

En Logroño, a 8 de septiembre 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<sup>a</sup> M<sup>a</sup> 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<sup>a</sup> Cid Monreal, emite, por unanimidad, el siguiente

## **DICTAMEN**

**60/11**

Correspondiente a la consulta formulada por el Excmo. Sr. Consejero de Salud en relación con la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria formulada por D<sup>a</sup> E. F. P. de L., por daños, a su juicio, causados por retraso en el diagnóstico y tratamiento de un cáncer de mama en el SERIS.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **Antecedentes del asunto**

#### **Primero**

En fecha 12 de enero de 2011, D<sup>a</sup> E. F. P. de L. 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 23.220 euros, al que se adjunta el siguiente relato de hechos:

*“Con fecha 2-9-10, me citaron para realizarme una mamografía regular en la Unidad Móvil de Dirección de Cáncer de Mama. Tras su análisis, me avisaron, por teléfono, el día 27-9-10, que debía acudir al Hospital San Pedro para ampliar el estudio por haber visto “algo anormal”. Con fecha 28-9-10, me dirigí a la Unidad de Mama del citado Hospital, donde me realizaron de nuevo una mamografía. Al no quedar claro de lo que se trataba, el Equipo médico decidió realizarme una ecografía, la cual tampoco debió de aportar mucha más información pues, tras la misma, la Doctora que me atendió me comentó que se veía “algo”, pero que no estaba muy claro lo que era, que no nos preocupáramos que nos iban a citar para una nueva mamografía para dentro de 3 meses.*

*Al no quedarme tranquila, mi familia y yo decidimos consultar una segunda opinión, concretando una cita en un centro privado, (C. U. de Pamplona), para el día siguiente:*

*En este Centro, el día 29-9-10 y con sólo una prueba más, una biopsia, pudieron diagnosticar de qué se trataba, un tumor maligno. Con el nerviosismo y temor propios de los momentos inmediatos al diagnóstico, el mismo Centro se reafirmó en su diagnóstico y nos propuso realizar las pruebas previas necesarias para realizar a la mayor brevedad posible la intervención quirúrgica.*

*Tras las mencionadas pruebas previas, el día 19-10-10 me realizaron la intervención quirúrgica en el mencionado Centro, durante la cual se confirmó el diagnóstico previo del tumor maligno y se procedió a la extirpación del mismo. Durante la intervención se realizó asimismo, la implantación de unos catéteres para la aplicación posterior de unas sesiones de braquiterapia. Tras la intervención recibí el alta el día 22-10-10.*

*Siguiendo el tratamiento propuesto por el Centro, recibí 10 sesiones de braquiterapia durante la semana siguiente del 25 al 29 de octubre, retirándome los catéteres implantados al final de las mismas.*

*Tras diferentes visitas de seguimiento y pruebas médicas con los Especialistas de Cirugía, Radioterapia y Oncología, comencé en este Centro el tratamiento de quimioterapia el día 23 de octubre, con una periodicidad de 3 semanas, habiendo recibido la tercera el 3 de enero de 2011 y quedando pendientes otras tres sesiones.*

*El pasado día 15-12-10, acudí nuevamente a la Unidad de Mama del Hospital San Pedro para la cita que me habían programado 3 meses antes. Durante la consulta con la Doctora que me atendió en septiembre, le transmití mi preocupación por saber qué motivos tuvieron Uds. para no seguir investigando qué era aquello que se veía en las mamografías y ecografía y por qué motivo no me realizaron una biopsia, prueba que, por otra parte, realizan normalmente.*

*El motivo de mi escrito es darles a conocer la situación personal que se me ha planteado de manera que les ayude a tomar las medidas que entiendan necesarias para evitar en el futuro este tipo de errores en el diagnóstico y, en segundo lugar, solicitarles una compensación económica por valor de 23.220 euros, por todo el tratamiento descrito anteriormente, incluyendo los inconvenientes ocasionados por los múltiples desplazamientos que mi familia y yo hemos tenido que realizar durante el tratamiento y el desconcierto y responsabilidad en la decisión, que una situación francamente difícil tuve que asumir ante la disparidad de diagnósticos. No incluyo la quimioterapia por haber sido ofertada por el Hospital San Pedro en mi cita del 15 de diciembre.*

Se adjunta a la reclamación la siguiente documentación: i) Cita de la 1ª mamografía, para el día 2 de septiembre de 2010; ii) Informe interno de la visita del día 28 de septiembre de 2010; y iii) Informe externo de la C. U. de Pamplona

## **Segundo**

En fecha 2 de febrero de 2011, se notifica a la reclamante la Resolución en la que se indica que se tiene por iniciado procedimiento general de responsabilidad patrimonial, nombrándose Instructora del mismo, comunicándose igualmente a la reclamante, diversa información relativa a la instrucción del mismo.

## **Tercero**

Previamente en fecha 28 de enero, se había solicitado de la Gerencia del Área de Salud de la Rioja-Hospital *San Pedro*, cuantos antecedentes existan de la atención prestada a la reclamante en la Unidad de Mama, 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 1º de marzo, se reclama informe a la Inspección Médica, que es evacuado en fecha 31 de marzo con las siguientes conclusiones:

*“Estamos ante el caso de una paciente de 66 años quien fue diagnosticada de una lesión en la mama derecha, en estadio 3BI-RADS, en la Unidad de Patología de Mama del Servicio Riojano de Salud el día 28 de septiembre de 2010.*

*Un día después, el 29 de septiembre de 2010, la paciente es diagnosticada de una lesión 4BI-RADS en la C. U. de N.*

*El motivo por el que se clasificó la lesión como 3BI-RADS en el Servicio Riojano de Salud, fue porque, aunque se realizó una ecografía, no se detectó lesión alguna. Un hallazgo ecográfico habría supuesto la clasificación como nivel 4BI-RADS y habría permitido la realización de biopsia. Al no objetivarse alteración ecográfica se decidió no biopsiar por la dificultad de realizar el procedimiento sin guía ecográfica y, al no haber hallazgos, no se conservan imágenes de esta ecografía mamaria en la historia clínica de la paciente.*

*La existencia de métodos de imagen de mayor sensibilidad y capacidad de discriminación en otros Centros, no implica una obligación por parte del Servicio Riojano de Salud de disponer de dichos medios. A partir de aquí, se puede concluir que la actuación de los Facultativos del Servicio Riojano de Salud fue correcta y adecuada a la lex artis.*

#### **Quinto**

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

*“Se trata de un caso en el que se reclama por una valoración incorrecta de una lesión mamográfica, que fue diagnosticada como maligna en un Centro privado.*

*En un estudio mamográfico de rutina, se diagnostica imagen de aumento de densidad en mama derecha, calificado como categoría BI-RADS 3. En estos casos, la sospecha de malignidad es muy baja y se recomienda un control a corto plazo, tal y como se hizo en este caso.*

*La mamografía es un método de diagnóstico de imagen y, como tal, imperfecto, sujeto a la interpretación subjetiva del explorador, ello explica la existencia de tanto falsos negativos como positivos.*

*El carcinoma se encontraba en un estadio bajo (I), sin que un diagnóstico posterior, a los 3 meses, hubiera representado cambio alguno en su pronóstico.*

*La actuación de los Facultativos intervinientes fue correcta en todo momento y ajustada a la lex artis ad hoc, sin que exista negligencia alguna en los hechos analizados.*

### **Sexto**

El 12 de mayo, se notifica a la reclamante la apertura del trámite de audiencia, compareciendo ésta el día 23 del mismo mes, y, tras obtener copia del expediente, presenta un escrito en trámite de alegaciones, en el que, además, solicita, como prueba, que se incorpore al expediente copia de la ecografía realizada, sobre la que se basa el diagnóstico de 3BI-RADS, así como que se indiquen las características del ecógrafo utilizado, sin que conste que se haya atendido dicha solicitud de prueba.

### **Séptimo**

El 5 de julio, se dicta Propuesta de resolución, en el sentido de desestimar la reclamación interpuesta, que es informada favorablemente por los Servicios Jurídicos en fecha 15 del mismo mes.

## **Antecedentes de la consulta**

### **Primero**

Por escrito de 19 de julio de 2011, registrado de entrada en este Consejo el 1 de agosto de 2011, el Excmo. Sr. Consejero de Salud y Servicios Sociales 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 1 de agosto de 2011, registrado de salida el 2 de agosto 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 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 la Disposición Adicional 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 que, en concepto de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración Pública, cuando la cuantía de las reclamaciones sea indeterminada o superior a 6000 euros, en la redacción dada por la Ley 5/2008, por lo que en este caso, 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 30/1992, 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, como hemos explicado ya reiteradamente en otros dictámenes, en el ámbito sanitario la conducta de los Facultativos a la que debe estar ligado el daño no participa del criterio objetivo que con carácter general establece para la responsabilidad patrimonial de la Administración la LPAC, sino que tiene un carácter específico, por tener la responsabilidad su origen, no en un daño que deriva del funcionamiento normal o anormal de la Administración, sino en un daño efectivo que nace del incumplimiento por ésta de una específica *obligación de hacer* de la que es acreedor el paciente, que tiene derecho, no sólo a una genérica y abstracta *atención sanitaria*, sino a las prestaciones concretas que en su caso requiera ésta.

La existencia en ambos casos de una obligación previa a cargo de los Facultativos y, en último término, de la Administración por la que actúan, explica que coincidan la doctrina y la jurisprudencia en afirmar que *tal obligación es de medios y no de resultado*, por lo que sólo se incumple aquélla, con la responsabilidad consiguiente, cuando la conducta de prestación del servicio por los Facultativos no resulta conforme con la *lex artis ad hoc* o cuando, aun siéndolo —y habiendo daño—, exceda lo actuado de la legitimación conferida por el propio paciente (*consentimiento informado*) o por la ley (falta objetiva de la situación de *urgencia* requerida).

En el caso sometido a nuestra consideración resulta, fuera de toda duda que la reclamante no fue diagnosticada de su enfermedad de manera adecuada por los profesionales que la atendieron en la sanidad pública riojana, y que fue una simple prueba, cual es una biopsia, la que confirmó las sospechas que en un Centro privado surgieron tras realizar las mismas pruebas que se habían llevado a cabo en la sanidad riojana.

Consta en el expediente que la reclamante acudió al Programa de detección precoz del cáncer de mama, donde, en un principio, se le apreció una densidad asimétrica focal en la mama derecha, que se incluyó en la clasificación 3BI-RADS. Ello determinó que se citase a la paciente para realizar técnicas complementarias, realizándosele 2 proyecciones

complementarias de mamografía y una ecografía. En la placa lateral de la mama derecha, se apreció, nuevamente, la imagen de densidad asimétrica. Y, en la placa localizada, la imagen parecía menos evidente, no siendo concluyente la misma. Por ello, se realizó una ecografía de ambas mamas y de ambas zonas axilares. Esta exploración no confirmó la imagen visualizada en la mamografía, estando el estudio de las axilas dentro de la normalidad, por lo que se mantuvo la clasificación de su lesión en 3 BI-RADS, optándose, siguiendo el protocolo del Centro sanitario público, por el seguimiento de estabilidad, fijándose la revisión de la paciente en el plazo de tres meses. Frente a este diagnóstico, en la C. U. de Pamplona, el día 29 de septiembre, se le practicó una mamografía que identificó una zona de 11 mm de diámetro en cuadrante supero externo de la mama derecha, con aumento en la densidad, categoría BIRADS-4, realizándose una biopsia que confirmó el diagnóstico de carcinoma ductal infiltrante, moderadamente diferenciado, con receptores de estrógeno y progesterona positivos al 100%.

¿Por qué se llega a este diferente diagnóstico entre ambos Centros hospitalarios? Esta cuestión no queda resuelta en el expediente, siendo imputable dicha falta de prueba a aquella parte que tenía a su disposición la facilidad para acreditar tales extremos, que no es otra que la Administración sanitaria riojana, pues, en su escrito presentado en el trámite de alegaciones, la reclamante solicitó, que se aportase al expediente, tanto los datos técnicos del ecógrafo utilizado, como la copia de la ecografía realizada en el sistema riojano de salud, sin que ninguna de dichas pruebas conste en el expediente administrativo, al menos en el remitido a este Consejo Consultivo, Por lo tanto, no es posible determinar si el diferente diagnóstico se debe a una mejor resolución del instrumental utilizado en el Centro privado o a una mayor pericia de sus Facultativos, debiendo la Comunidad Autónoma de La Rioja correr con la carga de soportar ese déficit probatorio, por aplicación del principio general de imputación de la carga de prueba recogido, entre otros, en el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Ahora bien, todo lo anterior, no determina sin más la existencia de responsabilidad de la Comunidad Autónoma de La Rioja, pues es necesario analizar si concurre en este caso el requisito del daño, real, efectivo y evaluable económicamente. Y, a este particular, hemos de señalar que no se ha acreditado que el retraso de al menos tres meses con el que se hubiera diagnosticado correctamente el proceso de la dolencia de la reclamante hubiese comprometido sus posibilidades de curación. Por otra parte, dada la absoluta inmediatez con la que ésta se trasladó a la C. U., tampoco se aprecia la posibilidad de concurrencia de un daño moral, sin que del expediente se desprenda la existencia de una situación de riesgo vital que hubiese permitido estimar su reclamación. Quedaría lo relativo a los gastos ocasionados con motivo de una segunda opinión médica en la primera visita que se realiza a la C. U. Con independencia, de que no constan las facturas objeto de la reclamación efectuada, lo cierto es que la reclamante no ha seguido los trámites establecidos legalmente para acceder una segunda opinión médica en el sistema sanitario público, razones por las que, aun cuando comprendamos perfectamente las decisiones

adoptadas por la misma, no podamos considerar estimable su reclamación, aunque ello por motivos diferentes a los contenidos en la Propuesta de resolución.

## **CONCLUSIONES**

### **Primera**

A juicio de este Consejo Consultivo, la presente reclamación debe ser desestimada, por los motivos expuestos en el Fundamento de Derecho Segundo de este dictamen.

Este es el dictamen que pronunciamos, emitimos y firmamos en el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.

Joaquín Espert y Pérez-Caballero  
Presidente

Antonio Fanlo Loras  
Consejero

Pedro de Pablo Contreras  
Consejero

José M<sup>a</sup> Cid Monreal  
Consejero

M<sup>a</sup> del Carmen Ortiz Lallana  
Consejera

Ignacio Granado Hijelmo  
Letrado-Secretario General