

En Logroño, a 25 de enero de 2019, 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**

**3/19**

Correspondiente a la consulta formulada por la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja, en relación con la *Reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por D<sup>a</sup> S. y D. I.M.R. por los daños y perjuicios que entienden causados por el fallecimiento de su madre D<sup>a</sup> P.R.S, que imputan al tratamiento tardío de una neoplasia mamaria seguida de una carcinomatosis ósea generalizada, y que valoran en 80.000 euros.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

**1.** La reclamación se inició por escrito de 26 de julio de 2017, presentado en el Registro de la Fundación *Hospital de Calahorra* (HFC) el siguiente día 27, y en el de la Consejería actuante (la de Salud del Gobierno de La Rioja) el día 3 de agosto de 2017, en base a los siguientes hechos, de los que extractamos sólo los relevantes a efectos del presente dictamen:

-En consultas externas (CEX) del Servicio de Ginecología (SGIN) del Hospital de la Fundación Hospital de Calahorra (HFC), de 3 de junio de 2013, se efectuó, a la paciente, una exploración de genitales y mamas, con resultado de “normal”, sin nódulos ni alteraciones de piel ni de pezón. En el informe, se hace constar, asimismo, que la última mamografía, realizada a la paciente en el Hospital *San Pedro* (HSP) del Servicio Riojano de Salud (SERIS) lo fue en el año 2012, y su resultado fue normal, si bien se indicó que la paciente no se realizó mamografía en la Unidad de detección precoz del cáncer de mama (UDCM).

-El 29 de junio de 2016, la paciente es derivada al Servicio de Urgencias (SURG) del HFC, para valoración de dolor en cadera, de 2 meses de evolución, solicitándosele una resonancia magnética (RM).

-El 19 de junio de 2016, y remitida por su Médico de atención primaria (MAP), la paciente es atendida de nuevo por el SURG, al presentar dolor de cadera, encontrándose en seguimiento por el Servicio de Rehabilitación (SREH). Se indica habersele realizado una radiografía, en la que no se apreciaron alteraciones significativas, así como no habersele efectuado la RM solicitada, por claustrofobia, al ser cerrada; por lo que se le solicita una RM abierta. Se adelanta la cita en SREH, al 2 de agosto de 2016, y se le cita en CEX del Servicio de Reumatología (SREU) el día 9 de agosto de 2016.

-El 9 de agosto de 2016 se le realizan radiografías de tórax y abdomen, así como una RM de columna lumbar y de pelvis, diagnosticándose una metástasis ósea en columna lumbar y sacro y en huesos ilíacos, pelvis, cabeza, cuello y diáfisis de fémur, isquion y acetábulos, encontrándose la paciente en ingreso hospitalario en ese mismo día.

-Durante los días siguientes, se le continúan realizando pruebas analíticas, ecocardiografía, estomamografía, biopsia de mama derecha, y se confirma el diagnóstico de metástasis óseas y hepáticas de un carcinoma de posible origen mamario. Se le mantiene hospitalizada, para control de dolor, en analgesia pautada, al no ser tributaria de tratamiento oncológico activo.

-Los días 27 y 28 de agosto de 2016, se produce un empeoramiento, por lo que se inicia una sedación, situación que se mantiene hasta que se produce su fallecimiento el 29 de agosto de 2016, a las 8:15 horas.

**2.** Tras el relato precedente, consideran los reclamantes que las metástasis que presentó su madre, *“fueron producidas por un cáncer de mama, el cual sólo fue detectado semanas antes de su fallecimiento”*. Por ello, estiman que, *“de haber sido detectado, en su momento, el cáncer de mama, el mismo podría haber sido objeto de tramitación y controlado, evitando el deceso”*. Terminan mostrando su queja y sentimiento, por cuanto, *“desde el año 2012, hasta su fallecimiento (la paciente), no fue objeto de mamografía”*, y consideran que, *“de haber sido controlada,... hubiera sido localizado el cáncer en un momento en el que no estaría manifestado con la agresividad”* que presentaba cuando fue detectado en los últimos días de su madre.

**3.** Tras esas alegaciones, los reclamantes concluyen fijando, sin más, el importe reclamado en la suma de 80.000 euros.

### **Tercero**

La Secretaría General Técnica (SGT) de la Consejería actuante dictó una Resolución, firmada electrónicamente el 22 de diciembre de 2017, por la que se tenía por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial con efectos del día 3 de agosto de 2017, y designaba Instructor del mismo; el cual remitió sendos oficios, de 8 de agosto de 2017

(notificados el 18 y el 14 de agosto de 2017, respectivamente), informando, a cada uno de los reclamantes, lo anterior y el plazo legal para resolver.

También se notificó la iniciación del procedimiento a la entidad Aseguradora de la Administración sanitaria actuante, existiendo en el expediente acuse de recibo de la Agencia AON, de fecha 1 de febrero de 2018, indicando ha dado traslado a la correspondiente Compañía Aseguradora.

#### **Cuarto**

El Instructor, el 8 de agosto de 2017, remitió oficio al Director Gerente de la Fundación *Hospital de Calahorra* (FHC), solicitándole los antecedentes, datos e informes que estimase de interés en relación con la asistencia sanitaria prestada a la paciente, incluyendo el informe de los Facultativos intervinientes en ella. Asimismo le indicaba que, de tener suscrito seguro, facilitase los datos de la Compañía Aseguradora para notificarle las actuaciones.

Mediante escrito de 2 de febrero de 2018, la Asesoría Jurídica de la FHC remitió toda la historia clínica de la paciente (iniciada el 1 de julio de 2009), indicando que, en ella, constaban los informes, antecedentes y datos clínicos correspondiente a la atención prestada en el HFC, a la paciente fallecida, y, entre ellos, la información relacionada con la reclamación.

De tales informes, se ha de resaltar el *informe de alta hospitalización*, suscrito por el Dr. M.S.V.G, en el cual, entre otras cuestiones, efectúa un relato histórico de las asistencias, pruebas e impresiones clínicas correspondientes a la paciente, desde el 9 de agosto de 2016; y del que, a efectos de este dictamen, hemos de destacar:

-Que, el 11 de agosto de 2016, se le valoran ecográficamente ambas mamas, manifestándose: en la mama izquierda, sin alteraciones; y, en la mama derecha, “*un marcado engrosamiento cutáneo y bandas de edema subcutáneo*”; añadiendo que los hallazgos detectados “*son inespecíficos y pueden corresponder a edema o linfangitis carcinomatosa*”;

-Que los días 13 y 17 de agosto de 2016, tras examinar las analíticas y pruebas realizadas a la paciente, se determinó, como juicio clínico: “*metástasis óseas; hipercalcemia tumoral (probable neoplasia de mama derecha), e insuficiencia renal*”.

## Quinto

Previa petición del Instructor, cursada por escrito de 6 de febrero de 2018, la Dirección General de Asistencia, Prestaciones y Farmacia remitió un informe, de 23 de abril de 2018, de la Inspección médica, en el que señalan los siguientes hechos relevantes:

-En el mes de junio de 2016, el MAP asistió a la paciente, por presentar un cuadro de dolor intenso a nivel de trocánter de fémur izquierdo, de 2 meses de evolución, pautándole tratamiento analgésico sin mejoría, por lo que la remitió al SREH, donde fue atendida el 29 de junio de 2016, y se le solicitó una RM.

-En el mes siguiente, empeoró el dolor, siendo remitida la paciente, en dos ocasiones al SURG del HFC, adelantándosele la revisión en SREH, y concertándosele una cita para valoración preferente en el SREU.

-El 4 de agosto de 2016 se le practica una RM lumbar y de pelvis, cuyo informe indica el reemplazamiento tumoral óseo primario o metastásico en la práctica totalidad de las estructuras óseas examinadas, *“incluyendo columna lumbar y sacro, iliacos, ramas púbicas, cabezas con cuello y diáfisis femorales, isquion y acetábulos”*.

-El 9 de agosto de 2016, ingresa en el HFC para su estudio, al ser remitida por el SREU, por las metástasis óseas detectadas en la RM.

-El 10 de agosto de 2016, se le practica una ecografía abdominal, en la que se aprecian lesiones en hígado sugestivas de metástasis. Valorada por el SGIN, no se palpan tumoraciones, por lo que se efectúa toma de biopsia con estudio anatómico-patológico, cuyo resultado sugiere, como primera posibilidad, una tumoración de estirpe epitelial.

-Valorada por el Servicio de Oncología (SONC), no se le considera candidata a quimioterapia paliativa, dado lo avanzado de su enfermedad, su situación de deterioro clínico importante, y las escasas expectativas de mejora. La familia acepta continuar únicamente tratamiento sintomático, con un progresivo empeoramiento, y su fallecimiento 29 de agosto de 2016.

**2.** Asimismo la Inspección médica actuante solicitó información al *Programa de detección precoz de cáncer de mama* del HSP y al SGIN del HFC; de dicha información resultan los siguientes datos:

-A la paciente, en el año 2012 y en la UDCM del HSP, con motivo de presentar un nódulo subcutáneo en mama izquierda, se le realizó un MGX, una ecografía y una punción para biopsia, con resultado de *“lesión de carácter benigna”*.

-Se le efectuaron revisiones periódicas en CEX del SGIN del HFC, en fechas 11 de julio de 2013 y 23 de octubre de 2015, con exploración de mamas, y ecografía vaginal y citología, sin evidencias de signos de malignidad.

-El 10 de marzo de 2016, la Unidad de detección precoz del cáncer de mama (UDCM) practicó, a la paciente, una mamografía, dentro del expresado *Programa de detección precoz del cáncer de mama*, no presentando imágenes sospechosas de patología maligna.

**3.** Finaliza el informe de la Inspección médica especificando que la posible neoplasia de mama como tumor primario, no constituye diagnóstico confirmado, por lo que no se puede considerar causa de la metástasis, y estima la asistencia sanitaria prestada como correcta y ajustada a la *lex artis*.

### **Sexto**

Posteriormente se aportó, a instancia de la Compañía de Seguros del HFC, un informe pericial, emitido, el 1 de mayo de 2018, por el Dr. G.G.L, Especialista en Ginecología y Obstetricia, que considera conforme con *la lex artis ad hoc* toda la asistencia sanitaria prestada a la paciente, efectuando las siguientes consideraciones:

-Comienza realizando un resumen histórico del total contenido de la historia clínica de la paciente, poniendo de relieve las numerosas atenciones y actuaciones médicas efectuadas desde la primera de las fechas que constan: el 20 de febrero de 2007.

-Añade un resumen de la bibliografía actual sobre diagnóstico, tratamiento y pronóstico de los tumores de la mama, manifestando que lo hace *“con la convicción de que, según la historia clínica, no se trata de un caso típico de cáncer de mama”*.

-Destaca, de esa bibliografía, que, ante la sospecha clínica fundada de patología, se debe realizar un estudio progresivo y proporcional a los síntomas o signos encontrados; esto es, inicialmente, una historia clínica y exploración, para, después, en función de los hallazgos, solicitar las pruebas complementarias oportunas y adecuadas a cada caso. No se deben realizar pruebas diagnósticas, especialmente, si conllevan cierta posibilidad de efectos no deseados, a no ser que estén indicadas.

-Señala que la mamografía es una de las mejores técnicas para detectar el cáncer de mama en sus primeras fases. A su vez, su valor predictivo positivo aumenta cuando la mama es menos densa: a más joven es más densa y, por tanto, con menor transparencia.

-Precisa que, una vez estudiada la mama por los métodos básicos de imagen, existen otras técnicas para completar, precisar y confirmar el diagnóstico justificado por los hallazgos previos; pero nunca estas pruebas se realizan, ni se deben realizar, de rutina o *“a ciegas”*, como métodos de cribado o de búsqueda aleatoria de la enfermedad.

-Prosigue señalando que, detectado el tumor, se debe realizar una punción o biopsia para confirmar el diagnóstico, así como un estudio lo más exacto posible de aquél, para determinar el mejor pronóstico del tratamiento que se ha de utilizar: quimioterapia, radioterapia o ambos conjuntamente. A tal efecto, en la actualidad, es fundamental el estudio de los distintos marcadores biológicos, e, incluso, la realización de

estudios genómicos, para determinar el tratamiento adecuado. En cualquier caso, la cirugía se ha de realizar una vez obtenido el resultado de la biopsia. En determinadas pacientes, en las que el tumor ha invadido estructuras vecinas y distantes (metástasis), la cirugía no está indicada como primera actuación.

-Aclara que los datos obtenidos de estudios estadísticos han contradicho la teoría, largo tiempo mantenida, de que el potencial maligno de las células cancerosas se desarrollaba a medida que crecía el tumor, pues se ha demostrado que algunos cánceres poseen un potencial metastático desde su nacimiento.

-Afirma que hay una falta de correlación entre las demoras diagnósticas y el tiempo de supervivencia, lo que refleja el hecho de que otros factores desempeñan un papel trascendental en la supervivencia, de tal manera que los fenómenos que influyen en la supervivencia están ocurriendo en un periodo en el cual el tumor está oculto y no es diagnosticable por la tecnología actual.

-Especifica que, en el análisis de la práctica médica del caso concreto, que la paciente ha sido atendida en un sinnúmero de visitas y actos médicos, realizando, con los datos extraídos de la historia clínica, una sínosis de las numerosas patologías en que aquellos se llevaron a cabo.

-Examina los actos realizados en los meses de julio y agosto de 2016, y, de ellos, concluye que no se puede atribuir a una mala calidad asistencial el aparente pero no real retraso en el diagnóstico de la enfermedad metastásica.

-Considera que la gran difusión de la enfermedad tumoral se debió a las biológicas intrínsecas del tumor original, que no dio síntomas en ningún momento.

2. El informe de la Inspección médica concluye que la paciente fue correctamente estudiada y tratada de las patologías presentadas, que fueron diagnosticándose progresivamente en función de la sintomatología que presentaba.

### **Séptimo**

Completado el expediente, por escrito de 2 de mayo de 2018, el Instructor notificó, a los reclamantes, la finalización de la instrucción, así como el plazo de que disponían para examinar el expediente y presentar alegaciones, sin que hicieran uso de tal derecho.

### **Octavo**

El 16 de octubre de 2018, el Instructor elaboró una Propuesta de resolución, en el sentido de que se desestimase la reclamación.

Recibida dicha Propuesta, la SGT de la Consejería actuante solicitó, el 16 de octubre de 2018, a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, la emisión del preceptivo informe, el cual fue evacuado, el 25 de octubre de 2018, en sentido favorable a la Propuesta de resolución.

### **Antecedentes de la consulta**

#### **Primero**

Por escrito firmado electrónicamente en fecha 24 de noviembre de 2018, y de entrada en este Consejo el siguiente día 26, la Excm. Sra. titular de la Consejería actuante 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 28 de noviembre de 2018 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 y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo**

En el presente caso, se reclama una indemnización superior a 50.000 euros, por lo que nuestro dictamen es preceptivo, a tenor de lo establecido en el art. 11, g), de la Ley 3/2001, en

relación con los arts. 65.4, de la Ley 4/2005, de 1 de junio, de Funcionamiento y régimen jurídico de la administración de la CAR (redactado por la Ley 7/2011, de 22 de noviembre) y 81.2 de la Ley (estatal) 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (LPAC'15); preceptos de los que resulta que procede recabar el dictamen del Consejo de Estado o del Órgano consultivo de la Comunidad Autónoma respectiva (en este caso, del Consejo Consultivo de La Rioja) cuando el importe de la indemnización reclamada sea de cuantía igual o superior a 50.000 euros.

En cuanto al contenido del dictamen, a tenor del art. 81.2.3 LPAC'15, el mismo 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, de acuerdo con los criterios establecidos en la propia LPAC'15, así como en el art. 34.2 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen jurídico del Sector público (LSP'15), que se remite a los criterios de la legislación en materia fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado; y pudiendo, en los supuestos de muerte o lesiones corporales, tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios (a tenor de la DF 3ª de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de reforma del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación).

## **Segundo**

### **Sobre los requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas.**

1. Aunque los procedimientos de responsabilidad patrimonial iniciados antes de 2 de octubre de 2016 (fecha de entrada en vigor de la LPAC'15, según su DF 7ª, y LSP'15, según su DF 18ª.1) continúan rigiéndose (según establece la DT 3ª, a) LPAC'15), por la normativa anterior [es decir, por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común (LPAC'92); y por el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo]; sin embargo, tanto la LPAC'92 como el precitado RD 429/1993 han sido derogados expresamente por la Disposición Derogatoria (DD) 2, párrafos a) y d), respectivamente, de la LPAC'15; por lo que los procedimientos de responsabilidad patrimonial que, como el que ahora nos ocupa, han sido iniciados después de la expresada fecha de 2 de octubre de 2016, se rigen por la normativa contenida: i) en los arts. 32 a 36 LSP'15 (que, respectivamente, regulan los

principios de la responsabilidad patrimonial, la responsabilidad concurrente de las Administraciones públicas, la responsabilidad de Derecho privado y la de autoridades y personal al servicio de las Administraciones públicas); y ii) en los arts. 65, 67, 81, 91, 92, 96.4 y 96.6, g), así como en la DT 5ª de la LPAC'15 (que, respectivamente, regulan las especialidades de los procedimientos de responsabilidad patrimonial en los trámites de inicio, informes y dictámenes, resolución, competencia, tramitación simplificada y responsabilidad derivada de declaraciones de inconstitucionalidad u oposición al Derecho de la UE).

2. Pues bien, nuestro ordenamiento jurídico (en concreto, los arts. 106.2, de la Constitución, 32.1 LSP'15 y 65, 67, 81, 91.2 LPAC'15) reconoce, a los particulares, el derecho a ser indemnizados, por las Administraciones públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, 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), salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley; siendo necesario, para declarar tal responsabilidad, que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado, con relación a una persona o grupos de personas; 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 (plazo que, en el caso de daños personales de carácter físico o psíquico, empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas).

3. 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.

4. 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 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 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 D.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*”.

#### **Cuarto**

##### **Sobre la responsabilidad de la Administración sanitaria en este caso**

1. El primero de los requisitos que, como hemos indicado, ha de concurrir para que surja la responsabilidad, es el de la existencia de un **daño** causado, lógicamente, en el ámbito de la actuación de los servicios públicos.

En este concreto caso, el “daño” alegado es el producido por el desafortunado fallecimiento de la madre de los reclamantes, que, en cuanto ningún otro dato concreto precisan, ha de ser calificado e indemnizado, como el “daño moral” que comporta la pérdida de un ser especialmente querido.

Ahora bien, para el nacimiento de la responsabilidad reclamada dicho daño ha de estar causado por la intervención de la Administración actuante en la atención de la paciente, pues sabido es que la responsabilidad patrimonial, en el ámbito sanitario, aunque es objetiva, sólo puede ser exigida si se aprecia algún tipo de deficiencia, anormalidad o funcionamiento incorrecto de las prestaciones sanitarias, esto es, como indica la doctrina francesa, una prestación defectuosa del servicio (*faute de service*). Así lo ha recogido también nuestra jurisprudencia, resumida en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS), Sala 3ª, Sección 5ª, de 15 de marzo de 2018, al señalar que:

“(En las)SSTS de 17 de abril de 2007 (y) 13 de noviembre de 1999, también afirmamos que «aun cuando la responsabilidad de la Administración ha sido calificada por la jurisprudencia de esta Sala, como un supuesto de responsabilidad objetiva, no lo es menos que ello no convierte a la Administración en un responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple uso de instalaciones públicas, sino que...es necesario que esos daños sean consecuencia, directa e inmediata, del funcionamiento, normal o anormal, de aquélla». Más en concreto, **en reclamaciones derivadas de prestaciones sanitarias**, la jurisprudencia viene declarando que «**no resulta suficiente la existencia de una lesión** (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), **sino que es preciso acudir al criterio de la lex artis** como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que **no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente**»(SSTS de 25 de abril, 3 y 13 de julio y 30 de octubre de 2007, 9 de diciembre de 2008 y 29 de junio de 2010), por lo que «**la actividad médica y la obligación del profesional es de medios y no de resultados**, de prestación de la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo, de manera que los Facultativos no están obligados a prestar servicios que aseguren la salud de los enfermos, sino a procurar por todos los medios su restablecimiento, por no ser la salud humana algo de que se pueda disponer y otorgar, no se trata de un deber que se asume de obtener un resultado exacto, sino más bien de una obligación de medios, que se aportan de la forma más ilimitada posible» (entre otras, SSTS de 10 y 16 de mayo de 2005)”.

Además, se precisa, como antes hemos indicado, una **relación de causalidad**, es decir, que la prestación sanitaria incorrecta haya originado el daño producido.

2. Los comparecientes fundan su reclamación en considerar que, si el tumor hubiera sido detectado en su momento, el cáncer de mama, “*podría haber sido objeto de tratamiento y controlado*”, evitando la metástasis y, consecuentemente, el desafortunado deceso de la paciente; esto es, reclaman con fundamento en la que se viene denominado “doctrina de la pérdida de oportunidad”; en este caso, por diagnóstico tardío, que, de concurrir, constituye uno de los motivos que da lugar al nacimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

A) Pero la consideración que efectúan parte de la premisa errónea de que la paciente “*desde el año 2012, hasta su fallecimiento, no fue objeto de exploración mamaria*”. Aserto que se contradice con los hechos, ya que:

-La paciente fue objeto de una mamografía en el año 2012, que, si bien estaba referida a la mama izquierda, fue consecuencia de un nódulo subcutáneo observado en una exploración, en la que, hemos de suponer, por pura lógica y en atención al carácter de gravedad que tales elementos pueden presentar, también se llevó a cabo exploración de

la derecha, no obteniendo síntoma alguno. Además, el resultado fue lesión de características benignas.

-En el año 2013, se repitió la explotación mamaria, no llevándose a efecto mamografía, tanto por no encontrar síntomas, cuanto por la cercanía con la efectuada en 2012, con resultado benigno.

-Se le efectuó nueva exploración de mama el 23/10/2015, en la CEX de del Servicio de Ginecología del HFC, sin evidencias de signos de malignidad.

-Incluso en la mamografía que se le realizó por la UDCM, en el seno del *Programa de detección precoz del cáncer de mama*, el 10 de marzo de 2016, es decir, escasos meses antes de su óbito, tampoco presentó imágenes sospechosas de patología maligna.

**B)** Tan sólo en el examen de las analíticas y demás pruebas que se efectuaron a la paciente los días 13 y 17 de agosto de 2016, los informes existentes en la historia clínica indican “*probable neoplasia de mama derecha*”, como causa de las “*metástasis ósea, e hipercalcemia tumoral*”, que son los hallazgos exactos detectados. Pero, además de la aleatoriedad de la expresión, como se manifiesta en el informe de la Inspección médica, tal diagnóstico no está confirmado por los estudios a tal efecto realizados a la paciente.

**C)** Estamos, pues, ante un caso, en sus generalidades, similar al examinado en nuestro dictamen D.76/10, en el que señalábamos que:

*“La reclamación, presentada bajo la comprensible conmoción que provoca el diagnóstico y tratamiento de una gran tumoración ovárica —tratada mediante intervención quirúrgica y quimioterapia posterior—, deduce de esta evidencia un retraso injustificable en el diagnóstico, pues, dado el tamaño del tumor, debió ser observado en las sucesivas asistencias prestadas por el Servicio de Urgencias del Hospital San Pedro y por el Servicio de Ginecología, lo que denota —en opinión de la reclamante— una falta de estudio y valoración del estado de los ovarios, pues, como quiera que el tumor no es de crecimiento rápido, deduce que «ya estaba presente con anterioridad», según afirma en su escrito inicial, o que «es forzoso entender que el tumor estaba presente en los meses anteriores y que los síntomas respondían a ello», como afirma en el escrito de alegaciones.*

*Pero esta lógica del «hombre corriente» al valorar los hechos no se corresponde con los datos reflejados en la documentación de la historia clínica de la reclamante y los informes médicos aportados respecto del proceso del cáncer de ovarios y de la enfermedad de la reclamante.*

*En este sentido, y a falta de otra evidencia o prueba que no sea aquella lógica —humanamente comprensible— del «hombre corriente» sobre la falta de estudio de los ovarios que hubieran permitido diagnosticar con antelación la gran tumoración de ovario, el informe de los Especialistas en Obstetricia*

*y Ginecología es contundente, tras las consideraciones médicas sobre el diagnóstico precoz del cáncer genital femenino”.*

**D)** Y, al igual que expresábamos en el referido D.76/10, debemos reiterar ahora que, lego como es este Consejo en materia médica, hemos de apoyarnos en los informes técnico-periciales obrantes en el expediente, de los que no podemos exponer otra conclusión que la reflejada, en las, acertadamente, expuestas palabras del informe de la Inspección médica, en cuanto que, no dando síntomas en ningún momento el tumor que originó la diseminación ósea metastásica, la paciente fue correctamente tratada de las patologías presentadas, que fueron diagnosticándose progresivamente en función de la sintomatología. Tratar de anudar otras consideraciones jurídicas a los actos médicos reflejados en el expediente, constituiría una actuación temeraria en la que no debemos incurrir.

## **CONCLUSIONES**

### **Única**

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este expediente, dado que la asistencia sanitaria prestada a la paciente se ha ajustado a la *lex artis*.

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