

En Logroño, a 29 de marzo de 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. Antonio Fanlo Loras, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

28/11

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con el *procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial iniciado por D^a V. V. M., por los daños, a su juicio, causados, tras diversas intervenciones de cirugía mamaria en el SERIS.*

ANTECEDENTES DE HECHO

Antecedentes del asunto

Primero

D^a V. V. M., mediante escrito registrado de entrada el 22 de junio de 2010, interpone reclamación de responsabilidad patrimonial contra el Servicio Riojano de Salud (SERIS), como consecuencia de varias intervenciones quirúrgicas para extirparle diversos bultos y las correspondientes de reconstrucción mamaria, cuyas incidencias relata pormenorizadamente, a resultas de las cuales le ha quedado un problema de estética (“*mis pechos están desiguales y mis areolas una más grande que la otra*”), habiéndoseme denegado el traslado a otros Centros fuera de La Rioja para recibir tratamiento adecuado. Esas secuelas estéticas le han producido un estado de ansiedad y depresión motivo de una baja laboral, sin que me hayan proporcionado solución alguna.

No cuantifica el importe de la indemnización por los daños ocasionados “*porque desconozco cuanto cuesta la operación de la reconstrucción del pecho, porque, por motivos económicos, no puedo ir a la consulta privada a por un presupuesto*”.

Adjunta tres fotografías de su estado físico tras las intervenciones quirúrgicas mamarias y diversa documentación de su historia clínica y de sus peticiones de segunda opinión médica y tratamiento externo en otros establecimientos sanitarios (folios 3 bis-42).

Segundo

Mediante Resolución de 22 de junio de 2010, el Secretario General Técnico tiene por iniciado el procedimiento correspondiente, nombra Instructora del procedimiento y ordena su comunicación a la interesada, lo que se le notifica el 28 de junio de 2010.

Tercero

La Instructora del procedimiento, el 24 de junio de 2010, 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 A. R. S., Correduría de Seguros que gestiona el suscrito por el SERIS con Z. E. Cia de Seguros, S.A., que acusa recibo el 30 de junio de 2010. El 6 de agosto de 2010, la Instructora reitera la petición de envío de documentación.

Cuarto

La Gerente de Área Única, mediante escrito de 11 de agosto de 2010, remite diversa documentación clínica de la asistencia prestada, entre otros, sendos informes de los Dres. M. B., C. Ch., E. N. y R. V. (folios 50 a 99). En posterior escrito, de 18 de octubre de 2010, se remiten los informes de los Dres. M. P. y C. T. (folios 101-103).

Quinto

La Instructora, mediante escrito de 17 de agosto de 2010, solicita a la Dirección General de Aseguramiento, Acreditación y Prestaciones que la Inspección médica emita informe en relación con la reclamación presentada, que se cumplimenta el 5 de noviembre de 2010.

En dicho informe, a la vista de la documentación clínica incorporada al expediente sobre la atención prestada a la reclamante; de la información practicada (entrevista personal con la interesada a fin de determinar el daño estético que posee en la actualidad y si tiene presupuesto de reparación del mismo, aportando informe del Dr. L. B.); y del relato de hechos relativos a la asistencia prestada; concluye, en el apartado “discusión científico-técnica”, entre otras consideraciones, que:

“La actuación médica y quirúrgica, desde su primera intervención en el año 1998 hasta la fecha, en lo que se refiere al diagnóstico y tratamiento de su proceso tumoral, puede considerarse correcto. En efecto, tanto el diagnóstico de los distintos tumores que han ido apareciendo en sus mamas, así como los seguimientos de los mismos y los procedimientos quirúrgicos, pueden considerarse como ajustados a la lex artis. Así debe entenderlo la propia paciente, por cuanto no es objeto directo de su reclamación; y, por otro lado, la paciente, al menos hasta mayo de este año, afortunadamente está libre de enfermedad tumoral”.

Advierte que no consta consentimiento informado escrito de todas las intervenciones quirúrgicas y de cirugía plástica a la que ha sido sometida y concluye en su último párrafo que:

“Es evidente que existe una relación causal entre el procedimiento quirúrgico al que en distintas fases se sometió la paciente y su estado actual. Para bien, en cuanto que, hasta la fecha, está libre de enfermedad tumoral y también en cuanto a su situación estética que no es conforme con las expectativas que tenía la paciente, que le producen un perjuicio en su salud y que repercute en su estado psicológico. La autolesión de mayo de 2010, de la que fue atendida en el Servicio de Urgencias del Hospital San Pedro, es prueba de ello. No debemos olvidar la edad de la paciente a estos efectos”.

Se adjunta informe médico solicitado por la interesada al Dr. L. B., de Zaragoza, en el que, preguntado acerca de la posible corrección secundaria de intervención de mastectomía subcutánea con asimetría mamaria, manifiesta que:

“Se observa una asimetría relativa, especialmente debida a la diferencia existente entre los complejos areola-pezón (CAP) de uno y otro lado. Por el tipo de cicatrices que presenta, cabe deducir que en el lado izquierdo se hizo una mastopexia periareolar para tratar de igualar uno y otro CAP e inserción de prótesis mamaria en ambos lados. Explico a la paciente que, en este tipo de cirugías en las que hay una asimetría previa, es prácticamente imposible obtener una igualdad completa entre ambas mamas y que, si bien se comprueba que con la intervención realizada no se ha obtenido una igualdad completa, es difícil garantizar que con otra nueva cirugía se pueda garantizar una corrección perfecta, por lo que, por mi parte, desestimo la intervención quirúrgica”.

El informe de la Inspección médica se remite a la citada A. R. S., Correduría de Seguros, que acusa recibo el 8 de noviembre de 2010.

Sexto

Se ha incorporado al procedimiento el dictamen médico, redactado para D. I&I SL, Asesoría Médica, por los Dres. I. G., C. L., O. C., D. Z. A. y R.-B. V., Especialistas en Cirugía General que, tras el resumen de hechos, establecen unas consideraciones médicas sobre el fibroadenoma de mama (tumor benigno que afecta a mujeres jóvenes entre 16 y 40 años, siendo habitualmente único, aunque, en un 20% de los casos, puede ser múltiple, incluso bilateral; se recomienda su extirpación quirúrgica cuando su tamaño es superior a 2 cms y la aparición de nuevos fibroadenomas es de un 15% de los casos) y el tumor Phyllodes de la mama (de crecimiento lento, con desarrollo de grandes tamaños, de carácter benigno, maligno o “border-line”, como era el caso de la reclamante; su tratamiento es la escisión quirúrgica completa; en los casos “border-line”, se recomienda cirugía conservadora de la mama, si el tamaño es pequeño y la mastectomía simple, si es grande, como ocurría con la reclamante). A la vista de lo cual concluyen:

«1. La paciente fue intervenida en 1998 y 1999, de manera correcta de 2 fibroadenomas de mama.

2. *El seguimiento posterior en la CE de CG hay que considerarlo correcto de acuerdo con el estado de la ciencia.*
3. *Años más tarde, es diagnosticada de un tumor Phyllodes de MI, y de nuevo fibroadenoma en la mama contralateral, motivo por el cual la decisión de intervención es correcta.*
4. *En base al tamaño del tumor de la MI, la indicación de mastectomía simple en el lado izquierdo es correcta y es la técnica recomendada por la AEC.*
5. *Debido a las múltiples cirugías en ambas mamas, la decisión de realizar una mastectomía simple en el lado derecho es correcta.*
6. *La cirugía se lleva a cabo en tiempo y forma correctos, siendo realizada conjuntamente por los Cirujanos generales y los Cirujanos plásticos.*
7. *La anatomía patológica confirma la idoneidad de la cirugía.*
8. *Posteriormente, se realiza una remodelación mamaria.*
9. *En noviembre de 2009, es diagnosticada de recidiva del tumor Phyllodes en MI.*
10. *Tras la oportuna intervención quirúrgica, se comprueba que no se trata de una recidiva sino de un nuevo fibroadenoma.*
11. *La posibilidad de aparición de nuevos fibroadenomas tras la cirugía está en torno al 15%.*
12. *De acuerdo con la documentación examinada, se puede concluir en que todos los profesionales que trataron a la paciente en el Servicio de Cirugía General lo hicieron de manera correcta».*

Séptimo

La Instructora da trámite de audiencia al reclamante el 24 de noviembre de 2010, notificado el 2 de diciembre siguiente. El 3 de diciembre, comparece la interesada y retira copia de todos los documentos obrantes en el expediente, aunque no hace alegaciones.

Octavo

La Instructora, el 28 de febrero de 2011, elabora la Propuesta de resolución, desestimatoria de la reclamación de responsabilidad presentada, al considerar que no concurren los requisitos exigidos por la legislación y la jurisprudencia para reconocer la obligación de la Administración de indemnizar el daño alegado, pues no es antijurídico, ajustándose los Facultativos intervinientes a la *lex artis*, criterio rector que permite determinar cuándo el paciente debe o no soportar el daño, dado que la obligación de la Administración sanitaria es *de medios, no de resultados* y ello, tanto en lo que se refiere a

la extirpación de los fibroadenomas y tumor de Phyllodes (en mayo de 2010 “afortunadamente está libre de enfermedad”), como al “gran perjuicio estético” sentido por la reclamante que, para los Facultativos, es un “resultado aceptable” tras las diversas intervenciones quirúrgicas (Dr. R.) o la asimetría es “relativa” (Dr. L. B.).

Noveno

Remitida la Propuesta de resolución, el 3 de marzo de 2011, para informe, a la Dirección General de los Servicios Jurídicos es informada favorablemente el 7 de marzo de 2011.

Antecedentes de la consulta

Primero

Por escrito de 8 de marzo de 2011, registrado de entrada en este Consejo el 11 de marzo de 2011, 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 14 de marzo de 2011, registrado de salida el 14 de marzo de 2011, 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 Ley 5/2008, que ha dado nueva redacción al citado precepto. Aun cuando no se ha concretado la cuantía de la reclamación, el órgano competente para la instrucción del procedimiento ha solicitado nuestro dictamen.

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:

1°.- 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.

2°.- 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.

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

4°.- 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 las aptitudes 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* (correlato 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, en casos, como el presente, en el que se producen unas secuelas estéticas en el pecho izquierdo (que la reclamante considera muy graves, hasta afectarle psicológicamente), si bien los Facultativos intervinientes consideran un “resultado aceptable” u otros externos, consultados por la reclamante, califican como asimetría “relativa”, secuelas explicables como un mal necesario derivado de las diversas intervenciones quirúrgicas necesarias para la extirpación de los fibroadenomas y tumor Phyllodes aparecidos en distintas ocasiones en ambos pechos, intervenciones juzgadas necesarias de acuerdo con los protocolos de actuación.

Tercero

La inexistencia de responsabilidad de la Administración en el presente caso

En el presente caso, el escrito de iniciación del procedimiento, de 22 de junio de 2010, constituye más una queja explicable por la peripecia personal que ha sufrido la interesada, al verse sometida, pese a su juventud (31 años cuando presenta la reclamación), a sucesivas intervenciones quirúrgicas para extirpar diversos fibroadenomas y un tumor, junto a otras de cirugía plástica de reconstrucción mamaria (en 1998, 1999, febrero de 2008, septiembre de 2008, noviembre de 2009) que una reclamación de responsabilidad patrimonial en sentido estricto, como evidencia que no se concrete cantidad exacta de dinero, porque desconoce el importe de la operación de la reconstrucción del pecho, que ha sido su deseo reiterado, como se deduce de la documentación que obra en el expediente.

En efecto, lo que en realidad desea –con independencia ahora de la carga subjetiva con la que valora el proceso asistencial recibido, a resultas de la natural evolución de su enfermedad, que afortunadamente evoluciona en la actualidad sin malignidad– es la solución del problema estético de su mama izquierda, para lo que ha solicitado ser operada en otros Centros médicos fuera de La Rioja (“*quiero que me vea otro Cirujano porque, después de lo que me han hecho aquí, me da miedo no me dejen bien, ya que son tres operaciones*”, escrito de 29 de agosto de 2008 —folio 34— o «*no estoy conforme con lo que me han hecho*», escrito de 17 de diciembre de 2008 –folio 36–); solicitud ésta que se desestima el 18 de diciembre de 2008, “*ya que las derivaciones a otros Centros sanitarios extraprovinciales las realizan los Facultativos especialistas a Hospitales del Sistema Nacional de Salud y siempre que dicha asistencia no se pueda prestar en los Centros del Servicio Riojano de Salud*”, advirtiéndole, además, que el Hospital Virgen del Camino de Pamplona, «*no acepta peticiones fuera de su actividad hospitalaria*» (folio 41).

Cursada la solicitud por un Especialista en Cirugía Plástica del SERIS para una segunda opinión médica, se le informa a la interesada (escrito de 4 de febrero de 2010, folios 39-40) de los requisitos establecidos en el art. 5 del Decreto 55/2008, de 10 de octubre, de segunda opinión médica, a la luz de los cuales «*es aconsejable...considerar si la patología y tratamientos descritos por el Dr. G. L. se encuentran entre los supuestos*

contemplados en dicho artículo». Mucho tiempo más tarde y suponemos que ante su insistencia, sus peticiones para ser tratada en Centros sanitarios externos son denegadas [en el Hospital «Marqués de Valdecilla» de Santander y en el Complejo Asistencial de Burgos, «debido a las condiciones actuales de dicho Centro y por no ser Centro de referencia, y lista de espera importante, respectivamente», (escrito de 16 de marzo de 2010, folio 38) y, por idénticos motivos, en el Hospital «Miguel Servet» de Zaragoza (escrito de 3 de junio de 2010, folio 37)].

El contenido quejoso de su escrito es explicable humanamente por la fuerte carga emocional que ha experimentado en las reiteradas intervenciones quirúrgicas de que ha sido objeto para hacer frente a la evolución natural de su enfermedad, habiéndole quedado un problema estético que le ha producido un estado de ansiedad y depresión determinante de su baja laboral (además del episodio de autolesión en el ojo derecho del que fue atendida en el Servicio de Urgencias el 7 de mayo de 2010, folio 4), para cuyo remedio el SERIS, como se ha señalado, no le ha proporcionado solución alguna.

Sin embargo, al margen –decimos– de las apreciaciones subjetivas del escrito de la reclamante, los informes médicos (Facultativos intervinientes, Inspección médica y dictamen pericial de la Aseguradora) obrantes en el expediente ponen de manifiesto que, tanto el diagnóstico como el tratamiento realizado, ha sido el correcto en todas y cada una de las intervenciones quirúrgicas realizadas, habiéndose ajustado la actuación de los Facultativos intervinientes a la *lex artis* exigible en cada caso. En particular, en la actualidad (la reclamante fue reconocida por el Inspector Médico el pasado 5 de noviembre) “*afortunadamente, está libre de enfermedad tumoral*”. La reiterada aparición de fibroadenomas y del tumor Phyllodes es fruto de la evolución natural de su enfermedad y, en ningún caso, producto de una mala praxis médica.

Y en cuanto al «*gran perjuicio estético*» que, según la reclamante, le han causado las intervenciones quirúrgicas, con independencia de la extraordinaria carga subjetiva valorativa –absolutamente comprensible en una persona que en la actualidad tiene 31 años–, el resultado es “*aceptable*” para el Facultativo interviniente y la asimetría evidenciada (“*diferencia existente entre los complejos areola-pezón (CAP) de uno y otro lado*”) es «*relativa*» y, dado que con la intervención reparadora no se ha conseguido una igualdad completa, “*es difícil garantizar que, con otra nueva cirugía, se pueda garantizar una corrección perfecta, por lo que, por mi parte, desestimo la intervención quirúrgica*”, como afirma, con absoluta prudencia, el Cirujano plástico Dr. L. B., de Zaragoza, consultado por la reclamante.

En este contexto y pese a que el órgano responsable de la tramitación del procedimiento la ha tramitado como una reclamación de responsabilidad patrimonial en sentido estricto, sin requerir a la interesada, sin embargo, para que subsanara su solicitud y cuantificara debidamente el importe de la indemnización reclamada a la Administración

sanitaria, este Consejo Consultivo no puede sino estar enteramente de acuerdo con la Propuesta de resolución desestimatoria, dado que la reclamación no reúne los requisitos exigidos por la legislación y jurisprudencia aplicables, puesto que el daño alegado (perjuicio estético) no es antijurídico y su existencia, en modo alguno, es imputable al SERIS y no tanto –como venimos reiterando– porque la reclamante tenga el deber jurídico de soportarlo, sino porque carece de título jurídico para imputarlo a la Administración, al haberse ajustado la actuación de los Facultativos intervinientes a la *lex artix* exigible en cada caso.

Por lo demás, se deducen del largo historial clínico de la reclamante ciertas disfunciones derivadas de la intervención de muy diversos Facultativos del SERIS, incluidos aquellos que realizan una actividad compatible en la sanidad privada, que favorecen una equivocada percepción y valoración de la asistencia prestada y, tal vez, con escasa prudencia y oportunidad, suscitan falsas expectativas que la realidad (condicionada por la innegable fragilidad de nuestra condición humana) desmiente. La Gerencia del Hospital *San Pedro* debiera practicar las debidas actuaciones inspectoras para averiguar la realidad de los hechos referidos en el escrito inicial de reclamación en relación con el intento de presentar una reclamación ante el Defensor del Paciente en el Hospital *San Pedro* y que una Dra. de dicho Servicio “*no me deja poner mi reclamación, por más que yo insisto*”.

CONCLUSIONES

Única

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por D^a V. V. M. al no ser el daño alegado antijurídico ni imputable a la actuación de los Facultativos del SERIS, que se ha ajustado en todo momento 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