

En Logroño, a 27 de septiembre de 2010, 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. J. María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

76/10

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial iniciado por D. C. G. M., Abogado, en nombre y representación de D^a M.N., por los daños, a su juicio, causados por el diagnóstico tardío de un cáncer de ovario.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

D. C. G. M., Abogado, en nombre y representación de D^a M. N., mediante escrito, con entrada el día 18 de septiembre de 2009 en la Oficina Auxiliar de Salud del Registro del Gobierno de La Rioja, formula reclamación de daños y perjuicios, en cuantía de 200.000 euros, por los daños, a su juicio, derivados de un retraso injustificado en el diagnóstico de un cáncer de ovario, permitiendo la evolución de la enfermedad y ofreciendo un peor pronóstico futuro, con necesidad de tratamientos más agresivos. La cuantía de la indemnización podrá incrementarse según sea la evolución futura.

Los hechos en que fundamenta su reclamación son, en síntesis, los siguientes:

- Aquejada de graves dolores abdominales con ocasión de la menstruación, acude al Servicio de Urgencias del Hospital *San Pedro* el 27 de agosto de 2008, y, tras ecografía con resultado de ovarios normales, se diagnostica un mioma en el útero.
- El 10 de diciembre de 2008, acude de nuevo al Servicio de Urgencias, por dolores en hipogastrio, y, tras ecografía, se reitera la presencia de mioma en el útero, y *«nada aparece acerca de los ovarios»* en la historia clínica de la asistencia, descartándose patología ginecológica urgente.

- El 4 de junio de 2009, acude de nuevo al Servicio de Urgencias, sin que le hagan prueba de imagen, remitiéndola a su Médico de cabecera.
- El 9 de junio de 2009, acude de nuevo al Servicio de Urgencias, por sufrir fuertes dolores y vientre hinchado y, tras ecografía, se aprecia que, además del mioma, tiene una masa enorme en el ovario derecho de 137 x 121 mm; a la vista de ello, es citada en Consultas Externas el 19 de junio, repitiendo ecografía, que identifica masa, de 16 x 9 mm, de aspecto neoplásico y, dado su aspecto de malignidad, se le cita para extirpar y realizar biopsia intraoperatoria urgente, que se realiza el 10 de julio de 2009; el informe de anatomía patológica confirma cáncer de ovario.
- En agosto de 2009, inicia tratamiento de quimioterapia.

Considera que ese gran tumor descubierto en junio de 2009 *«ya estaba presente con anterioridad»*, centrándose todos los estudios anteriores en el mioma existente en el útero; y estima que este *«injustificable retraso provoca necesariamente un empeoramiento del paciente con merma de sus posibilidades de curación y/o supervivencia, permitiendo un avance de la enfermedad. El propio enorme tamaño del tumor siempre supone un avance de la enfermedad»*.

Adjunta a su solicitud poder general y especial para pleitos y diversos documentos del historial clínico de la reclamante (folios 6 a 34).

Segundo

Mediante Resolución de 14 de octubre de 2009, del Secretario General Técnico de la Consejería de Salud, se tiene por iniciado el procedimiento y se nombra Instructora del mismo.

La Instructora, el 19 de octubre de 2009, comunica a la interesada la iniciación y tramitación del procedimiento y demás indicaciones exigidas por la legislación del procedimiento común, lo que le es notificado el 22 de octubre siguiente.

Tercero

La misma Instructora del procedimiento, el 19 de octubre de 2009, solicita de la Dirección Gerencia del Área de Salud de La Rioja, Hospital *San Pedro*, la información existente sobre la asistencia prestada, así como informe de los Facultativos intervinientes. Asimismo, remite la documentación recibida a AON R. S., Correduría de Seguros que gestiona el suscrito por el SERIS con Z. E., Compañía de Seguros, S.A, que acusa recibo el 29 de octubre de 2009.

Cuarto

La Gerente de Área Única, mediante escrito de 20 de noviembre de 2010, remite los informes de los Dres. D^a M^a J. P. M., D. G. M. B., D^a E. F. R., D^a L. C. L., D^a L. S. J. S., D. F. P. L., y D^a T. A. R. (folios 42 a 49); así como diversa documentación clínica de la asistencia prestada (folios 50 a 64).

Quinto

La Instructora, mediante escrito de 15 de diciembre de 2009, solicita a Dirección General de Aseguramiento, Acreditación y Prestaciones que la Inspección médica emita informe en relación con la reclamación presentada, que se cumplimenta el 1 de febrero de 2010. En dicho informe, tras relacionar los documentos del historial clínico incorporados al expediente y los hechos sobre los que versa la reclamación, la Inspección médica concluye, en relación a la posible existencia de un retraso en el diagnóstico de la tumoración de ovario, que, en su opinión y basándose en la consideración detallada de todo el proceso clínico que puede desprenderse del contenido de este expediente, *«no se ha producido tal retraso en el diagnóstico»*.

Este Informe es remitido a AON R. S., que acusa recibo el 5 de febrero de 2010.

Sexto

Se ha incorporado al procedimiento un dictamen médico, redactado para D. I & I SL, Asesoría Médica, el 6 de mayo de 2010, por los Dres. D^a M. J. R. J., D. E. B. C. y D. J. R. V., Especialistas en Obstetricia y Ginecología, a instancia de Z. E., Compañía de Seguros y Reaseguros, Aseguradora del SERIS. Tras referenciar la documentación médica analizada y el relato de los hechos; se hacen las siguientes consideraciones médicas, en cuanto a la posible demora en el diagnóstico; y, en particular, frente a la alegación de la reclamante de que *«no se realizó en ninguna de las visitas al Servicio de Urgencias una inspección de los ovarios»*, manifiestan que:

«La actuación médica fue correcta en cada una de las visitas, que si fueron inspeccionados los ovarios en todas las ecografías realizadas, y lo más importante, que el acertado diagnóstico de sospecha de neoplasia, así como la rápida intervención quirúrgica realizada permitieron extirpar el tumor en su totalidad cuando se encontraba en un estadio inicial, por lo cual no se va a ver empeorado el pronóstico ni la supervivencia de la paciente».

Más adelante señala:

«Como bien indica el protocolo de diagnóstico precoz del cáncer ginecológico de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, no existe ningún método que permita realizar una diagnóstico precoz del cáncer de ovario».

Analizan si la clínica presentada por la reclamante hacía pensar en la posibilidad de un tumor ovárico y afirman que *«la respuesta claramente es que no»*, contrastando tal afirmación con las actuaciones documentadas en la historia clínica, manifestando que *«la evolución del proceso padecido por D^a M. es la que se asocia más frecuentemente al cáncer de ovario: sintomatología inespecífica y ausencia de hallazgos en las exploraciones complementarias hasta que el tumor alcanza un tamaño considerable y es diagnosticado al realizar una ecografía»*.

Rebaten, en particular, la afirmación de la reclamante de que, en sus visitas al Servicio de Urgencias, no se examinaron los ovarios, analizando la documentación clínica de cada una de las asistencias prestadas, concluyendo que *«sí existió un control de los ovarios en cada ecografía que se realizó y que, además, en cada una de las consultas se llevaron a cabo las pruebas de imagen que la clínica requería para llegar a un diagnóstico»*.

En cuanto a la vinculación que parece realizar la reclamante entre tamaño del tumor hallado y su gravedad, exponen los criterios que determinan ésta, para concluir que, por los resultados de la anatomía patológica, *«se trataba, por lo tanto, de un tumor en un estadio inicial (y) se debe hablar de un diagnóstico bastante temprano, lo que ha permitido un tratamiento quirúrgico eficaz, que, complementado con la quimioterapia, augura una buena esperanza de vida para la paciente»*.

Y entre las conclusiones figura la siguiente:

«9. La actuación de todos los Facultativos del Complejo Hospitalario San Millán-San Pedro, tanto del Servicio de Ginecología como de Urgencias, fue correcta, se ajustó a la lex artis y a los protocolos vigentes y se utilizaron todos los medios diagnósticos disponibles».

Séptimo

La Instructora da trámite de audiencia a la interesada el 13 de mayo de 2010, notificado el 24 de mayo siguiente. El 26 de mayo, comparece la interesada y retira copia de todos los documentos obrantes en el expediente.

Octavo

Se incorpora al expediente la cédula de emplazamiento que el Secretario General Técnico dirigió, el 31 de mayo de 2010, a Z., Compañía de Seguros y Reaseguros, y al Director General de los Servicios Jurídicos, en relación con el recurso contencioso-administrativo interpuesto el 7 de mayo de 2010, por M. N. contra la desestimación por silencio administrativo de la reclamación efectuada a la Consejería de Salud del Gobierno de La Rioja el 17 de septiembre de 2009.

Asimismo, se remite a la Sala de lo Contencioso-Administrativo copia del expediente tramitado.

Noveno

D. C. G. M., en representación de D^a M. N., mediante escrito presentado en Correos el 8 de junio de 2010 y con entrada en la Oficina de Registro del SERIS, el 15 de junio de 2010, presenta escrito de alegaciones, señalando que las cuestiones objeto de debate se refieren a la falta de estudio de los ovarios en la asistencia médica prestada a la reclamante; y, como quiera que el tumor maligno no es de crecimiento rápido, *«es forzoso entender que el tumor estaba presente en los meses anteriores y que los síntomas respondía a ello»*, por lo que entiende que debe ser objeto de prueba, *«dada la muy alta probabilidad de que la masa existiera en aquellas fechas, al tratarse de un tumor maligno de crecimiento lento»*; rechaza —como sugiere la Inspección Médica— que la reclamante no acudiera a las citas programadas de revisión ginecológica.

Décimo

La Instructora, el 26 de julio de 2010, elabora la Propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación, por no reunir los requisitos necesarios, dado que la asistencia médica realizada se ha ajustado a la *lex artis*, parámetro que, en este caso, determina la inexistencia de un daño antijurídico imputable a la Administración sanitaria.

Remitida la Propuesta de resolución, para informe, a la Dirección General de los Servicios Jurídicos, es informada favorablemente el 5 de agosto de 2010.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 6 de agosto de 2010, registrado de entrada en este Consejo el 23 de agosto de 2010, 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 23 de agosto de 2010, registrado de salida el 24 de agosto de 2010, 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 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, limita 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 la Ley 5/2008, que ha dado nueva redacción al citado precepto. Al ser la cuantía de esta reclamación superior a 600 euros, 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 (LPAC).

Segundo

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

De acuerdo con el marco jurídico de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública, enunciado en el artículo 106.2 de la Constitución Española y

desarrollado en el Título X de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con el pertinente desarrollo reglamentario en materia procedimental, a través del R.D. 429/1993 de 26 de marzo, los requisitos necesarios para que se reconozca la responsabilidad patrimonial, tal y como este Consejo viene recogiendo en sus dictámenes (cfr. Dictamen 23/98, F.J.2), pueden sintetizarse así:

1º.- Existencia de un daño que el particular no tenga el deber jurídico de soportar (lesión antijurídica). El daño ha de ser efectivo (no hipotético, potencial o de futuro, sino real), evaluable económicamente (bien se trate de daños materiales, personales o morales) e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

2º.- Que el daño sufrido sea consecuencia del funcionamiento, normal o anormal, de un servicio público, sin intervención del propio perjudicado o de un tercero que pueda influir en el nexo causal.

3º.- Que el daño no se haya producido por fuerza mayor.

4º.- Que no haya prescrito el derecho a reclamar, cuyo plazo legal es de un año, computado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad *directa* de la Administración (aunque el daño haya sido causado por personal dependiente de la Administración o sea atribuible genéricamente a los servicios administrativos), *objetiva* (aunque no haya mediado culpa individual o la actuación no haya sido “ilícita”) y *general* (aplicable a cualesquiera de las actividades y servicios de la Administración).

Ahora bien, que el sistema de responsabilidad patrimonial sea objetivo no permite deducir, como oportunamente ha señalado la jurisprudencia, que la Administración tenga un deber general de indemnizar cualquier daño que pueda imputarse causalmente al funcionamiento de sus servicios. No es ocioso recordar que la protección constitucional de la salud y el derecho de asistencia sanitaria reconocido en la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, así como en la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y calidad del sistema nacional de salud, desarrolladas por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del sistema nacional de salud y el procedimiento para su actualización, no son absolutos, pues, por ambiciosas y amplias que sean las prestaciones reconocidas por el sistema sanitario público y la cualificación de los profesionales sanitarios, no podemos soslayar nuestra condición perecedera como seres vivos. Por esa razón, la acción de los poderes públicos en materia sanitaria es, sobre todo y por lo general, una *prestación de medios* (correlativa al derecho individual de cada paciente a la protección a la salud y a la atención sanitaria) y *no de*

resultados, dado que no es posible garantizar de manera absoluta la curación y sanidad de los pacientes.

De manera que –como hemos señalado en múltiples dictámenes– siempre que la Administración sanitaria haya puesto los medios necesarios de acuerdo con los protocolos de actuación y sus profesionales actuado de conformidad con la *lex artis ad hoc* no será posible imputar a la Administración el daño generado o concomitante a la prestación sanitaria.

Tercero

La inexistencia de responsabilidad de la Administración en el presente caso

En el presente caso, estaríamos –según el escrito inicial de la reclamante– ante un mal funcionamiento de la Administración sanitaria, al incurrir en un retraso injustificado en el diagnóstico de un cáncer de ovario, permitiendo la evolución de la enfermedad y ofreciendo peor diagnóstico futuro con necesidad de tratamientos más agresivos, dado que, tras haber sido asistida por el Servicio de Urgencias en varias ocasiones, no se advirtió de la presencia del carcinoma ovárico y ninguna valoración se hizo en ellas del estado de los ovarios, extremo en el que se insiste en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia.

Para la Propuesta de resolución, sin embargo, no concurren los requisitos para la exigencia de responsabilidad a la Administración, pues la asistencia prestada a la reclamante se ha realizado sin infracción de la *lex artis*, parámetro que, según reiterada jurisprudencia, determina, en su caso, la antijuridicidad del daño y la posibilidad de imputarlo a la Administración sanitaria. Así lo confirman todos los informes médicos obrantes en el expediente, en los que se rebate que no se hiciera valoración del estado de los ovarios y que se actuó, en cada momento, de acuerdo con la sintomatología de la reclamante.

Este Consejo Consultivo, atendidas las circunstancias del caso, no puede sino estar plenamente de acuerdo con la Propuesta de resolución, a la vista del contenido de los informes médicos aportados al expediente, corroborados por los datos documentados en la historia clínica de la reclamante, dado que la actuación de los Facultativos del Servicio de Ginecología y de Urgencias se ha ajustado en todo momento a la *lex artis* y a los protocolos de actuación, atendida la sintomatología que presentaba la paciente y ahora reclamante.

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, cuando señalan que, en el caso de la paciente a que se refiere este procedimiento:

«La actuación médica fue correcta en cada una de las visitas, que sí fueron inspeccionados los ovarios en todas las ecografías realizadas, y lo más importante, que el acertado diagnóstico de sospecha de neoplasia, así como la rápida intervención quirúrgica realizada permitieron extirpar el tumor en su totalidad cuando se encontraba en un estadio inicial, por lo cual no se va a ver empeorado el pronóstico ni la supervivencia de la paciente».

Particular interés tiene el contraste que hace el informe de estos Médicos Especialistas entre la sintomatología presentada por la reclamante —que en modo alguno hacía pensar en la posibilidad de un tumor ovárico— y la asistencia prestada, absolutamente adecuada a aquélla, como se justifica en cada una de las asistencia prestadas en los folios 81 y 82 del expediente.

E igual sucede con el control de los ovarios realizado en cada una de las pruebas ecográficas hechas, como demuestra la documentación clínica de las mismas valorada en los folios 82 a 83 del expediente. Así, en septiembre de 2008, consta la anotación *«ovarios normales»*; en diciembre de 2008, consta *«...ambos anejos se observan de características ecográficas normales. No líquido libre»*; en junio de 2009, la radiografía fue incapaz de detectar la tumoración que, cinco días después, se vería en la ecografía ginecológica, posiblemente por tratarse de una tumoración fundamentalmente líquida. Esta ecografía ginecológica no puede establecer un diagnóstico de certeza, pero sí hacía pensar en un tumor maligno y, por ello, fue citada de forma urgente en consulta y se solicitaron marcadores tumorales.

Finalmente, como ha quedado recogido en el Antecedente de Hecho Séptimo, no cabe establecer relación alguna entre el tamaño del tumor en el momento de diagnóstico y su gravedad, de modo que pueda suponer un empeoramiento del pronóstico y una disminución de la supervivencia de la reclamante. Pese a su tamaño, el informe de los Especialistas lo considera, de acuerdo con los resultados del estudio anatómico-patológico, «en un estadio inicial», razón por la que debe hablarse de un «diagnóstico bastante temprano» (folio 85).

Esta valoración es concordante con la del Dr. M., Jefe de Servicio de Ginecología, en su informe de 4 de noviembre de 2009 (*«los carcinomas de ovario, en el 90 % de los casos, son diagnosticados por su dificultad en períodos ya algo avanzados, es decir, con extensión de la neoplasia fuera del ovario y afectación de la cavidad abdominal. El caso que nos ocupa es todo lo contrario y fue diagnosticado muy temprano, al no existir ningún grado de extensión. Lo que quiere decir que el diagnóstico fue precoz y, por supuesto, no podía estar evidente desde un año previo que tenía la sintomatología de dolor»* folio 42).

En conclusión, la actuación de todos los Facultativos del Complejo Hospitalario *San Millán-San Pedro*, tanto del Servicio de Ginecología como de Urgencias, fue correcta, se ajustó a la *lex artis* y a los protocolos vigentes y, como quiera que este es el parámetro exigible a la Administración sanitaria, no cabe considerar que haya existido retraso en el diagnóstico del cáncer de ovario alegado por la reclamante, razón por la que procede desestimar su reclamación de responsabilidad patrimonial.

CONCLUSIONES

Única

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto de este expediente, dado que la asistencia sanitaria prestada 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