

En Logroño, a 15 de septiembre de 2009, 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, siendo ponente D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

62/09

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 T. E. B. R., por los daños y perjuicios consecuencia, a su juicio, de la asistencia recibida en el Servicio Riojano de Salud.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del Asunto

Primero

Mediante escrito de fecha 2 de julio de 2008, D^a T.E. B. R. plantea reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria exponiendo, en síntesis, lo siguiente:

Que, atendida el 12/01/2007 por la Dra. P., para valoración de un bulto en el pecho derecho, es derivada a la Unidad de Mama en la que se le realiza Ecografía, Mamografía y extracción de líquido para biopsia, que se realiza el 09/02/07, diagnosticando la Dra. “*nódulo retroareolar derecho*” y sugiere, como tratamiento, intervención quirúrgica y exéresis del nódulo, sin transmitir preocupación alguna ni dar a entender que se tratara de algo grave. El 7 de mayo, es intervenida para extracción del nódulo y, posteriormente, recibe cita para Consulta de Ginecología el 3 de julio, en la que es atendida por el Dr. S. M. que manifiesta su asombro por el diagnóstico de anatomía patológica (*carcinoma intraductal de grado medio con necrosis focal y con área de microinvasión*) que ha encontrado en la Consulta a primera hora de la mañana, diagnóstico que consta se determinó el 16 de mayo. Tras ser explorada, es citada para dos días más tarde, en que se le realizan las pruebas preoperatorias; el día 6 de julio, es recibida por el Jefe del Servicio

de Ginecología y Obstetricia, Dr. M., quien, a la vista de los informes y la exploración, decide realizar la mastectomía y linfadenectomía axilar derecha, intervención que se lleva a cabo el siguiente día 23.

Considera la reclamante que, dada la gravedad del diagnóstico, se debería haber informado inmediatamente y no haber dejado transcurrir dos meses, pudiendo haberse evitado la mastectomía y linfadenectomía axilar y el shock emocional al recibir un diagnóstico de carcinoma cuando nadie había mencionado esta palabra y en dos meses no se había recibido notificación del resultado.

Acompaña a su escrito los siguientes documentos:

- Estudio anatomopatológico de 09/02/2007.
- Informe de la Unidad de Patología Mamaria de 16/02/2007.
- Consentimiento informado de 08/03/2007.
- Informe de Alta de la intervención de exéresis del nódulo de mama.
- Citación para consulta con Dr. S. M.
- Informe de Biopsia con fecha de registro 09/05/2007.
- Consentimiento informado de 06/07/2007.
- Informe de Biopsia con fecha de registro 23/07/2007.
- Informe de Alta de Hospitalización de 28/07/2007.

Segundo

Mediante Resolución del Secretario General Técnico de la Consejería, de 8 de julio de 2008, se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos del día 4 anterior, fecha en que tuvo entrada el escrito de reclamación, y se nombra Instructora del procedimiento a Dña. C. Z. M.

Por carta de fecha 9 de julio, se comunica a la interesada la iniciación del expediente, informándole de los extremos exigidos por el artículo 42-4º de la Ley 30/1992. Y, con la misma fecha, se remite a la Correduría de Seguros A. G.y C. copia de la reclamación presentada. La Correduría de Seguros acusa recibo el siguiente día 14.

Tercero

Mediante comunicación interna de la misma fecha, la Instructora se dirige a la Dirección Gerencia del Área de Salud de La Rioja-Hospital *San Pedro*, solicitando cuantos antecedentes, datos e informes estime de interés relacionados con la asistencia sanitaria prestada a la interesada; una copia de la historia clínica relativa a la asistencia reclamada exclusivamente; en particular, informe de los Facultativos intervinientes en la asistencia

prestada; y el parte de reclamación cumplimentado por cada Facultativo implicado en los hechos.

La solicitud es reiterada mediante escritos de 19 de agosto, 19 de septiembre y 7 de noviembre de 2008.

Cuarto

Mediante escrito de 15 de enero de 2009, la Gerencia de Área remite a la Secretaría General Técnica la documentación solicitada, que incluye la historia clínica de la paciente y sendos informes de las Dras. B. G. y P. M. y del Dr. M. B., Jefe del Servicio de Ginecología.

Quinto

Con fecha 23 de enero de 2009, la Instructora remite el expediente a la Dirección General de Aseguramiento, Acreditación y Prestaciones, a fin de que, por el Médico Inspector que corresponda, se elabore el pertinente informe.

Sexto

El Informe de Inspección, de fecha 20 de febrero de 2009, establece las siguientes conclusiones:

“1.-El día 12 de Enero de 2007, y ante la presencia de una lesión en la mama derecha, D^a T. E. B. R. es derivada a la Unidad de Mama para estudio.

2.-La Unidad de Mama emite su Informe el día 16 de febrero de 2007 y la paciente es revisada en Consulta el día 8 de marzo de 2008. En esta fecha, no se había establecido malignidad, si bien, siguiendo una línea de acción prudente, se indica una exéresis completa de la lesión.

3.-La exéresis y posterior biopsia se llevan a cabo en mayo de 2007, conociéndose los resultados de la biopsia el día 16 de mayo de 2007.

4.-La paciente es citada de nuevo el día 3 de julio de 2007 y, a la luz de los resultados de la biopsia, se decide realizar una mastectomía más linfadenectomía, que se lleva a cabo el día 23 de julio de 2007.

5.-Tanto el diagnóstico como el tratamiento son correctos, encontrándose la paciente a día de hoy, libre de enfermedad.

6.-En relación con lo expuesto en el punto 8º del escrito de reclamación, hay que señalar que los diagnósticos de mastopatía fibroquística y de carcinoma ductal infiltrante no son mutuamente excluyentes, si bien el primero no puede establecerse hasta una vez realizada la mastectomía,

mientras que el segundo se establece tras la exéresis quirúrgica y biopsia que se realizan con anterioridad.

Sobre el hecho de que no se informare a la paciente antes de la cita del 3 de julio de 2007 sobre el resultado de la biopsia que se conocía desde el día 16 de Mayo, baste señalar lo ya indicado por el Dr. G. M. B., Jefe de Servicio de Ginecología del Hospital San Pedro en su Informe de fecha 14 de diciembre de 2009 (folio n° 25 del expediente). Según dicho informe, los resultados de las biopsias se envían a las Consultas donde está citada la paciente y según el caso, se toman unas u otras medidas de información.

Según el Dr. M., se trataba de un cáncer “muy localizado e inicial, que a veces puede plantear problemas diagnósticos, pero que el pronóstico es generalmente muy favorable.”

Aún aceptando que el periodo de tiempo transcurrido resultara subjetivamente muy largo para la paciente, los hechos posteriores, vista la buena evolución del caso, no indican que la atención prestada por el Servicio de Ginecología fuera causa de daño a la paciente.

7.- Considera D^a T. E. B. R. que la demora de 6 semanas, entre el 16 de mayo de 2007, momento en que se conocen los resultados de la biopsia, y el 3 de julio de 2007, momento en que se le comunican dichos resultados y en que se decide realizar la mastectomía y lintadeneotornia, podían haber evitado dicha intervención. Considera este Inspector que, si bien podría estar justificada esta percepción por parte de la paciente, lo cierto es que el tipo de intervención viene determinada por factores diagnósticos y pronósticos establecidos, por lo que la decisión hubiera sido la misma en mayo que en julio, a la luz del tipo de lesión y del índice pronóstico que presentaba la lesión.

En consecuencia, no se puede determinar que haya existido una mala praxis médica. estimando que se ha dado a la paciente la prestación médica adecuada con los medios disponibles del sistema sanitario.”

Séptimo

Obra a continuación en el expediente el dictamen médico emitido a instancia de la Aseguradora, de fecha 26 de abril, que concluye:

“1.- Se trata de una reclamación por la demora de 2 meses en comunicar el resultado de la biopsia de un nódulo extirpado (carcinoma intraductal de mama con áreas de microinfiltración), cuando todos los profesionales que la asistieron hasta entonces hablan hablado de “benignidad”. Asimismo señala que, en caso de iniciar el tratamiento estos 2 meses antes, se podría haber evitado la mastectomía realizada.

2.- D^a T. B. fue correctamente evaluada ante la existencia de un nódulo palpable de mama derecha, realizándose las exploraciones correctas y contempladas en los actuales protocolos asistenciales.

3.- El resultado de estas pruebas, recomendaban la exéresis completa del mismo, pero en ningún caso informaban de presencia de células malignas. No hay anotación alguna en la historia clínica referente a la clara “benignidad” del nódulo, tal y como señala la reclamante.

4.- Sin que sepamos la razón, una vez extirpado, existió un retraso en la notificación de la naturaleza maligna del nódulo de unos 2 meses.

5.- Es evidente que la reclamante debió ser informada antes del resultado de la biopsia del nódulo extirpado, pero, dadas las características del tumor y su comportamiento biológico, esta demora de 2 meses no tuvo repercusión alguna ni en el tipo de cirugía indicado (mastectomía) ni en el pronóstico.”

Octavo

Mediante escrito de 29 de abril, la Instructora se dirige a la reclamante dándole trámite de audiencia y, el siguiente día 11 de mayo, atendiendo la solicitud telefónica de la misma, se le facilita copia del expediente. Mediante escrito de 22 de mayo, formula unas breves alegaciones destacando la demora de dos meses en la recepción del resultado de la biopsia.

Noveno

Con fecha 23 de junio de 2009, la Instructora del expediente emite Propuesta de resolución en la que propone “*que se desestime la reclamación presentada por D^a T. E. B. R., en la cual solicita una cuantía indemnizatoria de 50.000 Euros, por no ser imputable el daño alegado, cuya reparación solicita, al funcionamiento de los Servicios Públicos Sanitarios*”.

Décimo

El Secretario General Técnico, el día 26 de junio, remite a la Letrada de la Dirección General de los Servicios Jurídicos en la Consejería de Salud, para su preceptivo informe, el expediente íntegro. El informe es emitido en sentido favorable el día 13 de julio de 2009.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito fechado el 3 de agosto de 2009, registrado de entrada en este Consejo el 28 de agosto de 2009 el Excmo. Sr. Consejero de Salud del Gobierno de La Rioja, remite al Consejo Consultivo de La Rioja para dictamen el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

Mediante escrito de 28 de agosto de 2009, registrado de salida el día 28 de agosto de 2009 , el Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja procedió, en nombre del mismo, 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 señalada.

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 dada por la D.A. 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, limitaba la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 600 euros. La cuantía ha sido elevada a 6.000 euros por Ley 5/2008.

Al ser la cuantía de la reclamación superior a dicha cifra, nuestro dictamen resulta preceptivo.

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 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

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 LRJ-PAC) 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.

Partamos de la base de que, en opinión de este Consejo, ha existido un funcionamiento anormal de los Servicios Públicos Sanitarios consistente en el retraso en comunicar a la paciente la malignidad del nódulo extirpado el 7 de mayo de 2007, retraso que califican de inexplicable los autores del informe emitido a instancias de la Aseguradora. “*No parece razonable –dice el informe en sus consideraciones médicas– que, existiendo un informe histológico fechado el día 16 de mayo de 2007 que informa de la existencia de una neoplasia de mama (carcinoma intraductal con áreas de microinfiltración), la información a la paciente se demore hasta el día 3 de julio*”. Y añade, en la última de sus conclusiones, que la reclamante debió ser informada antes del resultado de la biopsia del nódulo extirpado.

Ahora bien, para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración sería preciso que, como resultado de tal funcionamiento anormal, en relación de causa a efecto, se hubiera producido un daño resarcible, daño cuya prueba incumbe a la reclamante.

Evidentemente, en el supuesto examinado, el daño no puede ser otro que la pérdida de oportunidades terapéuticas por el retraso en informar del resultado de la biopsia, la posibilidad que alega la interesada de haberse evitado la mastectomía y linfadenectomía axilar.

Sin embargo, no hay prueba alguna, ni siquiera indiciaria, de que el conocimiento más precoz del resultado de la biopsia hubiera determinado se optara por una intervención menos agresiva que la mastectomía y la linfadenectomía axilar. Y, por mucho que intentemos minorar el rigor de las disposiciones que rigen la carga de la prueba, siempre tendrá que aportar quien reclama un principio de prueba de la existencia del daño y de que éste es consecuencia del funcionamiento del servicio público.

Nos encontramos de nuevo, en el presente caso, ante una ausencia total de actividad probatoria por parte de la reclamante. Además del Informe de Inspección y el dictamen pericial aportado por la Aseguradora, obran en el expediente informes de todos los Facultativos intervinientes en la asistencia prestada por los servicios públicos sanitarios a la interesada. Frente al juicio técnico contenido en los referidos informes, y a pesar de que pudieran cuestionarse por la posibilidad de ser considerados como informes de parte, no pueden gozar de eficacia enervante las manifestaciones de la reclamante sobre la pérdida de oportunidad, manifestaciones que, siendo también de parte, están realizadas por quien carece de la cualificación científica necesaria para enjuiciar cualquier proceso médico.

En consecuencia, este Consejo, lego también en Medicina, se ve constreñido, al emitir su dictamen, al análisis de cuantos informes y pericia obran en el expediente y, a la vista de los mismos, ha de concluir que el retraso en la comunicación del resultado de la biopsia, tanto a la interesada como al Servicio solicitante de tal prueba en su caso, no ha causado daño alguno o, al menos, no se ha acreditado.

Como concluye el informe de la Asesoría Médica de la Aseguradora, *“dadas las características del tumor y su comportamiento biológico, esta demora de dos meses no tuvo repercusión alguna ni en el tipo de cirugía indicado (mastectomía) ni en el pronóstico”*.

Por su parte, el Informe de Inspección considera, a la luz del tipo de lesión y del índice pronóstico que presentaba ésta, que la decisión hubiera sido la misma en mayo que en julio, puesto que el tipo de intervención viene determinada por factores diagnósticos y pronósticos establecidos. Aun aceptando que el periodo de tiempo transcurrido resultara subjetivamente muy largo para la paciente, los hechos posteriores, vista la buena evolución del caso, no indican que la atención prestada por el Servicio de Ginecología fuera causa de daño a la paciente.

Creemos, en definitiva, que no existe daño indemnizable, pues tampoco cabe considerar como tal los psicológicos que alega la interesada en su escrito interponiendo la reclamación de responsabilidad patrimonial, que parece concretar en *“el shock emocional al recibir un diagnóstico de carcinoma cuando nadie había mencionado esa palabra y en dos meses no se había recibido notificación del resultado”*. Es evidente, que el shock emocional se habría producido igual cualquiera que fuera el momento en que se le hubiera dado a conocer la malignidad del tumor.

Por último, en cuanto a la cuantía de la indemnización pretendida, destacar lo desorbitado de la misma y la falta de apoyo en criterio valorativo alguno.

CONCLUSION

Única

Procede desestimar la reclamación planteada, al considerar que no se ha acreditado daño alguno consecuencia de la actuación de los Servicios Públicos Sanitarios.

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