróneamente.

3. Como enseña la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Cont-Advo) de 16 de octubre de 1995 (RJ 7412):

*“...es doctrina jurisprudencial de este Tribunal (entre otras, en la Sentencia de 25 mayo 1987 [RJ 7133]), que para acceder a una reclamación por responsabilidad patrimonial de la Administración Pública ha de mediar una relación directa, inmediata y exclusiva de causa a efectos entre el acto de la Administración y el daño que éste acto ha producido, **siendo necesario que exista un acto o una omisión de la Administración Pública y un daño derivado de ellas efectivo, real, evaluable económicamente e individualizado**, siendo ésta una responsabilidad objetiva en la que ni siquiera se incluye la licitud o la ilicitud de la actuación de la Administración, lo que supone -según la Sentencia del mismo Tribunal de 11 abril 1987 (RJ 1987\4426)- la existencia (activa o pasiva) de una actuación administrativa, con resultado dañoso y relación de causa a efecto entre aquélla y ésta; incumbiendo su prueba a quien la reclame, a la vez que es imputable a la Administración la carga referente a la existencia de fuerza mayor, cuando se alegue como causa de exoneración.*”



*Este criterio jurisprudencial se contiene en la jurisprudencia precedente de este Tribunal en Sentencias de 14 octubre 1969 (RJ 1969\4415), 28 enero 1972 (RJ 1972\351), 2 febrero 1980 (RJ 1980\743), 25 junio 1982 (RJ 1982\4852) y se reitera, posteriormente, en las Sentencias de esta Sala de 6 marzo 1989 (RJ 1989\2176), 19 enero y 14 diciembre 1990 (RJ 1990\145 y RJ 1990\9972), 5 febrero y 20 abril 1991 (RJ 1991\1101 y RJ 1991\3073); 22 y 28 enero 1993 (RJ 1993\459yRJ 1993\422).*

*(...) La aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta al caso examinado es determinante para desestimar el recurso, pues conforme a la reciente Sentencia de este Tribunal de 2 marzo 1994 (RJ 1722) «es necesario **probar la existencia real y positiva de los daños, no siendo suficiente la aportación de daños hipotéticos, sino reales y concretos que guarden la debida relación de causa y efecto.** Igualmente a tenor de esta doctrina, en lo relativo a las ganancias dejadas de obtener, la prueba no ha de referirse a supuestos meramente posibles, pero de resultados inseguros, desprovistos de certidumbre. Por el contrario dicha prueba ha de ser rigurosa, sin que tengan valor las que sean dudosas y contingentes»...”.*

No sin gran abstracción, y aplicando el axioma *da mihi factum, dabo tibi ius*, se podría deducir, de los hechos expuestos en la reclamación, que el daño que el reclamante dice producido es un *daño moral* (que, como sabido es, forma parte de los daños reparables, con sus lógicas especialidades), derivado de haber conocido, tras un periodo de tiempo, la presencia de la tumoración, cuando esta había sido perceptible con anterioridad.

Pero, en primer lugar, no hay en el expediente dato alguno que permita fijar qué hecho o circunstancia ponga de relieve ese daño moral, o en qué aspectos personales del reclamante se haya reflejado tal daño; y, en segundo lugar, la inquietud -plenamente humana- que produce el conocer verse afectado por una tumoración, en el reclamante no pudo producirse sino en el momento en que tuvo conocimiento exacto de la presencia de la misma: cuando, tras el segundo TAC, en septiembre de 2014, se informa de su presencia, tras lo cual es sometido a intervención quirúrgica, practicando la prueba anatomo-patológica que determina el carácter maligno de la misma.

En definitiva, al igual que hemos especificado en los apartados anteriores, no existe prueba alguna que ponga de relieve la existencia de daños morales en el reclamante.

También podrían entenderse incardinables los hechos, expuestos por el reclamante, en la denominada doctrina de “la pérdida de oportunidad”, que, como señala la S. del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 3 diciembre 2012,

*“Podemos recordar la Sentencia de esta Sala y Sección de veintisiete de septiembre de dos mil once (RJ 2012, 939), recurso de casación 6280/2009, en la que se define la doctrina de la pérdida de oportunidad, recordando otras anteriores. Como hemos dicho en la Sentencia de 24 de noviembre de 2009 (RJ 8082), recurso de casación 1593/2008: «La doctrina de la pérdida de oportunidad ha sido acogida en la jurisprudencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, así en las sentencias de 13 de julio (RJ 2005, 9611) y*

*7 de septiembre de 2005, como en las recientes de 4 y 12 de julio de 2007 (RJ 2007, 4993), configurándose como una figura alternativa a la quiebra de la lex artis que permite una respuesta indemnizatoria en los casos en que tal quiebra no se ha producido y, no obstante, concurre un daño antijurídico consecuencia del funcionamiento del servicio». Sin embargo, en estos casos, el daño no es el material correspondiente al hecho acaecido, sino la incertidumbre en torno a la secuencia que hubieran tomado los hechos de haberse seguido en el funcionamiento del servicio otros parámetros de actuación, en suma, la posibilidad de que las circunstancias concurrentes hubieran acaecido de otra manera. En la pérdida de oportunidad hay, así pues, una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”.*

Pero sentada tal definición, la jurisprudencia mantiene la exigencia de la producción de un daño real y evaluable, al continuar especificando dicha Sentencia que:

*“... En definitiva, es posible afirmar que la actuación médica privó al paciente de determinadas expectativas de curación, 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” (FD 7º)....”.*

*“Apreciándose, pues, esa infracción de doctrina en la Sentencia recurrida, procede entrar en el fondo de la cuestión debatida en los términos en que queda planteado el debate que no son otros que determinar la indemnización por la pérdida de oportunidad apreciada por la sentencia recurrida. Como dice la Sentencia de esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2011 (RJ 1298, recurso de casación nº 5893/2006), y reitera la de 22 de mayo de 2012 (RJ 6930, recurso de casación nº 2755/2010), la denominada “pérdida de oportunidad” se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de éste mismo” (FD 4º).*

## CONCLUSIONES

### Única

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta, por considerar que no se justifican los daños producidos por el diagnóstico tardío alegado en dicha reclamación.

Este es el Dictamen emitido por el Consejo Consultivo de La Rioja que, para su remisión conforme a lo establecido en el artículo 53.1 de su Reglamento, aprobado por Decreto 8/2002, de 24 de enero, expido en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

EL PRESIDENTE DEL CONSEJO CONSULTIVO

Joaquín Espert y Pérez-Caballero