

En Logroño, a 10 de mayo de 2013, 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. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

25/13

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales, en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por D^a M^a E. A. R. por daños y perjuicios que entiende causados por retraso del SERIS en diagnosticar y tratar un carcinoma de mama; y que valora en 600.000 euros.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del Asunto

Primero

Mediante escrito de fecha 15 de mayo de 2012, registrado de entrada el siguiente día 18, la Abogado D^a Y. A. G., en representación de D^a M^a E. A. R., presenta una reclamación administrativa por responsabilidad patrimonial, que fundamenta resumidamente en lo siguiente:

"PRIMERO: En el año 2007, (la paciente) tuvo molestias en el pecho, dolor pinchazos; muy preocupada, acudió a su Médico de cabecera el Dr. A.. El citado Dr. ni siquiera se molestó en auscultar a la paciente, no le mira el pecho, prescribiéndole analgésicos varios. Como los dolores no se le pasaban, acudió cuatro o cinco veces, acompañada de una amiga, pero continuaba prescribiéndole analgésicos.

SEGUNDO: Ya en el año 2008, le salieron bultos, va nuevamente a A. y le indica que lo que padece es una inflamación de los ganglios porque seguramente ha cogido una infección por los nuevos agujeros que se ha hecho en las orejas para ponerse pendientes. Vuelve otra vez porque tales bultos le oprimían y nuevamente le prescribe analgésicos.

TERCERO. En el año del 2009, solicita cambio de Médico de cabecera con el Dr. D. J. C. P. S.. El nuevo Médico de cabecera le exploró, observando que el pezón se le está retrayendo, le indica que eso no tiene buena pinta, indicándole la realización de una biopsia. Los resultados de la biopsia indicaron que se

trataba de cáncer en estado muy avanzado, habida cuenta del tiempo tan largo que había transcurrido desde los primeros síntomas hasta ese momento.

CUARTO: Con anterioridad a la intervención quirúrgica, se indicó la conveniencia de iniciar tratamiento de quimioterapia, a fin de disminuir el tumor antes de operarla. Se le intervino quirúrgicamente, pero se continuó con tratamiento de quimioterapia y de radioterapia.

QUINTO: El cáncer de mama se extendió, padeciendo metástasis en el esternón y algún hueso de la columna. En la actualidad, continua con tratamiento, ya que tiene células cancerígenas en los huesos y en el endometrio. Se encuentra con tratamiento psiquiátrico y le han dado una incapacidad permanente."

Solicita una indemnización de 600.000 euros.

Segundo

Con fecha 21 de mayo, el Servicio de Asesoramiento y Normativa se dirige a la Letrada Sra. A. G., requiriéndole a que, en el término de diez días, proceda a acreditar la representación de la interesada.

El requerimiento es cumplido el siguiente 4 de julio, acompañado de escritura de poder general para pleitos.

Tercero

Mediante Resolución del mismo día 4 de julio, se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos de dicha fecha, y se nombra Instructora del procedimiento.

Cuarto

Por carta de fecha 4 de julio, la instructora comunica a la representante de la interesada la iniciación del expediente, informándole de los extremos exigidos por el artículo 42-4º de la Ley 30/1992.

Quinto

Mediante comunicación interna del siguiente día 5, la Instructora se dirige a la Dirección Gerencia del Area de Salud de La Rioja-Hospital *San Pedro*, solicitando cuantos antecedentes existan y aquéllos datos e informes que estime de interés relacionados con la asistencia sanitaria prestada por el Servicio de Ginecología del Hospital *San Pedro* a la paciente; copia de la historia clínica relativa a la asistencia

reclamada exclusivamente y, en particular, informe de los Facultativos intervinientes acerca de la asistencia prestada y la situación actual de la paciente.

La solicitud es reiterada el 3 de agosto de 2012.

Sexto

Mediante escrito de 23 de agosto, la Gerencia de Área remite al Servicio de Asesoramiento y Normativa copia de la historia clínica de la reclamante y el informe aportado por el Dr. D. J. A. E.

Séptimo

Con fecha 3 de septiembre de 2012, la Instructora remite el expediente a la Dirección General de Asistencia, Prestaciones y Farmacia, a fin de que, por el Médico Inspector que corresponda, se elabore informe sobre todos los aspectos esenciales de la reclamación, con el fin de facilitar la elaboración de la Propuesta de resolución.

Octavo

El Informe de Inspección, de fecha 13 de noviembre, tras un concienzudo examen de la documentación obrante en el expediente y consultado el historial clínico digitalizado de la reclamante, tanto a nivel de Atención Primaria como de Atención Especializada, incluyendo datos de la Fundación *Hospital de Calahorra*, a fin de completar la información existente, llega a la siguiente conclusión:

"A mi juicio, desde el principio, el Médico de cabecera, con independencia de que le explorara la mamas en consulta, obró diligentemente, pues era consciente de que, por los antecedentes familiares, era una paciente de riesgo que debía ser seguida por Servicios más especializados y dotados de tecnologías más precisas. Lo que ocurre es que, lamentablemente, a veces y a pesar de tomar todas las medidas que aconseja la ciencia, es imposible evitar la aparición de la enfermedad. En este caso que, por otra parte, merece toda nuestra compasión por la gravedad del mismo, considero que se han tomado todas las medidas aconsejadas por la Ciencia Médica, expresada por varias de las Asociaciones de Especialistas, tanto a nivel nacional como internacional.

Por lo descrito, considero que la actuación de todos los profesionales sanitarios que intervinieron, tanto en la Atención Primaria como en Especializada, lo hicieron dentro de los parámetros habituales en el saber médico actual, y que la actuación en particular de sus Médicos de cabecera, tanto del Dr. A. como el Dr. P. S., fue diligencia apropiada, tanto en tiempo como en forma".

Noveno

Obra a continuación en el expediente el dictamen médico emitido a instancia de la Aseguradora del SERIS, de fecha 1 de diciembre, que establece las siguientes conclusiones:

- “1. La paciente estaba debidamente controlada por el Servicio de Ginecología del Hospital Fundación Calahorra desde el año 2001 al menos.*
- 2. Cuando la paciente comunicó al Médico de Atención Primaria su miedo a padecer un cáncer, éste la envió a la Unidad de Patología de Mama adecuadamente.*
- 3. El no profundizar más en el estudio de los ganglios del cuello fue lógica al tener antecedentes de manipulación en las orejas. Además, la mamografía realizada en esos días, que fue normal indica eran cosas independientes.*
- 4. La palpación de la mama es un método mucho menos sensible que la mamografía para la detección precoz del cáncer de mama.*
- 5. Cuando un tumor de mama se palpa, se encuentra ya en un estado muy avanzado.*
- 6. La actuación del Dr. A., Médico de Atención Primaria de la paciente hasta 2009, fue correcta y acorde a la lex artis ad hoc.”*

Décimo

Mediante escrito de 11 de diciembre, la Instructora se dirige a la apoderada de la reclamante, dándole trámite de audiencia y, el día 11 de enero de 2013, comparece aquélla en el Servicio de Asesoramiento y Normativa y se le facilita copia de todos los documentos obrantes en el procedimiento, sin que presente escrito alguno de alegaciones.

Décimo primero

Con fecha 28 de enero de 2013, la Aseguradora del SERIS excluye su responsabilidad respecto de la asistencia prestada en el Hospital *Fundación de Calahorra*, por tratarse de un centro concertado excluido en virtud de la póliza (apartado 1.2.1).

Décimo segundo

Con fecha 19 de marzo de 2013, la Instructora del expediente emite Propuesta de resolución, en la que propone que se desestime la reclamación, por no ser imputable el perjuicio alegado, cuya reparación se solicita, al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

Décimo tercero

El Secretario General Técnico, el día 20 de marzo, remite a la Letrada de la Dirección General de los Servicios Jurídicos en la Consejería de Salud y Servicios Sociales, para su preceptivo informe, el expediente íntegro. El informe es emitido, en sentido favorable a la Propuesta de resolución, el día 26 de marzo.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 2 de abril de 2013, registrado de entrada en este Consejo el día 4 de abril de 2013, el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, 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 día 5 de abril de 2013, 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

Asumida la ponencia por el Consejero señalado en el encabezamiento, la misma 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 y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

El art. 12 del Reglamento de los Procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 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, limita la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 50.000 euros.

Al reclamarse por el interesado la cantidad de 600.000 euros, no cabe dudar del carácter preceptivo de nuestro dictamen.

En cuanto al contenido del dictamen, éste, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de 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 que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LPAC) reconoce a los particulares el derecho 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, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado, y debiendo existir una relación de causa a efecto directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado 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 dijimos, entre otros, en nuestro Dictamen 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 demande: 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 criterios 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”*.

Y, en nuestro Dictamen 29/07, en la misma línea, mantuvimos que los parámetros bajo los que se han de enjuiciar los criterios de imputación del daño a la Administración Sanitaria son el de la *lex artis ad hoc* y el de la existencia del *consentimiento informado*, distinguiendo *“si el daño es imputable a la actuación de los servicios sanitarios, por existir un funcionamiento anormal que contraviene los postulados de la lex artis ad hoc o por privar al paciente de su derecho de información o si, por el contrario, el resultado dañoso ha de ser soportado por éste quien, conocedor de los posibles riesgos, ha prestado voluntariamente su consentimiento”*.

Tercero

Sobre la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

Si nos atenemos a la reclamación planteada, el quebrantamiento de la *lex artis* que funda la exigencia de responsabilidad a la Administración es *“el retraso exagerado en el diagnóstico del cáncer de mama que le ha causado una metástasis de esternón, huesos y endometrio, lo que conlleva tratamiento psiquiátrico y una incapacidad permanente laboral”*.

Retraso de diagnóstico que imputa la reclamante a mala praxis de su Médico de cabecera, Dr. A., ya que, al solicitar cambio de Médico y ser aquél sustituido por el Dr. P. S., éste explora debidamente a la interesada y pauta la realización de una biopsia, cuyo resultado permite diagnosticar el cáncer.

La relación de hechos y fechas que expone la reclamante es parcial, tememos que intencionadamente, cuando no evidentemente falsa.

En efecto, la interesada refiere al año 2007 varios episodios en que el Dr. A., ante molestias en el pecho, dolor y pinchazos, se limita a prescribirle analgésicos. Asimismo, al

aparecerle en el año 2008 unos bultos en el cuello, el Dr. le indica que lo que padece es una inflamación de los ganglios, motivada por infección a causa de los nuevos agujeros que se había hecho en las orejas.

Del total historial clínico de la reclamante resulta que:

-En octubre de 2001, es vista en Consulta de Ginecología, y textualmente se dice: “*mamas simétricas no nódulos. Piel, pezones y axilas normales...los resultados de citología y mamografía están dentro de la normalidad*”.

-En febrero de 2005, es vista en relación a un estudio de esterilidad y, en lo que aquí nos interesa, se dice: *La exploración mamaria muestra mamas eutróficas (sin patología) simétricas, no nódulos, pezones y areolas normales.*

-En mayo de este mismo año, los resultados de una prueba de citología son normales.

-En nota del Dr. A. de noviembre de 2005, se dice que la paciente tiene miedo de padecer cáncer de mama, debido a que una hermana ha sido mastectomizada; la paciente solicita mamografía, pero el Dr. opta por enviarla al Servicio de Ginecología para que sea atendida, si bien con la referida nota, indicando el temor de la paciente.

-En noviembre de 2005 y en agosto de 2006 aparecen notas de derivación al Servicio de Cirugía General por la presencia de sendos lipomas.

-En enero de 2006, la Dra. de la S., de la FHC, anota lo siguiente: “*Solicita mamografía por antecedente familiar, hermana con carcinoma de mama. La exploración mamaria es normal. Pido mamografía, la última es de 2001*”.

-En febrero de 2007, la misma Dra. De la S. anota: “*Lleva prótesis mamaria desde octubre de 2006 en Colombia. En la exploración mamaria, no se palpan nódulos. Pido ecografía y mamografía.*”

-En marzo de 2008, aparece nota del Dr. A., enviándola a la Unidad de Patología de mama para revisión y control.

-En mayo de 2008, su nuevo Médico de cabecera, Dr. P. S., la envía a Consulta de Ginecología, figurando en las observaciones: “*Se palpa importante bultoma en zona inferior de mama izquierda, con antecedentes de cáncer de mama en hermana más joven y de útero en su madre.*”

-El 6 de octubre de 2008, hay una anotación en la que figura que le hicieron mamografía sin signos de malignidad.

-En enero de 2009, emite informe el Servicio de Anatomía Patológica, a propósito de una muestra para biopsia derivada por la Unidad de Mama, diagnosticando carcinoma ductal infiltrante, entrando desde entonces la paciente en protocolos de actuación para este tipo de patología: quimioterapia, cirugía y radioterapia.

No entramos a detallar esta última fase del tratamiento puesto que, de la reclamación, no parece desprenderse queja alguna. La supuesta infracción a la *lex artis* que la reclamante denuncia es, repetimos, un diagnóstico tardío, que imputa a su Médico de cabecera, Dr. A.

El sintético resumen del historial clínico de la interesada evidencia la carencia total de fundamento de su reclamación, al poner de manifiesto que la atención y vigilancia dispensada a la misma, ante el temor de una patología cancerígena, se remonta al año 2001 y continúa en los años 2005 y 2006, con varias atenciones, consultas, derivaciones a otros Servicios y pruebas, en algún caso del propio Dr. A., quien, en marzo de 2008, envía a la paciente a la Unidad de Patología de mama para revisión y control.

Cabe concluir que la atención y seguimiento prestados a la reclamante fueron más que diligentes, podríamos decir exhaustivos, sin que exista indicio alguno de posible retraso en el diagnóstico.

La falta de prueba en contrario es total, ni siquiera hace uso la reclamante del trámite de audiencia para intentar desvirtuar los informes que obran en el expediente, que coinciden en calificar de correcta y acorde a la *lex artis* la actuación de cuantos profesionales intervinieron, tanto en la atención primaria como en la especializada.

Tampoco acredita la interesada otras afirmaciones relacionadas con las consecuencias indemnizables del “retraso exagerado en el diagnóstico”. Nos referimos a la metástasis de esternón, huesos y endometrio, al tratamiento psiquiátrico y a la incapacidad permanente laboral que alega.

Es el informe del Servicio de Radioterapia, de 28 de diciembre de 2011, referido al tratamiento radioterápico postcirugía, no hay referencia alguna de posibles metástasis. Al contrario, hace referencia a una prueba (G.G. ósea) de fecha 6 de julio del mismo año, cuyo resultado dice: “*no captaciones que sugieran metástasis*”.

Y la misma ausencia de prueba existe sobre un hipotético tratamiento psiquiátrico o la secuela de una incapacidad laboral permanente. Estamos, pues, ante meras manifestaciones de parte, sin confirmación alguna en todo el expediente.

CONCLUSIONES

Única

Procede desestimar la pretensión de indemnización ejercitada por la reclamante, puesto que el daño por el que reclama no es imputable al funcionamiento de lo Servicios públicos sanitarios, al ser la actuación de los mismos conforme a la *lex artis ad hoc*”.

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