

En Logroño, a 28 de julio de 2014, 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. Pedro de Pablo Contreras, D. José María Cid Monreal, D. Enrique de la Iglesia Palacios y D. José Luis Jiménez Losantos, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. Joaquín Espert y Pérez-Caballero, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

34/14

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales, en relación con la *reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada pro D^a S.P.P., por daños y perjuicios, que entiende causados por diagnóstico tardío y pérdida de oportunidad terapéutica de un carcinoma mamario; y que valora en 200.000 euros.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del Asunto

Primero

Mediante escrito, no datado, registrado de entrada en la oficina auxiliar de registro de la Consejería de Salud y Servicios Sociales, el día 10 de mayo de 2013, la Abogado D^a I.A.G., en representación, que acredita documentalmente, de D^a S.P.P. plantea reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, que se fundamenta, resumidamente en lo siguiente:

“(La paciente), con antecedentes ginecológicos, por los que fue intervenida de histerectomía total por mioma en crecimiento en noviembre de 2010 y de adenocarcinoma de tipo endometroide en enero de 2011. El tratamiento consistió en quimioterapia en febrero de 2011 y terminó en mayo del mismo año.

Al término del tratamiento de quimioterapia, en mayo de 2011, (la paciente) solicita ser vista en el Servicio de Ginecología, por sentir dolor en la mama izquierda. Además, (la paciente) indicó el lugar específico en el que sentía el dolor. El Dr. que la asistió en ese momento, le replicó que “el cáncer no duele”. Ni examinó ni palpó a (la paciente).

En agosto de 2011, (la paciente) se palpa un bulto en la mama izquierda, la misma mama donde había sentido dolor. El resultado es que el bulto es un tumor de mama. Se describió en el informe como “nódulo de cerca de cm en mama izda. Se realiza mamografía, que se describe en CSI de mama

izquierda. Una lesión de 40 mm, categoría 5 BIRADS. Se realiza biopsia, que es positiva para carcinoma infiltrante RE/RP negativos”..

El día 3 de noviembre de 2011,(la paciente) deja constancia de su malestar por el trato recibido por el Dr. que la atendió en julio de 2011 y no la examinó. Interpuso reclamación ante el Servicio de Atención al Paciente del Hospital San Pedro.

El 11 de noviembre de 2011, (la paciente) es intervenida de tumor de mama, realizándole una mastectomía, linfadenectomía y, otra vez, tratamiento quimioterápico.

La base que sustenta su pretensión de que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración y se concede la indemnización que se solicita, radica en entender que la asistencia recibida ha sido inadecuada, ya que, a la (la paciente) se le diagnosticó, de forma tardía, un cáncer de mama por no ser atendida como se debiera por el Médico que, en ese momento, la visitaba; y la posibilidad de haber recibido en el momento adecuado el tratamiento para paliar su enfermedad.

Por todo ello, se solicita que se declare la responsabilidad patrimonial de la Administración y, en consecuencia, se indemnice a (la paciente), al haberse quebrantado los criterios de atención, diligencia, pericia y cautela asistencial a resultas del deficiente funcionamiento de la Administración sanitaria, en la cantidad de 200.000 euros”.

Segundo

Mediante Resolución de 13 de mayo de 2013, se tiene por iniciado el procedimiento general de responsabilidad patrimonial, con efectos del anterior día 10, y se nombra Instructora del procedimiento.

Tercero

Por carta de la misma fecha, se comunica a la Letrado la iniciación expediente, informándole de los extremos exigidos por el artículo 42-4º de la Ley 30/1992.

Mediante comunicación del mismo día 13, la Instructora se dirige a la Dirección del Área de Salud de La Rioja-Hospital *San Pedro*, solicitando cuantos antecedentes existan y aquellos datos e informes que estime de interés relacionados con la asistencia sanitaria prestada en el Servicio de Ginecología a la paciente copia de la historia clínica relativa a la asistencia reclamada exclusivamente y, en particular, informe de los Facultativos intervinientes acerca de la asistencia prestada y de la situación actual de la reclamante.

La solicitud es reiterada los días 2 de julio, 2 de septiembre, 21 de octubre y 10 de diciembre de 2013.

Tras la primera solicitud, obra escrito de W.R.B. España, Compañía Aseguradora del SERIS, de 14 de mayo, acusando recibo de la comunicación de la reclamación planteada

Cuarto

Mediante escrito de 7 de enero de 2014, la Dirección del Área de Salud remite al Servicio de Asesoramiento y Normativa, la historia clínica, así como el informe aportado por el Dr. E.C.T.

Quinto

Con fecha 21 de enero, la Instructora remite el expediente a la Dirección General de Asistencia, Prestaciones y Farmacia, a fin de que, por el Médico Inspector que corresponda, se elabore el pertinente informe sobre todos los aspectos esenciales de la reclamación, con el fin de facilitar la elaboración de la propuesta de resolución.

Sexto

Obra a continuación, en el expediente, un dictamen médico emitido a instancia de la precitada Aseguradora del SERIS, de fecha 21 de febrero, que establece las siguientes conclusiones médico-periciales:

“1º.-En la consulta del 20 de julio de 2011, al parecer solicitada por el Servicio de Oncología para control postquimioterapia del carcinoma de trompa uterina que padecía, la paciente refirió la existencia de dolor en mama izquierda, sin que se considerase indicada la exploración mamaria por parte del Médico que la atendió.

2º.-En agosto siguiente, la paciente consultó por un bulto en la mama izquierda. Tras el correspondiente estudio, fue diagnosticada de carcinoma ductal infiltrante de la mama y tratada con cirugía radical y quimioterapia adyuvante.

3º.- Aunque la referencia a dolor mamario no es un signo propio del cáncer de mama, hubiera sido aconsejable realizar una exploración en ese momento o derivar a la paciente a la Unidad de Mama para su estudio, por lo que la actuación médica es discutible.

4º.- En cualquier caso, un retraso diagnóstico de un mes es irrelevante en cuanto al tratamiento y al pronóstico de un cáncer de mama, especialmente si, como en este caso, su velocidad de crecimiento es muy baja (como ocurre en este caso).

5º.- En consecuencia, no se reconoce relación causal entre dicha actuación médica y el daño ocasionado por el tumor, que habría sido el mismo en caso de que el diagnóstico se hubiera sospechado en la primera consulta.”

Séptimo

El 16 de abril, se remite el Informe de Inspección del día inmediato anterior, que establece, en base a los hechos reflejados y a la bibliografía consultada, las siguientes conclusiones:

“1ª.- La revisión ginecológica realizada el 20/07/2011 fue acorde al motivo de la misma, si bien, ante el dolor mamario expresado por la paciente, hubiera sido conveniente realizarle un examen físico mamario para descartar patología, aunque el dolor mamario no sea un síntoma habitual del cáncer de mama.

2ª.- Poco después, la paciente se palpó un bulto en la mama izquierda, por el que consultó a su Médico de Atención Primaria al mes de detectárselo. Ante la nueva clínica, y tal y como procede, fue remitida a valoración por la Unidad de Mama, donde fue atendida sin demora. Se le realizó el oportuno estudio, siendo diagnosticada de carcinoma de mama, pautándole el tratamiento indicado para el estadio en que se encontraba.

3ª.- Teniendo en cuenta el escaso margen de tiempo transcurrido desde la revisión ginecológica y la detección de la tumoración de la mama y las características que presenta tras su análisis (Ki -67 10%: nivel bajo de velocidad de crecimiento del tumor), se puede suponer que: i) ya presentaba la lesión cuando fue valorada en (el Servicio) de Ginecología, muy probablemente de similar tamaño y nivel de infiltración; ii) no puede afirmarse que el posible retraso en el diagnóstico, de apenas mes y medio, pueda haber influido en el tratamiento a aplicar y en el pronóstico de la enferma.

4ª.- En relación al punto de la reclamación que hace referencia a que la paciente acudió en tres ocasiones a su Médico de Atención Primaria tras encontrarse bultos en la mama, señalar que no han quedado acreditadas dichas consultas.

Por lo expuesto, aun en el caso de que se pueda considerar que pudo haberse realizado un diagnóstico del cáncer de mama aproximadamente un mes y medio antes, no se puede asegurar que su evolución hubiera sido significativamente diferente ni el pronóstico hubiera variado.”

Octavo

Mediante escrito de 23 de abril, la Instructora se dirige a la Letrado de la reclamante dándole trámite de audiencia, por término de quince días.

La Letrado comparece en el Servicio de Asesoramiento y Normativa el siguiente día 12 de mayo y se le facilita una copia de todos los documentos obrantes en el expediente de responsabilidad patrimonial.

Presenta, el 22 de mayo, escrito de alegaciones, en el que reitera sus argumentos, haciendo especial hincapié en la trascendencia que tiene, en las patologías oncológicas, un diagnóstico precoz.

Noveno

Con fecha 16 de junio de 2014, la Instructora del expediente emite Propuesta de resolución en la que propone desestimar la reclamación por no existir daño imputable a la funcionamiento de los Servicios públicos sanitarios.

Décimo

El Secretario General Técnico, el día 27 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 a la Propuesta de resolución el siguiente día 4 de julio.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente con fecha 8 de julio de 2014, y registrado de entrada en este Consejo el mismo día, el Excmo. Sr. Consejera de Salud y Servicios Sociales del Gobierno de La Rioja, remitió al Consejo Consultivo de La Rioja, para dictamen, el expediente tramitado sobre el asunto referido.

Segundo

El Sr. Presidente del Consejo Consultivo de La Rioja, mediante escrito firmado, enviado y registrado de salida electrónicamente el día 9 de julio de 2014, procedió, en nombre de dicho Consejo, a acusar recibo de la consulta, a declarar provisionalmente la misma bien efectuada, así como a apreciar la competencia del Consejo para evacuarla en forma de dictamen.

Tercero

Asumida la ponencia por el Consejero señalado en el encabezamiento, la misma quedó incluida, para debate y votación, en el orden del día de la sesión del Consejo Consultivo convocada para la fecha allí mismo indicada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero

Necesidad y ámbito del Dictamen del Consejo Consultivo

El art. 12 del Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

En el caso de la Comunidad Autónoma de La Rioja, el artículo 11 -g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción hoy vigente, limita la preceptividad de nuestro dictamen a las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 50.000 euros.

Al reclamarse por la interesada la cantidad de 200.000 euros, no cabe dudar del carácter preceptivo de nuestro dictamen.

En cuanto al contenido del mismo, a tenor del art. 12.2 del citado Real Decreto 429/1993, ha de pronunciarse sobre la existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida y, en su caso, sobre la valoración del daño causado y la cuantía y modo de la indemnización, considerando los criterios previstos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC).

Segundo

Sobre los requisitos exigidos para que surja la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 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 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”*.

Tercero

Sobre la existencia de responsabilidad patrimonial en el presente caso.

En nuestro reciente dictamen D.29/14, hemos tenido ocasión de estudiar un supuesto de hecho muy similar al que es objeto del presente.

En efecto, se trataba, en aquel supuesto, del diagnóstico tardío de un carcinoma uterino, retraso de diagnóstico reconocido por las pericias de la Compañía Aseguradora y

de la Inspección médica. En el caso ahora dictaminado, se trata, asimismo, del diagnóstico tardío de un carcinoma de mama. En el primer caso, el retraso fue de, aproximadamente, un mes; en el presente, de mes y medio.

Las citadas pericias coinciden en criticar la actuación médica en los dos casos, si bien no imputan responsabilidad alguna a la Administración sanitaria por considerar que el retraso en el diagnóstico carece de relevancia a efectos de la evolución, pronóstico y tratamiento del cáncer, bien sea el de útero o el de mama.

Concretándonos al presente caso, el informe aportado por la Aseguradora del SERIS califica de discutible la actuación médica pues, aun cuando la referencia a dolor mamario no es un signo propio del cáncer de mama, hubiera sido aconsejable realizar una exploración en la consulta del 20 de julio de 2011 o derivar a la paciente a la Unidad de Mama. En similar sentido, se manifiesta la Médico-Inspector, al decir que hubiera sido conveniente, en dicha consulta, ante el dolor mamario referido por la paciente, realizarle un estudio mamario para descartar patología, aunque el dolor mamario no sea un síntoma habitual del cáncer de mama. Pero, en su opinión, la paciente ya presentaba la lesión tumoral cuando fue valorada en el Servicio de Ginecología, muy probablemente de similar tamaño y nivel de infiltración.

Sin embargo, ambos informes coinciden también en considerar que el retraso en el diagnóstico carece de relevancia alguna en cuanto al tratamiento y, en su caso, evolución de un cáncer de mama, especialmente si, como en este caso, su velocidad de crecimiento es muy baja. Concluyen, en definitiva, que no existe daño imputable a la actuación médica, puesto que el daño causado por el tumor hubiera sido el mismo aun en el supuesto de un diagnóstico precoz.

No se discute, por tanto, la infracción a la *lex artis* en la actuación médica, pero sí la existencia de uno de los requisitos o presupuestos básicos del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, el de la existencia o efectividad de un daño indemnizable que, según tales informes, no existe, al no haber influido la tardanza en diagnosticar la enfermedad en su evolución y tratamiento.

Este es el argumento que sirve de fundamento a la Propuesta de resolución de la Instructora del expediente que desestima la reclamación *“porque no ha quedado acreditada la existencia de daño alguno imputable al funcionamiento de los Servicios públicos sanitarios”*.

Disentimos de este criterio, por considerar que, como decíamos en el ya citado dictamen D.29/2014 y, anteriormente, en el dictamen D.79/2010, tratándose de una patología oncológica, su falta de diagnóstico y subsiguiente diagnóstico tardío constituye, por sí solo, un daño moral indemnizable, consistente en la preocupación psicológica de

cuál habría sido la evolución de la patología de no haberse producido dicho error, independientemente de que, *de facto*, el resultado hubiera sido el mismo en el supuesto de haberse diagnosticado a tiempo.

A la paciente siempre le quedará la duda de si, en caso de haberse diagnosticado su dolencia en la revisión ginecológica del 20 de julio de 2011, no hubiera precisado un tratamiento más corto o menos agresivo o si hubiera sido más favorable la evolución de su proceso.

Ciertamente, cabe pensar en hipótesis que, de la mala praxis médica, podía haberse derivado un daño distinto del moral, materializado en una posible manifestación real de esas dudas de la paciente, pero no hay prueba alguna en tal sentido, ni se ha alegado un eventual alargamiento del proceso, un agravamiento de la dolencia o una evolución tórpida del tumor.

Por otra parte, de la historia clínica de la reclamante, se desprende que respondió al tratamiento, su evolución fue favorable y sin que se haya objetivado posteriormente recidiva de la patología oncológica.

Por todo ello, no podemos tomar en consideración otro daño que el moral ya aludido cuya evaluación, a efectos indemnizatorios, no es fácil.

En definitiva, este Consejo entiende que la falta de diagnóstico de la lesión tumoral en la revisión de 20 de julio de 2011 constituye una mala praxis que causó a la reclamante un daño moral consistente -repetimos- en la inquietud generada a la misma por sospechar, una vez diagnosticado el mal, la posible pérdida de oportunidades terapéuticas, daño que se valora globalmente, atendidas todas las circunstancias del caso, en la cantidad de seis mil (6.000) euros.

CONCLUSIONES

Única

Procede estimar parcialmente la reclamación planteada por D^a. Y.A.G., en nombre y representación de D^a S.P.P. por concurrir una infracción de la *lex artis*, debiendo la Administración indemnizar a la interesada con la cantidad de seis mil (6.000) euros.

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