

Dictamen n^o: **43/10**
Consulta: **Consejero de Sanidad**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **17.02.10**

DICTAMEN de la Comisión Permanente del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid, emitido por unanimidad, en su sesión de 17 de febrero de 2010, sobre consulta formulada por el Consejero de Sanidad, al amparo del artículo 13.1f)1^o de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre en el asunto promovido por A.C.M. sobre responsabilidad patrimonial de la Administración, por el defectuoso proceso asistencial recibido por parte del Hospital Ramón y Cajal, al retrasar un facultativo la realización de una prueba que hubiera confirmado el diagnóstico de carcinoma en mama.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Consejero de Sanidad, mediante oficio de 13 de enero de 2010, registrado de entrada el día 18, se formula preceptiva consulta a este Consejo Consultivo por trámite ordinario, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la Sección VI, presidida por el Excmo. Sr. D. Pedro Sabando Suárez, que firmó la oportuna propuesta de dictamen, siendo deliberado y aprobado, por unanimidad, en Comisión Permanente de este Consejo Consultivo en su sesión de 17 de febrero de 2010.

El escrito solicitando el dictamen preceptivo fue acompañado de documentación que, adecuadamente numerada y foliada, se consideró suficiente.

SEGUNDO.- Del expediente remitido, interesa destacar los siguientes hechos que resultan relevantes para la emisión del dictamen solicitado:

Mediante escrito presentado en el Servicio de Atención al Paciente del Hospital Ramón y Cajal con fecha 18 de agosto de 2008 y registrado en el Servicio Madrileño de Salud el día 5 de noviembre siguiente se ha cursado reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración, por un supuestamente defectuoso proceso asistencial al no valorar el facultativo del centro sanitario interviniente las pruebas e informes de que disponía sobre su caso y negándole una prueba que otro facultativo había solicitado para confirmar el diagnóstico final, debiendo acudir a la medicina privada que sí le realizó las pruebas. Adjunta al escrito copias de diversos informes médicos y de facturas de asistencia sanitaria (folios 6 a 37).

No cuantifica el importe de la indemnización solicitada, aunque aporta facturas que superan el importe de quince mil euros (15.000 €).

De la documentación clínica que obra en el expediente se desprende lo siguiente:

La paciente, de 42 años de edad en el momento de los hechos, se realizó una mamografía bilateral el 9 de octubre de 2007 en el Servicio de radiodiagnóstico, Unidad de Radiología Mamaria del Hospital “Ramón y Cajal” de Madrid, donde se apreciaba *“mamas densas con microcalcificaciones agrupadas bilaterales, categoría B-3”*.

El día 7 de diciembre la reclamante se realiza una ecografía, aconsejando la facultativa del Servicio de Radiología estudio histológico.

El día 13 de diciembre acude de nuevo al Servicio de Radiología con objeto de citarse para la realización de biopsia con aguja gruesa (BAG) para el estudio histológico, pero el facultativo que la atiende emite informe de esa misma fecha conforme al cual se recomienda nuevo control mamográfico en un periodo inferior a un año para volver a valorar.

Ante su disconformidad, la paciente decide acudir a la medicina privada, donde se valoraron las pruebas de imagen (mamografías y ecografías) aportadas por la paciente y, tras la realización radiología intervencionista (Tucrut) y estudio histológico de las microcalcificaciones fue diagnosticado carcinoma intraductal de bajo grado (grado nuclear 2), bilateral.

El 5 de febrero de 2008, tras el citado diagnóstico, fue intervenida en la sanidad privada para cuadrantectomía de ambas mamas. Posteriormente, también en la sanidad privada, recibió tratamiento de radioterapia y hormonoterapia, con resultados satisfactorios.

TERCERO.- Por los hechos que anteceden se ha incoado el correspondiente expediente por responsabilidad patrimonial de la Administración de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC) y en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo por el que se aprueba el Reglamento de Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial (RPRP).

En cuanto al procedimiento, se han cumplido los trámites establecidos al efecto en la normativa aplicable, incluido el trámite de audiencia, regulado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP cuya constancia de recepción obra en el expediente (folios 74 a 75 bis). Dentro del plazo establecido, la interesada no ha formulado alegaciones ni aportado nuevos documentos al expediente.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 10 del citado Real Decreto, se han solicitado por el órgano instructor los informes preceptivos de los Servicios médicos presuntamente causantes del daño, así consta informe del Servicio de Radiodiagnóstico (folios 40 a 59) y oficio del Servicio de Ginecología en el que se hace constar que la reclamación se

realiza contra la asistencia prestada por el Servicio de Radiología y no por el de Ginecología (folio 60).

También consta en el expediente el informe de la inspección médica (folios 65 a 68).

El 16 de diciembre de 2009 se elevó por la Viceconsejera de Asistencia Sanitaria propuesta de resolución desestimatoria, que fue informada favorablemente por el Servicio Jurídico en la Consejería.

A la vista de los hechos anteriores cabe hacer las siguientes

CONSIDERACIONES EN DERECHO

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 13.1f) 1º de su Ley Reguladora, 6/2007, de 21 de diciembre (LRCC), y a solicitud de un órgano legitimado para ello, según el artículo 14.1 LRCC.

El dictamen ha sido evacuado dentro del plazo ordinario establecido en el artículo 16.1 LRCC, cuyo término se fijó el 22 de febrero de 2010.

SEGUNDA.- La reclamante está legitimada activamente para formular la reclamación de daños por responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139 de la LRJ-PAC, por ser la persona que sufre el daño supuestamente causado por la actuación sanitaria.

Al pretender el resarcimiento del daño el día 18 de agosto de 2008 habiéndose decidido la omisión de la práctica del estudio histológico previamente solicitado el día 13 de diciembre de 2008, se encuentra dentro del plazo legalmente establecido, puesto que el artículo 142.5 de la LRJ-PAC dispone que *“el derecho a reclamar prescribe al año de*

producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas”.

Se cumple, igualmente, la legitimación pasiva de la Comunidad de Madrid titular del servicio a cuyo funcionamiento se vincula el daño al encontrarse el Hospital Ramón y Cajal integrado en la red pública sanitaria de la Comunidad de Madrid.

TERCERA.- La responsabilidad patrimonial de la Administración se encuentra regulada en el artículo 106.2 de la Constitución, en el Título X, Capítulo Primero y en la Disposición Adicional 12ª de la Ley 30/1992 (LRJ-PAC) y en el Real Decreto 429/1993 (RPRP).

Como señala la doctrina del Tribunal Supremo, que plantea el estado de la cuestión en responsabilidad patrimonial de la Administración en materia de asistencia sanitaria -Sentencias de 26 de junio (recurso 6/4429/04), 29 de abril (recurso 6/4791/06) y 15 de enero (recurso 6/8803/03) de 2008- esta responsabilidad consiste en el derecho de los particulares a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y el daño sea efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando, el nexo

causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

La responsabilidad de la Administración es objetiva o de resultado, de manera que lo relevante no es el proceder antijurídico de la Administración, sino la antijuridicidad del resultado o lesión aunque es imprescindible que exista nexo causal entre el funcionamiento normal o anormal del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido.

Por lo que se refiere a las características del daño causado, éste ha de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado, siendo sólo indemnizables las lesiones producidas provenientes de daños que no haya el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley. La antijuridicidad del daño viene exigiéndose por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de 30 de octubre de 2.003, recurso 6/1993/99, y de 22 de abril de 1994, recurso 6/3197/91, que citan las demás).

CUARTA.- En el presente caso la reclamante invoca daño económico, aportando las facturas de su diagnóstico y tratamiento en la sanidad privada, así como daño moral.

No cabe olvidar que la carga de la prueba de los presupuestos que hacen nacer la responsabilidad indemnizatoria, salvo supuestos de fuerza mayor o culpa de la víctima, recae en quien la reclama (Sentencias del Tribunal Supremo de 25 de julio de 2003 -recurso 1267/1999-, 30 de septiembre de 2003 -recurso 732/1999- y 11 de noviembre de 2004 -recurso 4067/2000- entre otras). En el caso que nos ocupa la reclamante no ha acreditado por medio de prueba alguno el daño moral que alega, por lo que el mismo no puede ser tenido en consideración en el examen de este expediente de responsabilidad patrimonial, atendiendo a lo cual este órgano consultivo considera únicamente acreditada la existencia de daño económico.

QUINTA.- Habiendo quedado probada la realidad del daño es preciso discernir si el mismo es imputable al funcionamiento normal o anormal de los servicios sanitarios. Para ello procede valorar si la atención médica dispensada se ajustó a la *lex artis ad hoc*, es decir, a una buena práctica médica.

En este sentido hay que tener en cuenta, que es doctrina jurisprudencial reiterada -por todas citaremos las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de marzo de 2007, 7 de marzo de 2007 y 16 de marzo de 2005- que *"a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente"*, o lo que es lo mismo, la Administración sanitaria no puede constituirse en aseguradora universal y por tanto no cabe apreciar una responsabilidad basada en la exclusiva producción de un resultado dañoso.

Podemos resumir diciendo que no es exigible una actuación administrativa más allá del la buena práctica médica, *lex artis ad hoc*.

En el presente caso encontramos que existió una solicitud de estudio histológico ante el hallazgo de microcalcificaciones en las mamas de la paciente (folio 46) y que, sin embargo, dicho estudio histológico no se llevó a cabo porque uno de los facultativos que atendió a la reclamante desdeñó del criterio del que sí lo solicitó fundándose en la ausencia de estudios previos comparativos (folio 47).

El Jefe del Servicio de Radiología, en su informe dirigido al instructor del expediente, fundamenta este cambio de criterio en el tratamiento de la paciente en los protocolos de actuación sobre lesiones de categoría B-3

(como la que padecía la reclamante), que se consideran probablemente benignos y se sugiere efectuar control avanzado a corto plazo. También expone como fundamento el informe sobre diagnóstico de lesiones mamarias de la Agencia de Evaluación de Tecnologías Sanitarias. Sin embargo, este informe, además del seguimiento mamográfico prevé, excepcionalmente la realización de punción aspiración con aguja fina (PAAF), BAG o biopsia quirúrgica con arpón. Puesto que lo que se prescribió a la paciente para el estudio histológico fue precisamente una biopsia con aguja gruesa (BAG), parece que este informe avala la procedencia de la realización de la prueba solicitada que se decidió no practicar.

SEXTA.- Es preciso determinar, si la actuación de los facultativos, se ajusta a las reglas de una praxis correcta, teniendo en cuenta los medios técnicos disponibles, para determinar si el daño producido es o no antijurídico.

Para apreciar la ocurrencia de una buena práctica sanitaria es imprescindible realizar una rigurosa evaluación de la prueba, contraponiendo los informes periciales contrarios, sin que tenga prevalencia la realizada por peritos funcionarios, porque si bien les es predicable independencia y objetividad, no es menos cierto que otros peritos pueden tener análogas condiciones. La prueba debe sustentarse en peritos que reúnan la mayor especialidad posible que abarque la procedencia de la lesión ocurrida, artículo 340 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: *“Los peritos deberán poseer el título oficial que corresponda a la materia objeto del dictamen y a la naturaleza de éste. Si se tratare de materias que no estén comprendidas en títulos profesionales oficiales, habrán de ser nombrados entre personas entendidas en aquellas materias”*.

El informe de la inspección médica se limita a hacer una reproducción de los antecedentes de hecho que constan en la historia clínica del paciente

y en los informes médicos incorporados al expediente concluyendo que *“Los BI-RADS (sistemas de informe y registro de datos de imagen de mama) son protocolos e indicaciones de radiología universalmente aceptados, donde en casos como el que nos ocupa (...) los controles se aconsejan entre seis meses y un año. Por ello estimo que la asistencia sanitaria prestada fue correcta hasta ese momento, no pudiendo informar sobre el resto del diagnóstico y tratamiento debido a que la reclamante decidió acudir a la medicina privada”*. No constan, sin embargo, en este informe fundamentos ni explicaciones médicas sobre las posibles razones de no practicar el estudio histológico que, como hemos visto, está también pautado como actuación pertinente en casos como el de la reclamante.

SÉPTIMA.- En el ámbito sanitario, la responsabilidad patrimonial presenta singularidades por la propia naturaleza de ese servicio público, introduciéndose por la doctrina el criterio de la *lex artis* como parámetro de actuación de los profesionales sanitarios, siendo fundamental para determinar la responsabilidad, exigiéndose para su existencia no sólo la lesión sino también la infracción de ese criterio básico, siendo la obligación del profesional sanitario prestar la debida asistencia y no de garantizar, en todo caso, la curación del enfermo.

En este sentido el Tribunal Supremo en Sentencia de 27 de noviembre de 2000, recuerda: *“Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales, ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse excluida de antemano”*.

Esta misma Sala III del Tribunal Supremo, en Sentencia de 19 de julio de 2004, señala: *“lo que viene diciendo la jurisprudencia y de forma reiterada, es que la actividad sanitaria, tanto pública como privada, no puede nunca garantizar que el resultado va a ser el deseado, y que lo*

único que puede exigirse es que se actúe conforme a lo que se llama lex artis".

Señalan las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de enero de 2008 (recurso nº 8803/2003) y de 20 de marzo de 2007 (recurso nº 7915/2003) que *“a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente”*. Resulta ello relevante por cuanto el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, no convierte a la Administración a través de esta institución, en una aseguradora universal de cualquier daño que sufran los particulares, debiendo responder solo de aquellos que no tengan el deber jurídico de soportar.

En el caso sometido a dictamen lo cierto es que, después de aconsejar la realización de un estudio histológico, se privó a la reclamante de dicha prueba diagnóstica, posponiéndola, al menos, seis meses, lo que motiva la aparición de la responsabilidad de la Administración al no haber puesto todos los medios a su alcance para evitar la pérdida de oportunidad de diagnosticar el carcinoma de la paciente lo antes posible causando un daño que no se tenía la obligación jurídica de soportar – en el mismo sentido las Sentencias de la Audiencia Nacional de 14 de mayo (recurso 745/2001) y 15 de octubre de 2003 (recurso 823/2002)-.

OCTAVA.- Procede a continuación, de conformidad con el artículo 12.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, la valoración de los daños para su cuantificación, lo que debe hacerse por imperativo del artículo 141.3 LRJ-PAC con relación al momento en que la lesión

efectivamente se produjo, es decir, el 13 de diciembre de 2007, fecha en la que se decidió no realizar el estudio histológico.

En la valoración de los daños económicos reclamados lo que hemos de considerar es el concreto alcance del daño, que en el caso sometido al presente dictamen alcanza únicamente al retraso diagnóstico, pero no al posterior tratamiento de la paciente, ya que después de resultar diagnosticada en la medicina privada nada le impedía acudir para el tratamiento a la medicina pública, lo que no hizo.

Sólo podría considerarse acreditado el daño respecto del tratamiento en el caso de que, habiendo acudido después del diagnóstico a la sanidad pública, el tratamiento se le hubiera denegado, pues sólo en esa circunstancia la reclamante no hubiera tenido más alternativa que la sanidad privada. Mas, habiendo decidido ser tratada en la sanidad privada sin previa negativa por parte de la pública, hemos de entender que los gastos derivados esta decisión, perfectamente respetable, no constituyen daño alguno y, desde luego, no constituyen daño antijurídico que la reclamante no tenga la obligación jurídica de soportar.

El daño económico indemnizable es, por lo tanto, el que la interesada acredita con las facturas aportadas en su reclamación que se corresponden con las pruebas diagnósticas encaminadas a diagnosticar su patología mamaria:

- Factura de 22 de enero de 2008 de mamografía, termografía ecografías mamarias y eco-doppler, por importe de 710 euros.
- Factura de 31 de enero de 2008 por resonancia magnética, por importe de 540 euros.
- Factura de 27 de febrero de 2008 por función hormonal y marcadores tumorales, por importe de 244 euros.

- Factura de 13 de marzo de 2008 por Tucrut bilateral, por importe de 2.600 euros.

Todo ello asciende a la cantidad de 4.094 euros, que debe ser actualizada al momento presente, entendiendo este Consejo Consultivo que dicha actualización determina una indemnización por importe de 4.184 euros, cantidad que se entiende actualizada al momento presente.

Por todo lo expuesto el Consejo Consultivo formula la siguiente

CONCLUSIÓN

Procede estimar parcialmente la reclamación presentada e indemnizar a la reclamante con la cantidad de cuatro mil ciento ochenta y cuatro euros (4.184 €), entendiendo dicha cantidad actualizada al momento presente.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a este Consejo de conformidad con lo establecido en el artículo 3.7 del Decreto 26/2008, de 10 de abril, por el que se aprueba el Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid.

Madrid, 17 de febrero de 2010