



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero y
Ponente

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Besteiro Rivas, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 24 de noviembre de 2005, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por xxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

DICTAMEN

I

ANTECEDENTES DE HECHO

El día 20 de octubre de 2005 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por xxxxx debido a los daños derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 24 de octubre de 2005, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 975/2005, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión de dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Quijano González.

Primero.- Durante el año 1988 xxxxx es atendida en consulta en el Centro de Especialidades Periféricas hhhhh, de xxxxx. Solicitada una mamografía, se le informa de la existencia de un "nódulo denso bien definido de borde laso con halo radiolúcido que ecográficamente es hipoecogénico con



algo de transmisión posterior pero parece sólido con áreas más anecogénicas que corresponde como primera posibilidad a un tumor filoides. La posibilidad de un fibroadenoma juvenil podría considerarse aunque suelen ser ecográficamente homogéneos”.

El 26 de abril de 1988 la paciente es intervenida en la clínica privada ppppp, centro concertado en esas fechas con el Insalud. El informe de anatomía patológica de esta intervención, emitido el 28 de abril de 1988, arroja un diagnóstico de lesiones de mastopatía fibroquística parcheada y quiste de inclusión de tipo sebáceo en los dos fragmentos de mama izquierda remitidos.

Sometida la paciente a distintas revisiones, el 27 de noviembre de 1990 se elabora un informe de mamografía y ecografía en el que se señala la existencia en la mama izquierda de una imagen tubular en la unión de los dos cuadrantes externos que parece un tubo de drenaje de la operación anterior y una imagen redondeada compatible con fibroadenoma en cuadrante superoexterno de mama izquierda. Además, en los meses de enero y octubre de 1992 se emiten dos informes de estudios de ecografías mamarias en los que se señala la existencia de un componente displásico fibroquístico sin lesiones focales.

En consulta realizada el 4 de junio de 1993, se señala que la paciente nota pinchazos en la mama izquierda siendo la exploración clínica normal. En la realizada el 19 de mayo de 1995 la interesada acude a revisión de mamas sin antecedentes de haber notado bultos, dolor ni secreción por los pezones, apreciándose en la exploración la existencia de una induración en cuadrante superoexterno de mama derecha y una adenopatía rodadera en axila derecha.

La paciente vuelve a revisiones de cirugía en el C.E.P. hhhhh en 1996 y 1998. En este último año se le realiza un estudio ecográfico (el 21 de mayo de 1998) en el que se señala la existencia en mama izquierda en el área subyacente a la cirugía realizada en cuadrante superoexterno de secuelas o alteraciones estructurales secundarias a dicha cirugía e incluso una imagen artefactual de doble línea hiper-ecogénica que pudiera sugerir incluso algún material de drenaje que hubiera quedado dentro del parénquima glandular mamario o bien alteraciones relacionadas con la sutura.



Es revisada en noviembre de 1999, refiriendo tener escozor en la región operada en 1988, siendo la exploración normal al igual que el informe del estudio ecográfico solicitado en esa consulta. En julio vuelve a ser consultada en el C.E.P. hhhhh, presentando dolor en la región externa de la mama izquierda con dolor en la palpación de esta zona, siendo la exploración de axilas negativa. Se solicita un estudio de mamografías que son valoradas el 10 de septiembre de 2001 con resultado de cuerpo extraño (restos de drenaje) en cuadrante superoexterno de mama izquierda, siendo remitida la enferma con carácter preferente al Hospital hhhhh para su extracción.

La paciente es recibida en el Servicio de Cirugía del Hospital hhhhh el 1 de octubre de 2001, siendo solicitada en esta consulta un estudio preoperatorio, quedando pendiente la valoración del estudio mamográfico para la toma de decisión. El cuerpo extraño es extirpado finalmente en el Hospital hhhhh, correspondiendo el mismo, de acuerdo con el informe anatomopatológico de fecha 27 de diciembre de 2001, a "un conducto tubular de 30 mm de longitud con un calibre de 4 mm".

Segundo.- El 23 de noviembre de 2001 la interesada presenta un escrito por el que reclama la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la presencia de un cuerpo extraño (conducto tubular) en la mama izquierda como consecuencia de la intervención quirúrgica realizada el 26 de abril de 1988 en la Clínica ppppp (centro concertado) de xxxxx. Reclama la cuantía de 10.000.000 de pesetas (60.010,12 euros).

Tercero.- El 3 de diciembre de 2001 se notifica a la reclamante el escrito por el que se pone en su conocimiento el inicio de actuaciones y el resto de los extremos exigidos por el artículo 142.7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Además, al expediente se incorporan los siguientes documentos:

- La historia clínica de la interesada (folios 13 y siguientes del expediente), en la que no figura la documentación relativa a la Clínica ppppp, de la que no se dispone debido al tiempo transcurrido desde la intervención.



- El informe emitido, previo requerimiento, por el director médico de la Clínica ppppp el 18 de abril de 2002, en el que se señala que “de la enferma xxxxx, los únicos datos que obran actualmente en nuestros archivos es el Libro de Quirófano, dado que la historia después de 12 años no las tenemos (...) fue intervenida de una «ablación parcial de mama» el día 26 de abril de 1988 (...) quedando ingresada en (...) esta Clínica”.

- El informe emitido por la Inspección Médica el 10 de mayo de 2002 (folio número 8), en el que señalan las siguientes conclusiones:

1. El cuerpo extraño localizado en la mama izquierda de la paciente tiene su causa en la intervención quirúrgica que le fue realizada en la Clínica ppppp el día 26 de abril de 1988.

2. Dicha intervención correspondía a una cirugía de cupo del Insalud realizada en un centro concertado con el mismo.

3. La presencia como cuerpo extraño de material quirúrgico tras intervenciones quirúrgicas es una complicación que se puede presentar tras la cirugía pero que se puede evitar, pues su causa siempre responde a motivos técnicos; por tanto, es una complicación que el paciente puede sufrir pero que no está obligado a soportar.

Cuarto.- El 21 de mayo de 2002 tiene entrada el escrito de alegaciones de la interesada en el que reitera las contenidas en su escrito de reclamación.

Quinto.- Durante el trámite de audiencia, notificado el 7 de junio de 2002, el representante de la interesada tiene vista del expediente y presenta el 19 de julio de 2002 un nuevo escrito de alegaciones.

Sexto.- Con fecha 22 de enero de 2003, el Director General de Desarrollo Sanitario de la Gerencia Regional de Salud firma la propuesta de resolución del expediente, considerando que debe estimarse parcialmente la reclamación, indemnizándose a la reclamante con la cantidad de 5.000 euros.

Séptimo.- El 4 de febrero de 2003 el Director General de Administración e Infraestructura firma propuesta de orden de la Consejería de Sanidad, estimando parcialmente la reclamación.



Octavo.- El 17 de febrero de 2003 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la mencionada propuesta.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Cabe hacer al respecto un único reproche en la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial, toda vez que existe una evidente tardanza en la misma. Este retraso necesariamente ha de considerarse como una vulneración de la Administración de principios y criterios relativos a su actuación recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración se vaya a conceder al reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución. Esta tardanza es especialmente relevante en casos como el que nos ocupa, en los que se obliga a la interesada a acudir a la vía contencioso-administrativa ante la inactividad de la Administración (folio número 155 del expediente).



Además, en la resolución que se dicte debe añadirse el correspondiente pie de recurso, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.3 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Igualmente, debe ser incluida la posibilidad de interponer recurso de reposición conforme a los artículos 116 y siguientes de la mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 61.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

3ª.- Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

4ª.- El artículo 106.2 de la Constitución establece que “los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por 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 de los servicios públicos”.

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 1 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998; 28 de enero de 1999, 1 y 25 de octubre de 1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expte. nº 183/2003; 6 de febrero de 2003, expte. nº 3583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3251/2002), la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.



b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

5ª.- Es preciso señalar, en primer lugar, que la interesada ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, puesto que, tratándose de daños de carácter físico, "el plazo empieza a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas".

El Tribunal Supremo sigue al respecto el principio de la *actio nata*, en virtud del cual se ha de estar al momento en que es posible ejercitar la acción por conocerse en sus dimensiones fácticas y jurídicas el alcance de los perjuicios producidos, es decir, el daño y la comprobación de su ilegitimidad (Sentencias de 19 de septiembre de 1989, 4 de julio de 1990, 21 de enero de 1991 y 26 de mayo de 1999).

En esta línea el Alto Tribunal, en Sentencia de 6 de mayo de 2000, con cita de Sentencias de 13 de junio de 1988, 30 de noviembre de 1990, 18 de noviembre de 1996 y 5 de noviembre de 1997, señala que el plazo de prescripción comienza "a partir del momento en que se conozca definitivamente el alcance de las secuelas", y en este sentido ya se pronuncia el último párrafo



del artículo 142.5 de la Ley 30/1992, que no ha sido modificado por la Ley 4/1999, de 13 de enero, al establecer que “en caso de daños físicos (...) a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

Así, a pesar de que la primera intervención a la que fue sometida la interesada tuvo lugar el 26 de abril de 1988, la determinación del cuerpo extraño que tenía en la mama izquierda debido a la presencia de restos de drenaje se produce, por primera vez y de forma fehaciente, el 10 de septiembre de 2001. La reclamación se presentó el 23 de noviembre de 2001, por lo tanto, dentro del plazo legal para recurrir.

6ª.- Entrando en el fondo del asunto, es preciso determinar si en la asistencia sanitaria prestada a la reclamante por un centro concertado concurren los presupuestos necesarios para apreciar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Uno de los requisitos fundamentales de la responsabilidad patrimonial de la Administración es, por lo tanto, la acreditación de la relación de causalidad entre el hecho imputable a la Administración y la lesión, daño o perjuicio producido, debiendo añadirse que esta clase de responsabilidad ha sido reconocida por la jurisprudencia como de carácter objetiva, de manera que basta demostrar la efectividad del daño y el nexo de causalidad con la actividad de la Administración, con independencia de todo juicio de intencionalidad, lo cual, no obstante, no supone en el ámbito de la actividad sanitaria presumir un resultado exitoso en toda clase de actuaciones médicas, lo que equivaldría a configurar una obligación de resultado, siempre y en cualquier circunstancia, que no es compatible con la naturaleza de tal actividad y con el estado de la ciencia y la técnica, debiéndose, eso sí, adecuar la actuación a la *lex artis*.

La responsabilidad patrimonial de la Administración se configura como una responsabilidad de carácter objetivo en la que la teoría de la *lex artis* constituye desde hace años un límite preciso a dicho sistema. Esta teoría se ha ido afinando por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 7 de junio de 2001, 5 de marzo de 2002 y 14 de octubre de 2002) y por la constante doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 81/2002, 82/2002, 3657/2002 o 3623/2003). Parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios



sanitarios es una obligación de medios –recordamos aquí el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo que generaliza tal criterio, Sentencia de 26 de mayo de 1986–, en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración sanitaria y sus agentes están obligados a poner a disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamiento no quirúrgico y de diagnóstico.

Analizados los requisitos para que surja la responsabilidad patrimonial de la Administración, procede su aplicación a los hechos concurrentes en el presente supuesto, y de ellos se deduce que la reclamante ha debido sujetarse, en lo que se refiere a la responsabilidad que se reclama, a dos intervenciones quirúrgicas, la primera a efectos de extraer parte de la mama izquierda –intervención que le fue practicada el 26 de abril de 1988 en el centro concertado Clínica ppppp–, y la segunda para extracción de un remanente de drenaje quirúrgico, circunstancia esta última que en modo alguno puede considerarse como inserta necesariamente o correspondiente de una forma ordinaria a la primera intervención a la que se sometió la reclamante, sino como consecuencia anómala de aquél acto quirúrgico, cuya corrección ha precisado de tal operación reparadora y que, en definitiva, ha producido un resultado dañoso que la reclamante no tiene el deber jurídico de soportar, ya que se ha admitido que tal consecuencia no era de imposible evitación y no suponía un caso fortuito –supuesto que tampoco impediría el surgimiento de la responsabilidad patrimonial–, sino que es consecuencia anómala e innecesaria del acto quirúrgico realizado (así, en un caso semejante, Sentencia de la Audiencia Nacional de 7 de marzo de 2001).

Existe por tanto relación de causalidad entre la actividad prestacional y el resultado lesivo, consistiendo el daño en la necesidad de que la interesada se haya debido someter a una nueva intervención quirúrgica, lo que en sí mismo supone ya un determinado grado de sufrimiento e incertidumbre sobre el resultado.



7ª.- Una vez supuesta la obligación de indemnizar, la extensión de ésta responde, según se deduce de lo dispuesto en los artículos 106.2 de nuestra Constitución y 139.1 de la Ley 30/1992, al principio de la reparación “integral” (así, Sentencia de la Audiencia Nacional de 5 de junio de 2002); de ahí que la reparación comprenda todos los daños alegados y probados por el perjudicado, aunque excluyendo las meras expectativas o ganancias dudosas o contingentes, incluyendo también el denominado *pretium doloris* (Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1988, 12 de marzo de 1991 y 4 de febrero de 1999).

A la hora de efectuar una valoración, la jurisprudencia (Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de enero de 1990, 27 de noviembre de 1993 y 21 de abril de 1998) ha optado por una valoración global, que pondere o tome en consideración todas las circunstancias concurrentes en el caso.

La propuesta de resolución señala que la cantidad fijada por la interesada se considera excesiva, apreciación que viene justificada por el hecho de que, además, la reclamante no ha acreditado, en modo alguno, la realidad de esta valoración económica ni los conceptos que la integran.

Esta ausencia de justificación obliga a realizar una valoración global que, según la propuesta, tiene como límite mínimo la cantidad de 3.097,25 euros, y como límite máximo la de 11.870,4 euros, que corresponden a los límites de la indemnización que le habría correspondido en caso de lesión permanente de acuerdo con el sistema de valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación.

La propuesta de resolución ofrece una estimación parcial de las pretensiones de la reclamante, indemnizándola con la cantidad de 5.000 euros, comprensivos de la reparación integral de los perjuicios causados –ausencia de información durante 13 años y situación de riesgo creada al tener que someterse a una nueva operación, sin otras consecuencias–.

Sin embargo, a juicio de este Órgano Consultivo, no sólo es indemnizable la ausencia de información y la situación de riesgo derivada de la necesidad de someterse a una segunda operación, que en principio no era necesaria, aunque no haya tenido otras consecuencias. También debe ser indemnizado el hecho de que, a pesar de las reiteradas quejas de la paciente (acreditadas a lo largo



del expediente), y aun habiéndose detectado la posibilidad de un olvido del material de drenaje en la primera intervención casi dos años después de ésta (así, según el informe de la inspección médica, el análisis de la historia clínica permite determinar que en 1990 ya se detectó una “imagen tubular (...) que parece un tubo de drenaje de la operación anterior”), el diagnóstico definitivo no se llevara a cabo hasta el 10 de septiembre de 2001, momento en el que se realiza un estudio de mamografía con resultado de cuerpo extraño (restos de drenaje) en cuadrante superoexterno de mama izquierda.

Esta tardanza, que ha tenido que ser soportada por la reclamante, aconsejaría elevar la cuantía de la indemnización de los daños y perjuicios causados a un valor intermedio entre los dos límites señalados en la propuesta de resolución, resultando más adecuada, a la luz de lo expuesto, la cantidad de 7.483,82 euros, incluidos los intereses de demora o la actualización de acuerdo con lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución estimatoria parcial, en los términos expuestos, en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por xxxxx debido a los daños derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.