

En Logroño, a 18 de marzo de 2011, 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. José M^a Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

25/11

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D^a E.B. B., por los daños, a su juicio, causados en el Servicio Público de Salud, al tratar de extirparle un nódulo mamario.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

En fecha 17 de mayo de 2010, D^a E. B. B. presenta un escrito de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración, ante la Oficina General del Registro del Gobierno de La Rioja, por importe de 14.500 euros, haciendo constar el siguiente relato de hechos:

“En el año 2003, me fue practicada una revisión ginecológica rutinaria durante el transcurso de la cual me fue detectado un nódulo móvil en la mama izquierda, de aproximadamente 1,5 cm. de diámetro.

Por indicación del Facultativo que realizó tal revisión, me sometí a una prueba ecográfica que, según me expuso, no revelaba signo alguno del que se desprendiera que el citado nódulo tuviera naturaleza maligna, por lo que descartó practicar prueba complementaria alguna y me sugirió someterme a controles periódicos, cada seis meses, lo que cumplí rigurosamente durante los años siguientes, tras la práctica de cada uno de los cuales se me comunicó que el nódulo permanecía estable y que no existía indicio alguno de que el mismo tuviera naturaleza maligna.

En enero de 2009, adopté la decisión de someterme a la oportuna intervención quirúrgica de extirpación del citado nódulo, con la finalidad de evitar la angustia y preocupación que venía padeciendo desde que me fue detectado, decisión que trasladé a la Dra. D. E., quien la compartió y consintió, solicitando de hecho la programación de tal intervención.

El día 2 de abril de 2009, me sometí en el Hospital San Millán-San Pedro a dicha intervención, que fue realizada, bajo anestesia local, por el Cirujano Dr. O., auxiliado por la Dra. M.

Durante el transcurso de la misma, el citado Cirujano me indicó que había extirpado completamente el nódulo, el que incluso me exhibió en el interior de un recipiente para toma de muestras.

Como consecuencia de la citada intervención, sufrí dolores y molestias, que se prolongaron veinticinco días, durante los cuales no pude dedicarme a mis ocupaciones habituales.

Días después de tal intervención y previa cita, me sometí a un revisión postoperatoria, durante el transcurso de la cual, la Dra. que me atendió únicamente examinó la cicatriz, indicándome que presentaba un aspecto normal y que sería citada para nueva revisión en noviembre de 2009.

Llegado el mes de diciembre de 2009, no se me había citado a la revisión anunciada, ni siquiera se me había remitido copia ni noticia alguna del resultado del estudio anatómico-patológico del nódulo extirpado, por lo que contacté telefónicamente con el Servicio Riojano de Salud, y solicité ser citada en consulta para someterme a la oportuna revisión.

Previo cita, el día 1 de febrero de 2010, acudí a revisión al Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro, siendo atendida nuevamente por la Dra. D. E., la cual llevó a efecto una rápida exploración física de la mama izquierda, tras la que me indicó que ya no se apreciaba el nódulo.

Ante mi insistencia en ser sometida a una prueba ecográfica confirmatoria del éxito de la intervención, la citada Dra. accedió a interesarla.

El día 8 de febrero de 2010, se practicó la prueba ecográfica, durante el transcurso de la cual el Facultativo que la llevó a efecto me indicó que se apreciaba nítidamente un nódulo de las mismas características que el que supuestamente me había sido extirpado el día 2 de abril de 2009.

El día 19 de febrero de 2010, la Dra. D. me confirmó, que, por motivos que ignoraba, el nódulo no había sido extirpado en la intervención, y que continuaba alojado en mi mama izquierda, con un tamaño de 1-2 cm.

En tales fechas, recibí una carta remitida por la responsable de la Unidad de Diagnóstico de Mama, en la que me indicaba, textualmente: “después de examinar cuidadosamente las pruebas realizadas para estudiar la pequeña anomalía que se le descubrió en la mama, tenemos la satisfacción de comunicarle que no son precisos más controles en la Unidad de Diagnóstico de Mama”.

El día 29 de abril, interesé en la Oficina de Atención al Paciente copia de cuantos informes obraban en mi expediente.

A la citada reclamación, se adjuntan partes de baja y alta de incapacidad temporal por contingencias comunes; comunicación remitida a la reclamante por la Unidad de Diagnóstico de mama, así como diversos informes médicos relativos a la asistencia prestada.

Segundo

En fecha 19 de mayo, se dicta Resolución en la que se indica que se tiene por iniciado procedimiento general de responsabilidad patrimonial, nombrándose Instructora del mismo, comunicándose igualmente a la reclamante diversa información relativa a la instrucción del mismo.

Tercero

En fecha 2 de mayo, se solicita de la Gerencia del Área de Salud de la Rioja-Hospital *San Pedro*, cuantos antecedentes existan de la atención prestada a la paciente en el Servicio de Ginecología, su historia clínica relativa a la asistencia objeto de reclamación y en particular el informe de los Facultativos que le atendieron. La citada documentación consta a continuación en el expediente administrativo.

Cuarto

En fecha 28 de junio, se reclama informe a la Inspección Médica, que es evacuado, en fecha 20 de octubre, con las siguientes conclusiones:

1.- *Que, habiéndose recomendado conducta expectante, fue la propia paciente la que solicitó la extirpación de un nódulo mamario que se le había diagnosticado años atrás y para el que, según los protocolos consultados, no existía indicación de biopsia, dada su edad, aspecto y criterios ecográficos de benignidad de éste y que no había presentado cambios desde su aparición.*

2.- *Que, en la intervención de biopsia realizada al efecto, se extirpó una pieza de tejido, cuyo diagnóstico histológico fue de "cambios fibroquísticos", no pudiendo considerarse, tal y como se indica en la reclamación, que fuera tejido mamario absolutamente sano y sin anomalía alguna anatomopatológica.*

- *Según indica la literatura consultada, dicho diagnóstico, sinónimo de mastopatía fibroquística, es un concepto histológico que se utiliza para agrupar diversos cambios y lesiones de mama benignas, con un denominador común: la alteración no cancerosa de la arquitectura del tejido mamario. Dentro de dichas lesiones, se incluye el fibroadenoma. Las manifestaciones clínicas son diversas y, entre los síntomas y signos en que puede presentarse, se encuentra la induración de la mama, formación de áreas nodulares y presencia de uno o varios nódulos dominantes. En general, y máxime si no hay lesiones sospechosas de malignidad, no requiere ningún tratamiento específico.*

3.- *Que, dado que la intervención técnicamente se realizó de manera correcta y sin presentar incidencias, y en la misma se procedió a extirpar, tal y como procedía, una lesión en la zona indicada, que se pudo presentar como una formación nodular, con particularidades semejantes al nódulo que se solicitaba extirpar, no se puede determinar que la misma no se ajustara a la lex artis.*

4.- *Que, meses más tarde, se le volvió a detectar en la misma localización un nódulo mamario que, si bien todas las características que presenta, parecen indicar que se corresponde con el mismo nódulo que se quiso extirpar, en mi opinión, no es posible confirmarlo. Señalar que, en la primera revisión de la mama realizada tras la biopsia, éste no se apreció y, por otra parte, la mama presentaba cambios fibroquísticos proceso que, como ya se ha indicado, puede manifestarse con la aparición de más de un nódulo.*

5.- *Que, a la paciente, se le continúa realizando el pertinente seguimiento clínico por dicho nódulo, sin que, hasta la actualidad, haya presentado ningún tipo de consecuencia derivadas del mismo.*

6.- *Que, en relación con los daños y perjuicios por los que la reclamante solicita indemnización, en mi opinión cabría señalar que toda la intervención quirúrgica de biopsia, como la realizada, conlleva unas consecuencias posteriores que son inherentes a la misma y que, por tanto, deben ser asumidas por quienes aceptan su realización, como son, tanto el período de convalecencia como la cicatriz residual, máxime cuando, como en el caso que nos ocupa, es la propia paciente la que la solicita voluntariamente.*

7.- *Que, en relación con el escrito remitido a la paciente por la Unidad de Diagnóstico de Mama, señalar que resulta anecdótico, sin que de ello se desprenda ningún tipo de consecuencia, que, el mismo día que en dicha Unidad se le volvió a detectar un nódulo en la mama, se realizara el escrito en el que se le comunicaba que, en base a los resultados de la biopsia, y tal y como estaba indicado, no procedía realizarle nuevos controles.*

Quinto

Consta, a continuación, en el expediente el informe pericial emitido a instancia de la Compañía Aseguradora, cuyas conclusiones son las siguientes:

1.- *Se trata de un caso de cirugía de nódulo de mama, en el que se comprueba posteriormente en ecografía su persistencia.*

2.- *Se trataba de un nódulo en mama izquierda, en mujer joven, de características clínicas y ecográficas de benignidad, estable desde hacía 5 años, siendo la paciente la que solicita su extirpación.*

3.- *Las pruebas de imagen realizadas posteriormente a la extirpación mostraron la existencia de un nódulo en la misma localización y con las mismas características.*

4.- *A la vista del informe histológico, se extirpó un área nodular patológica (mastopática fibroquística).*

5.- *Desde nuestro punto de vista, la actuación médica debe calificarse como correcta y acorde a la lex artis, dado que, por la composición de las mamas en mujeres en edad joven, con abundante modularidad, una vez abierta la piel, puede resultar realmente complicado determinar el nódulo en cuestión.*

6.- *Debe quedar clara la benignidad del nódulo en cuestión, por lo que su extirpación, dado su tamaño, estabilidad y con una edad de 27 años, no está muy justificada desde el punto de vista médico.*

Sexto

El 1 de diciembre, se notifica a la reclamante la apertura del trámite de audiencia, obteniendo en fecha 10 del mismo mes copia del expediente y presentando escrito de alegaciones el día 21 del mismo mes.

Séptimo

El 18 de febrero, se dicta la Propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación interpuesta, que es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos, en fecha 24 del mismo mes.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 25 de febrero de 2011, registrado de entrada en este Consejo el 2 de marzo de 2011, el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja remite al Consejo Consultivo de La Rioja, a través de su Presidente y para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de fecha 3 de marzo de 2011, registrado de salida el 3 de marzo de 2011, el Sr. Presidente del Consejo Consultivo procedió, en nombre del mismo, a acusar recibo de la consulta, a declarar, provisionalmente, la misma bien efectuada, así como 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 del Dictamen del Consejo Consultivo

El artículo 12.1 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por el 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.

El art. 11,g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por la Disposición Adicional 2ª de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y Régimen Jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma de La Rioja, limita la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública, cuando la cuantía de las reclamaciones sea indeterminada o superior a 600 euros. La cuantía ha sido elevada a 6.000 euros por la Ley 5/2008, que ha dado nueva redacción al citado precepto, por lo que reclamándose la cantidad de 14.500 euros, nuestro dictamen resulta preceptivo.

En cuanto al contenido del dictamen, 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 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 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segundo

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de La Rioja

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 para la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, si bien en estos casos y como señala la Propuesta de resolución, la obligación del profesional médico y de la Administración sanitaria es una obligación *de medios y no de resultado*, de manera que, en principio, cuando se actúe de acuerdo con la *lex artis*, los daños no le pueden ser imputados a la Administración, o lo que es lo mismo, no tendrían la condición de antijurídicos, so pena de incurrir en el despropósito que supondría el exigir a la Administración que garantice siempre la curación de los pacientes.

Como venimos indicando con reiteración al dictaminar sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, cualquiera que sea el ámbito de su actividad en que se manifieste ésta, lo primero que inexcusablemente debe analizarse en estos expedientes es lo que hemos llamado la relación de causalidad en sentido estricto, esto es, la determinación, libre de conceptos jurídicos, de cuáles son las causas que objetivamente explican que un concreto resultado dañoso haya tenido lugar. Para detectar tales causas, el criterio por el que hay que guiarse no puede ser otro que el de la *condicio sine qua non*, conforme al cual un determinado hecho o conducta ha de ser considerado causa de un resultado dañoso cuando, suprimido mentalmente tal hecho o conducta, se alcance la conclusión de que dicho resultado, en su configuración concreta, no habría tenido lugar.

Sólo una vez determinada la existencia de relación de causalidad en este estricto sentido y aisladas, por tanto, la causa o causas de un concreto resultado dañoso, resulta posible entrar en la apreciación de si concurre o no el criterio positivo de imputación del que se sirva la ley para hacer responder del daño a la Administración, que no es otro que el del funcionamiento normal o anormal de un servicio público a su cargo, y de si concurren o no criterios negativos de esa imputación, esto es, de alguno de los que, expresa o tácitamente, se sirva la ley para negar esa responsabilidad en los casos concretos.

En el presente caso, parece evidente que ha existido un funcionamiento anormal del sistema público sanitario, pues, la reclamante fue sometida a una cirugía de nódulo de mama, que no produjo el resultado pretendido, pues posteriormente se comprobó que el nódulo que se pretendía extraer continuaba en el pecho de la reclamante.

Se aduce que el nódulo existente era de naturaleza benigna, y que la intervención es solicitada por la propia paciente. Sin embargo, a nuestro juicio, el hecho de que la intervención se llevase a cabo determina la necesidad o conveniencia de la misma, pues, de otro modo, no se hubiese realizado por único y exclusivo interés de la paciente. Se aduce también que la actuación médica debe calificarse como correcta y acorde a la *lex artis*, dado que, por la composición de las mamas de las mujeres en edad joven, con abundante modularidad, una vez abierta la piel, puede resultar complicado determinar el nódulo en cuestión. Sin embargo, no podemos compartir dicho razonamiento, pues, de la historia clínica, se desprende que el nódulo era perfectamente palpable, estando claramente localizado en C. externa de la mama izquierda (folio 40 del expediente). Por lo tanto, el nódulo estaba perfectamente localizado y venía siendo controlado a lo largo de los años, sin que aparezca ninguna anotación en la que se mencione la existencia de otros

nódulos, o de dificultades para su localización. Por lo tanto, persistiendo el nódulo tras la intervención que pretendía su eliminación, consideramos que existe responsabilidad patrimonial del servicio público sanitario, máxime cuando el consentimiento informado prestado por la paciente se refería a la extirpación de un nódulo que, de hecho, persiste tras la intervención consentida para extirparlo, sin que sea necesario ahora reiterar la doctrina de este Consejo en el sentido de que la falta de consentimiento informado determina de por sí la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Tercero

Sobre la indemnización procedente

Reclama la paciente, la cantidad de 14.500 euros, con arreglo al siguiente desglose:

-25 días de curación, a razón de 60 euros cada uno	1.500 euros
-Secuela consistente en cicatriz en seno izquierdo, de 3 cm. de longitud	8.000 euros.
-Daños morales y psíquicos	5.000 euros

Sin embargo, lo cierto es que los daños reclamados, en lo relativo a los días precisos para la curación y las secuelas, son daños inherentes a la intervención practicada, con abstracción del resultado obtenido, por lo que, en principio, no parecen susceptibles de ser indemnizados. Ahora bien, del relato de hechos, se desprende la existencia de daños morales, pudiendo indicar que la moderna jurisprudencia viene sosteniendo que no es imprescindible la prueba de los daños y perjuicios cuya indemnización se reclama, salvo cuando éstos resultan inherentes al incumplimiento como daños *in re ipsa* (SSTS 14-4-03, 17-03 y 5-3-02, entre otras) o de casos en los que *res ipsa alloquitur* (como sucede en el caso de los daños morales), así como, cuando de los hechos demostrados o reconocidos por las partes en el pleito, se deduzca necesariamente la existencia del daño (STS 15 de junio 92).

Por lo tanto, procede considerar que, en el presente expediente, la reclamante ha sufrido un daño moral susceptible de ser indemnizado en la cantidad de 3.000 euros, habida cuenta el criterio de valoración estimativa yalzada de este tipo de daños que ha venido sosteniendo la Jurisprudencia (cfr. las sentencias citadas en los DD.53/05 y 31/06) y este Consejo Consultivo en reiterados dictámenes (cfr. DD.69/09, 22/10, 55/10, 63/10, 79/10, 85/10, entre otros).

CONCLUSIONES

Primera

A juicio de este Consejo Consultivo, la presente reclamación debe ser estimada parcialmente, al considerar existente la relación de causalidad entre el daño alegado por la reclamante y el funcionamiento del sistema sanitario público.

Segunda

La indemnización a percibir se fija en la cantidad de 3.000 euros, que deberá ser abonada en metálico, con cargo a la partida presupuestaria correspondiente.

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