

En Logroño, a 18 de enero 2011, el Consejo Consultivo de La Rioja, reunido en su sede, con asistencia de su Presidente, D. Joaquín Espert Pérez-Caballero, y de los Consejeros D. Antonio Fanlo Loras, D. Pedro de Pablo Contreras, D^a M^a del Carmen Ortiz Lallana y D. José María Cid Monreal, así como del Letrado-Secretario General, D. Ignacio Granado Hijelmo, y siendo ponente D. José M^a Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

2/11

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial promovido por D. J. J. A. G., por los daños, a su juicio, causados por la suspensión en quirófano de una prostatectomía radical y su sustitución por tratamiento radioterápico.

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

En fecha 12 de enero de 2010, D. J. J. A. G. presenta un escrito normalizado de reclamación de daños y perjuicios por responsabilidad patrimonial de la Administración, ante el Servicio de Atención al Paciente del Hospital *San Pedro*, en reclamación de la cantidad de 120.000 euros, haciendo constar el siguiente relato de hechos:

*-13 de Mayo de 2009.- Hospital San Pedro. Aproximadamente a las 10,30, soy llevado a quirófano, preparado y **anestesiado totalmente**, pero el Dr. N., que debía operarme, se niega a efectuar la intervención, al parecer por un evidente **riesgo de muerte en la operación**. Consulta con su Jefe de equipo, Dr. M. C., y deciden enviarme nuevamente a mi habitación sin efectuar la intervención, a las 13,30 horas. De lo citado, se puede deducir que, si la operación la hubiese efectuado el Dr. que propuso la intervención a estas horas no estaría escribiendo este texto el que suscribe.*

-Una Auxiliar de quirófano me indica que, en el transcurso del día, el Jefe de Equipo se pondría en contacto conmigo para explicarme lo sucedido, lo cual hace al día siguiente, a las 10 horas de la mañana del 14 de mayo de 2009.

-Transcurren 21 horas aproximadamente desde mi reingreso a la habitación. Dicha circunstancia me produce una intranquilidad y desasosiego evidente, hasta que me explican los motivos de la no-intervención. En comentarios efectuados a mis familiares, el Dr. M.C. manifiesta que “este trato no se lo habría efectuado ni a su padre”, habiendo otras opciones de tratamiento.

-A pesar de dos exploraciones de próstata rectales (2 médicos, al parecer uno en prácticas), dos biopsias, gammagrafía, análisis y otros, todo un equipo médico que me ha visitado en diferentes ocasiones, llegada la hora de la intervención quirúrgica, uno de los doctores con “buen criterio” se niega a operar, al parecer, por un evidente riesgo de muerte en la misma, consulta con su Jefe de

Equipo, el cual, después de ver el historial, los resultados de la última biopsia y efectuar nuevamente otra exploración de mi próstata, estando anestesiado, ordena subirme a mi habitación.

-Con todas estas actuaciones, se demuestra una falta total de coordinación del equipo médico, ya que hay un Jefe de Equipo que debe adoptar las decisiones inherentes a la responsabilidad de su cargo antes de cada intervención y que hasta el momento de la mía, no estaba al corriente de los antecedentes y probables riesgos en particular.

-Desde el 27 de julio al 15 de septiembre de 2009, ambos inclusive, me ha sido administrado un tratamiento radioterápico en el CIBIR, siendo dado de Alta el citado día 15 de septiembre de 2009.

-Para acreditar lo anteriormente relatado, aporto la siguiente documentación y datos de interés: informes sobre las dos biopsias practicadas con sus autorizaciones; orden de operación (firmada Dr. S.); consejo pre-anestesia; control de Enfermería del día de la operación; informe de alta de hospitalización para Médico de cabecera; informe de alta de tratamiento de radioterapia.

Segundo

En fecha 22 de enero, se dicta Resolución en la que se indica que se tiene por iniciado procedimiento general de responsabilidad patrimonial, nombrándose Instructor del mismo, comunicándose igualmente al reclamante, diversa información relativa a la instrucción del mismo.

Tercero

En fecha 25 de enero, se solicita de la Gerencia del Área de Salud de la Rioja-Hospital *San Pedro* cuantos antecedentes existan de la atención prestada al paciente en el Servicio de Urología, su historia clínica relativa a la asistencia objeto de reclamación y, en particular, el informe de los Facultativos que le atendieron. La citada documentación consta a continuación en el expediente administrativo.

Cuarto

En fecha 3 de marzo, se reclama informe a la Inspección Médica, que es evacuado en fecha 6 de agosto con las siguientes conclusiones:

*1.-La asistencia prestada a D. J. J. A. G. el día 30 de abril de 2007 en la Consulta de Urología por el Dr. F. R. y el Médico residente que se hallaba presente en la misma fue ajustada a la *lex artis* y la intervención en la exploración física del médico residente fue correcta y adecuada, de cara a su necesaria formación profesional.*

2.-De acuerdo con lo reflejado en la nota evolutiva de la historia clínica del paciente y en el documento de consentimiento informado para prostatectomía radical que el paciente firmó el día 16-4-09, el Dr. S. explicó al paciente las diferentes opciones terapéuticas existentes, así como los riesgos específicos y genéricos de cada una de ellas. El propio paciente, tras un período de reflexión de dos semanas, optó por la cirugía (prostatectomía radical), siendo programada su intervención como consecuencia de dicha decisión.

3.-En consulta preanestésica el día 8-5-09, habiendo recogido y considerado los antecedentes patológicos del paciente, no se contraindicó la intervención programada de prostatectomía radical.

4.-En uso de su libertad de prescripción, valorado y explorado el paciente mediante tacto rectal en quirófano, los doctores N. y M. C., decidieron que la mejor alternativa terapéutica era suspender la cirugía y optar por tratamiento radioterápico, alternativa que los familiares del paciente aceptaron.

5.-De acuerdo con la literatura médica consultada, el alto índice de masa corporal no es una contraindicación absoluta para la realización de prostatectomía radical.

6.-Como consecuencia de la modificación del criterio terapéutico, el paciente fue sometido a anestesia general el día 13-5-09, sin que pueda demostrarse la ocurrencia de complicación alguna derivada de dicho procedimiento.

Quinto

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

1.- Al paciente se le realizó una biopsia de próstata por tacto rectal sospechoso y elevación del PSA, con resultado de PIN de alto grado.

2.- Debido al diagnóstico patológico y a las posteriores elevaciones del PSA, se le indicó nuevamente biopsia en dos ocasiones, siendo rechazadas por el paciente.

3.- En marzo de 2009, aceptó la realización de la biopsia. Fue diagnosticado de cáncer de próstata. Se le suministró información sobre el diagnóstico, opciones de tratamiento y complicaciones en al menos dos ocasiones y tuvo dos semanas para reflexionar.

4.- El paciente optó por la prostatectomía como tratamiento de su enfermedad, firmando consentimiento informado.

5.- Una vez anestesiado, se le realizó un nuevo tacto rectal. Al encontrarse una enfermedad localmente avanzada (T3), se informó al Jefe de Servicio que realizó un nuevo tacto de comprobación. Se decidió, previa información a la familia, suspender la cirugía y realizar un tratamiento con radioterapia.

6.- El tacto rectal es una exploración "operador dependiente", con una gran variabilidad inter e intrapersonal. Además, algunos procesos patológicos, como la obesidad, dificultan su realización. Por lo tanto, la realización de un nuevo tacto rectal con el paciente anestesiado (facilita mucho la maniobra) aporta datos muy valiosos para la planificación de la técnica quirúrgica.

7.- El tacto rectal en el quirófano supuso un cambio en la estadificación local de la enfermedad: de enfermedad localizada (T2) a localmente avanzada (T3).

8.- Según la Guía Clínica de la Asociación Europea de Urología, el tratamiento recomendado para los pacientes con enfermedad localmente avanzada (T3) y PSA mayor de 20 (como este caso) es la radioterapia con hormonoterapia.

9.- El cambio de indicación terapéutica decidido en el quirófano con el paciente anestesiado se ajustó al "estado del arte" de la Medicina.

Sexto

El 7 de septiembre, se notifica al reclamante la apertura del trámite de audiencia, sin que conste haber sido evacuado el trámite de alegaciones.

Séptimo

El 24 de noviembre, se dicta Propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación interpuesta, que es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos en fecha 30 del mismo mes.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 1 de diciembre de 2010, registrado de entrada en este Consejo el 10 de diciembre, 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 13 de diciembre de 2010, registrado de salida el 13 de diciembre 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 artículo 12.1 del Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, dispone que, concluido el trámite de audiencia, se recabará el dictamen del

Consejo de Estado o del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma, cuando dicho dictamen sea preceptivo, para lo que se remitirá todo lo actuado en el procedimiento y una propuesta de resolución.

El art. 11,g) de la Ley 3/2001, de 31 de mayo, del Consejo Consultivo de La Rioja, en la redacción dada por el art. 36.2 de la Ley 5/2008, de 29 de diciembre, limita la preceptividad de nuestros dictamen en las reclamaciones de cuantía indeterminada o superiores a 6.000 euros. Al ser la cuantía de la presente reclamación superior a 6.000 euros, nuestro dictamen resulta preceptivo.

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

Segundo

Sobre la responsabilidad patrimonial de la Comunidad Autónoma de La Rioja

Nuestro ordenamiento jurídico (art. 106.2 de la Constitución y 139.1 y 2 141.1 LPAC), reconoce a los particulares el derecho a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, entendido como cualquier hecho o actuación enmarcada dentro de la gestión pública, sea lícito o ilícito, siendo necesario para declarar tal responsabilidad que la parte reclamante acredite la efectividad de un daño material, individualizado y evaluable económicamente, que no esté jurídicamente obligado a soportar el administrado y debiendo existir una relación de causa a efecto, directa e inmediata, además de suficiente, entre la actuación (acción u omisión) administrativa y el resultado dañoso para que la responsabilidad de éste resulte imputable a la Administración, así, como, finalmente, que ejercite su derecho a reclamar en el plazo legal de un año, contado desde la producción del hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación de su efecto lesivo.

Se trata de un sistema de responsabilidad objetiva y no culpabilístico que, sin embargo no constituye una suerte de “seguro a todo riesgo” para los particulares que, de cualquier modo, se vean afectados por la actuación administrativa. En efecto, el vigente sistema de responsabilidad patrimonial objetiva no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos con el fin de prevenir cualquier eventualidad desfavorable o dañosa para los administrados, derivada de la actividad tan heterogénea de las Administraciones Públicas.

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

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

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

Con independencia de lo anteriormente indicado, si examinamos la petición realizada por el reclamante, nos encontramos con que se está formulando una queja contra el funcionamiento del Servicio de Urología más que una auténtica reclamación de responsabilidad patrimonial contra el sistema público sanitario. Así, el escrito inicial, a la hora de concretar el motivo de su reclamación, indica textualmente lo siguiente:

“Con todas estas actuaciones, se demuestra una falta total de coordinación del equipo médico, ya que hay un Jefe de Equipo que debe adoptar las decisiones inherentes a la responsabilidad de su cargo antes de cada intervención, y que, hasta el momento de la mía, no estaba al corriente de los antecedentes y probables riesgos en particular”.

Por lo tanto, nos encontramos con una queja ante lo que se considera un funcionamiento defectuoso del Servicio de Urología del Hospital *San Pedro*, que, tras la realización de las pruebas necesarias, programa la realización de una prostatectomía radical, a practicar el día 13 de mayo de 2009, como consecuencia del adenocarcinoma de próstata que se le había diagnosticado al reclamante; y que, llegado el día señalado, y cuando el reclamante se encuentra en la mesa de operaciones, y anestesiado, se deja sin

efecto, por la mortalidad asociada a una intervención como la que se iba a realizar, en una persona con obesidad mórbida.

Y, a tal respecto, es necesario señalar que, aunque parece que la causa de suspender la intervención quirúrgica era perfectamente detectable antes de colocar al reclamante sobre la mesa de operaciones, pues el cálculo de su índice de masa corporal, así como el previsible aspecto físico del reclamante no son cuestiones que aparezcan de manera inopinada, sin embargo, no se desprende de dicho retraso un daño real que sea susceptible de ser indemnizado, pues no existe error de diagnóstico, las pruebas practicadas son en todo momento las procedentes y no se ha acreditado la existencia de daño alguno irrogado al paciente.

Cierto es que el reclamante alude a una situación de inquietud como consecuencia de la suspensión de la intervención quirúrgica, pero dicha situación personal consideramos que hubiese sido aun de mayor gravedad en el caso de haberse practicado la intervención, pues, a la situación de inquietud que toda intervención quirúrgica causa en la persona sometida a la misma, habría que añadirle las consecuencias del post operatorio.

Tampoco se ha hecho alusión, ni se ha acreditado, ningún daño físico como consecuencia de haber sido anestesiado, lo que, por otra parte, permitió la realización de un nuevo tacto rectal en mejores condiciones, como se desprende del expediente. Tampoco se ha probado que la recuperación del reclamante se haya visto afectada por el retraso en recibir el tratamiento de radioterapia.

Por consiguiente, no habiéndose acreditado la existencia de un daño en la integridad del reclamante, ni existiendo error de diagnóstico, debe desestimarse la reclamación en lo que afecta a la decisión de suspender la práctica de la intervención quirúrgica programada para el día 13 de mayo de 2009.

También se menciona en el escrito inicial que una exploración llevada a cabo el 30 de abril de 2007, en la que se le realizó un tacto rectal, fue llevada a cabo por un Médico “en prácticas”, sin consentimiento del paciente.

A este particular, hemos de señalar, en primer lugar, que, cuando se presenta la reclamación, el día 12 de enero de 2010, ha transcurrido en exceso el plazo de un año desde que se produjo el daño pretendido, por lo que la reclamación, en este concreto particular, habría prescrito. Pero es que, además, si se considerase que la realización de pruebas diagnósticas por un Médico residente constituyese una conducta susceptible de causar un daño, siquiera sea moral, y, por lo tanto, originase un deber de indemnización con cargo al servicio sanitario público, se estaría poniendo en tela de juicio el sistema de formación y especialización de los Médicos españoles, lo que se consigue precisamente a lo largo de un período de residencia. Consta en las actuaciones que el tacto rectal realizado por el Médico residente se llevó a cabo tras el realizado por el Médico adjunto y con la supervisión directa del mismo.

En base a lo expuesto, hemos de mostrar nuestra conformidad con el contenido de la Propuesta de resolución desestimando la reclamación interpuesta.

Conclusiones

Única

A juicio de este Consejo Consultivo, la presente reclamación debe ser desestimada, al considerar que no existe daño alguno sufrido por el reclamante como consecuencia de la actuación del sistema público de salud.

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