

DICTAMEN N.º 138/2010, de 21 de julio.*

Expediente relativo a reclamación responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria a instancia de D.ª X, por daños atribuidos a una inadecuada asistencia sanitaria prestada en los Servicios de Atención Especializada del Hospital H, con ocasión del tratamiento quirúrgico de un cáncer de mama.

ANTECEDENTES

Primero. Reclamación.- El expediente sometido a consulta tiene su inicio en una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración presentada el día 17 de enero de 2009 por D.ª X, en virtud de la cual insta del Servicio de Salud de Castilla-La Mancha (SESCAM) la reparación de los perjuicios físicos y psíquicos, cifrados en 65.715 euros, irrogados a consecuencia de la defectuosa asistencia sanitaria recibida en el Hospital H y en el Centro C, al que fue remitida por dicho Hospital a fin de completar el tratamiento coadyuvante de la intervención de un carcinoma de mama realizado con radioterapia.

Para explicar el fundamento de su reclamación, la interesada efectúa el relato fáctico del proceso asistencial que la motiva, en el que sobresalen los siguientes hechos:

Una vez detectado y diagnosticado un carcinoma ductal infiltrante en la mama izquierda de la paciente, fue sometida a intervención de cuadrantectomía de mama izquierda más vaciamiento axilar izquierdo en el Hospital H.

Sometida a tratamiento de quimioterapia del 26 de febrero al 30 de abril de 2007 fue remitida, desde el mencionado Hospital, al Centro C para recibir radioterapia, que le fue administrada del 25 de mayo al 5 de julio de 2007.

Refiere la reclamante que, pasados diez meses, “[...] *en el servicio de oncología del Hospital H, al ser realizada una mamografía de control, se observa imagen de cuerpo extraño metálico en mama izquierda [...] El cuerpo extraño resultó ser un resto del arpón que en su día se utilizó en la intervención quirúrgica de fecha 30 de enero de 2007, al realizar la cuadrantectomía de mama izquierda por carcinoma ductal infiltrante. De tal forma que la paciente entró en quirófano con dos arpones, uno en cada una de las mamas, resultando que el arpón de la mama izquierda no fue extraído en su totalidad en la intervención, quedando alojado desde entonces en el cuerpo de la paciente*”.

La interesada fue sometida a nueva intervención quirúrgica para que el arpón fuera retirado, siendo dada de alta tras la misma el 18 de enero de 2008.

De todo ello concluye que *“el hecho de haber recibido la paciente radioterapia con la interacción de metal, presumiblemente de acero, del arpón olvidado, ha producido [...] sobredosis por efecto de dispersión delante del arpón y atenuación por efecto de absorción distalmente al mismo. Lo que además de los daños y perjuicios físicos han ocasionado a la paciente un más que evidente daño moral por la zozobra y desasosiego e incertidumbre que*

* Ponente: Salvador Jiménez Ibáñez

respecto a su salud ha ocasionado y pueda ocasionar la concatenación de negligencias médicas descritas”.

La indemnización total solicitada, que asciende a 65.715 (sic) euros, comprendía los siguientes conceptos:

“- Por los días de incapacidad desde que quedó alojado el arpón y sometimiento a una segunda intervención quirúrgica, momento en que se inicia el proceso hasta la fecha en que es dada la paciente de alta después de la segunda intervención, es decir, hasta el 18 de enero de 2008, ONCE MIL NOVENTA Y CINCO EUROS.

- Por las secuelas de cicatriz en cuadrante inferior derecho de mama izquierda de aproximadamente 6 cms. abultada y que tras reciente radioterapia en las condiciones que le fue suministrada, agravamiento por trastorno adaptativo, perjuicio estético moderado, 12 puntos, totalizando NUEVE MIL SEISCIENTOS SESENTA EUROS.

- Por daño moral asociado, y daño biológico a consecuencia de efectos de interacción del metal y radioterapia suministrada por los efectos de sobredosis o atenuación y la implicación psicológica y zozobra de repercusiones que la paciente siente pueda haber producido o producirse en futuro, CUARENTA Y CINCO MIL EUROS”.

La reclamante terminó solicitando como prueba la aportación al expediente de sus diferentes historias clínicas y fijando domicilio a efectos de notificaciones a nombre de letrado.

Acompañaba la interesada su reclamación de diversa documentación relativa al proceso clínico objeto de reclamación, entre la que se halla:

- Informe de Alta del Servicio de Ginecología del Hospital H de 5 de febrero de 2007, relativo a la intervención de cuadrantectomía con linfadenectomía axilar izquierda.
- Informe de la Unidad de Oncología, de fecha 2 de mayo de 2007, para valoración de radioterapia complementaria.
- Informe sobre el tratamiento de radioterapia recibido en la clínica C, de fecha 5 de julio de 2007.
- Informe de Alta del Servicio de Ginecología del Hospital H, de fecha 28 de noviembre de 2007, en el que consta que ingresó el 27 de noviembre de 2007 para la extracción del arpón retenido.
- Partes de baja, confirmación y alta después de esta última intervención, que acreditan el periodo de baja por enfermedad común desde el 27 de noviembre de 2007 hasta el 18 de enero de 2008.
- Bibliografía sobre “Osteosíntesis maxilofacial con titanio”, en referencia a la posible incidencia del arpón extraído y la radioterapia recibida mientras permanecía en el cuerpo de la reclamante.

Segundo. Admisión a trámite.- Mediante oficio de 2 de febrero de 2009, el Coordinador Provincial de Prestaciones del SESCAM en Guadalajara requirió al letrado de la compareciente para que acreditara “la persona que interpone reclamación (DNI compulsado), si es el afectado y/o vínculos familiares o conyugales, en el caso de instarse por otra persona [...]”.

Recibida la notificación del requerimiento el 4 de febrero de 2009, consta fotocopia compulsada del DNI de la interesada.

En fecha 20 de febrero de 2009 el Coordinador de la Oficina Provincial de Prestaciones del SESCAM en Guadalajara acordó el inicio de un procedimiento de responsabilidad patrimonial motivado por la reclamación mencionada, designando al médico de la Inspección de los Servicios Sanitarios encargado de la instrucción del mismo, lo que ha sido notificado a la parte reclamante, informándole simultáneamente de la tramitación aplicable a dicha reclamación conforme a las reglas previstas en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, del plazo señalado legalmente para la resolución de la misma -seis meses- y de los efectos desestimatorios derivados del silencio administrativo, en su caso.

Tercero. Informes médicos.- Con fecha 11 de febrero de 2009 el Jefe de Servicio de Tocoginecología del Hospital H informó que la paciente *“es remitida a la consulta de Oncología del Servicio de Ginecología de este Hospital donde al realizar una mamografía de control se aprecia en la mama izquierda restos metálicos del arpón que marcaba la mama izquierda. [] El Servicio de Ginecología explica a la paciente que el arpón es inocuo, no va a producir ningún tipo de molestias y carece de trascendencia para la salud de la paciente. No obstante y para mayor seguridad se puede proceder a la extracción del mismo si bien para ello es necesario una pequeña intervención quirúrgica y dado que resulta imposible extraerlo sin causar un gran destrozo, es necesario la colocación de un nuevo arpón para que marque el lugar donde quedan restos del anterior arpón. Se opta por esta segunda posibilidad y tras marcaje con nuevo arpón se logra identificar el resto del arpón retenido, extrayéndolo con un traumatismo mínimo. Tras un postoperatorio normal se da el alta a la paciente el 18 de enero del 2008. [] Manifiesta la demandante su sorpresa dado que en las revisiones durante su tratamiento quimioterápico y radioterápico no se descubren los restos del arpón “o si se descubre no se informa nada a la paciente”. Ya que se realizaron radiografías de control en las sucesivas sesiones. Evidentemente no pudo ser reconocido hasta la práctica de la mamografía de control puesto que la gammagrafía ósea y la ecografía abdominal no pueden descubrirlo así como la simulación para la radioterapia tampoco lo descubre. [] La mamografía de control en el seguimiento de la paciente se practica diez meses después de la intervención, la demandante manifiesta que esta situación perturba y distorsiona el tratamiento. [] El hecho de quedar una parte del arpón en la mama es más frecuente de lo que podía pensarse, en la mayoría de los casos no se procede a la extracción ya que es conocido que dicho material es inerte, no produciendo ningún efecto secundario. No obstante en este caso, hemos procedido a la extracción del mismo. [] La demandante aporta un trabajo aparecido en la revista española de Cirugía Oral y Maxilofacial [...] en este trabajo se postula que cuando es necesaria la radiación posterior, esta se vea alterada en el sentido de un incremento de la radiación en la parte situada por delante del implante y una atenuación por absorción en la parte situada por detrás del mismo. No cabe duda que esto es así ya que el material de osteosíntesis lleva una enorme cantidad de metal en placas, tornillos y elementos fijadores. El problema cuando existe un resto de arpón en la mama es completamente distinto. En primer lugar la cantidad de metal es mínima (un fino hilo de acero), en segundo lugar no estamos radiando un tumor que ha sido totalmente extraído. La radiación en una cirugía conservadora es obligatoria para impedir la recidiva cutánea del tumor (frecuente cuando no se realiza radioterapia). No existe posibilidad alguna de atenuación de la radiación en el lecho tumoral ya que ha sido totalmente extraído. [] Hemos realizado varias consultas bibliográficas sobre el posible efecto de la radiación en caso de persistir restos de un arpón en la mama con resultado negativo. No existe en la literatura*

(al menos nosotros no hemos sido capaz de encontrarlo) referencias sobre el efecto negativo que la radiación podría tener en estos casos, sí existen sobre la inocuidad de los restos abandonados de un arpón a medio y largo plazo, por lo que podemos afirmar que este hecho no ha supuesto para la paciente ningún problema ni de intolerancia ni de efecto perturbador en el tratamiento”.

El 11 de febrero de 2009 emitió informe el Jefe de Sección de Oncología del repetido hospital, en el que se consideraba que *“en este Servicio se ha realizado una asistencia Oncológica adecuada en tiempo y forma a la situación de la paciente, tanto en el tratamiento ofertado (quimioterapia + radioterapia + hormonoterapia) como en el seguimiento realizado”.*

El 6 de mayo de 2009 la Jefa del Departamento de Radioterapia del Centro C puso de manifiesto que, durante la administración del tratamiento de radioterapia, *“la paciente no presentó toxicidad alguna extraordinaria que hiciera sospechar la presencia de resto metálico, como así se hace constar en el informe final de tratamiento remitido al domicilio de la paciente. [] El tratamiento finaliza el 5 de julio de 2008, emitiéndose el informe correspondiente [...] en el que se hace constar textualmente: “la tolerancia al tratamiento ha sido aceptable en relación con la dosis recibida y la técnica de irradiación refiriendo epitelitis grado 2, en resolución tratamiento tópico”. En ningún caso la paciente nos comunica ningún tipo de molestia o problema extraordinario, dándose el alta y remitiéndola a la consulta de su oncólogo de referencia para continuar controles. [] Debido a que las revisiones no son realizadas en nuestro centro, desconocemos la evolución de la paciente posterior a la fecha 5/7/2008. [] Tampoco en caso de existir alguna complicación, se nos comunicó ni por parte de la paciente, ni de su médico responsable, ni se nos hizo partícipes de sus posibles repercusiones o posibles soluciones”.*

El Servicio de Radiodiagnóstico del repetido Hospital General informó el 6 de mayo de 2009 de las características morfológicas de los restos de arpón alojados en la mama izquierda de la paciente.

Por último, y previa solicitud de la instrucción, el 16 de junio de 2009 el Jefe de Sección del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital H informó lo siguiente:

“Respecto al primer punto solicitado (protocolo de actuación en el marcaje de la mama con arpón), le comunico que este tipo de técnica se emplea siempre en el que aparezca una lesión no palpable en la mama ya sea diagnosticada por mamografía y ecografía. La finalidad de este marcaje es la localización del punto sospechoso en el campo quirúrgico durante la intervención, ya que de otra manera sería imposible su localización”.

Cuarto. Informe de la Inspección Médica.- Con fecha 14 de julio de 2009 se emitió informe por el médico inspector de los servicios sanitarios del SESCAM asignado como instructor al procedimiento, en el que, en primer término, recoge, a la vista de la historia clínica de la paciente que obra en el Hospital H, en descripción cronológica, que el 3 de octubre de 2007 la paciente es vista en consulta de Ginecología *“presentándose asintomática, la exploración realizada resulta normal y se explica a la paciente que su situación será comentada en sesión clínica para tomar una decisión en cuanto a la procedencia o no de extracción del resto de arpón”*; seguidamente, el 15 de octubre de 2007, y vista de nuevo en consulta de Ginecología, se vuelve a informar a la paciente de que *“tras la sesión clínica, se recomienda quitar el resto del arpón”.*

El juicio crítico emitido fue el siguiente: “*En lo referente a no haber detectado el trozo metálico retenido en el cuerpo de la paciente hasta la realización de una mamografía de control 10 meses después de la intervención, no concurren los requisitos necesarios para determinar que se actuó incorrectamente, puesto que las pruebas y controles anteriores no podían descubrirlo. [] En cuanto a la necesidad o no de realizar una segunda intervención quirúrgica para extraer el trozo de arpón metálico retenido, el equipo de ginecología explica a la paciente que el trozo de arpón retenido es inocuo, y que no va a producir ningún tipo de molestias, careciendo además de trascendencia para su salud. No obstante y para mayor seguridad se puede proceder a la extracción del mismo, si bien para ello es necesaria una pequeña intervención quirúrgica. La paciente decide intervenir a voluntad propia, a pesar de la opinión del servicio de ginecología que defiende que en la mayoría de los casos no se procede a la extracción del trozo de arpón retenido, ya que dicho material es inerte y no produce ningún efecto secundario. Es necesario destacar que la paciente no presentaba ninguna sintomatología derivada del hecho de tener un trozo de arpón alojado en el cuerpo, en el momento de la intervención. [] En referencia a recibir radiación en la zona donde la paciente tenía alojado el resto metálico del arpón, el reclamante en su escrito de reclamación hace referencia a un artículo médico que habla de la interacción entre el metal y la radiación. En el artículo se habla específicamente de la interacción entre la radiación y el titanio. En este caso no existen evidencias bibliográficas de que este hecho haya podido ser perjudicial para la paciente o interferir en el tratamiento puesto que el metal alojado en el cuerpo de la paciente era acero y no hemos podido evidenciar nada al respecto*”.

Concluye finalmente el informe señalando que “[...] *En virtud de lo expuesto anteriormente se deduce la existencia de daño real y efectivo ocasionado a la paciente. Se produce un daño moral ocasionado al no informar del posible riesgo de que un trozo de arpón quedara alojado en su cuerpo. [] Si existía riesgo de que un trozo metálico de arpón utilizado para el marcaje del tumor quedara alojado en su cuerpo tras la intervención, debería haberse plasmado en el consentimiento informado, para dar de esta forma a la paciente el derecho a elegir si se sometía a ella a pesar de que pudiera llegar a materializarse dicho riesgo [] En cuanto a los daños derivados de tener que someterse a una segunda intervención quirúrgica, no pueden imputarse a la Administración puesto que el Servicio de Ginecología explica a la paciente que el hecho de quedar un trozo de arpón retenido no le va a producir ningún efecto secundario y además, en este caso, la paciente no presentaba ningún tipo de sintomatología que aconsejara la intervención, a pesar de lo cual, la paciente decide intervenir. [] En referencia a recibir radiación en la zona donde la paciente tenía alojado el resto metálico del arpón, no existen evidencias bibliográficas de que este hecho haya podido ser perjudicial para la paciente o interferir en el tratamiento [] Queda acreditada la existencia de nexos causales entre la actuación de la administración sanitaria y los daños ocasionados a la paciente. [] Los daños acaecidos revisten carácter de antijurídicos y la perjudicada no tiene el deber jurídico de soportarlos*”.

Quinto. Informe de la asesoría médica de la entidad aseguradora de la Administración Sanitaria.- Con fecha 27 de septiembre de 2009 se emitió informe por la asesoría médica de la entidad aseguradora de la Administración sanitaria, suscrito por tres facultativos especialistas en ginecología y obstetricia, en el que se analizan los hechos que sustentan la reclamación.

Al término de dicho informe se concluye que “[...] *No existe ninguna evidencia de que un pequeño fragmento metálico en el lecho de la mama altere por exceso o por defecto la radioterapia concomitante [...]* En este caso, la persistencia del fragmento no influiría en la evolución de la enfermedad. Por decisión de la reclamante, le fue extraído mediante otra intervención quirúrgica”.

Sexto. Trámite de audiencia.- Seguidamente, consta el ofrecimiento de trámite de audiencia a la parte reclamante mediante notificación de fecha 6 de noviembre de 2009.

En uso del mismo, el letrado de la interesada ha presentado un escrito de alegaciones el 4 de diciembre de 2009, en el que, ratificándose en su escrito inicial, resumidamente, expresa lo siguiente:

- No se han unido al expediente las historias clínicas de la paciente, pese a haberlo solicitado como prueba.
- La intervención para retirar el arpón retenido tuvo lugar *“precisamente por la indicación expresa del servicio de ginecología, quien expresó la conveniencia de someterse a la intervención habida cuenta de las complicaciones que podrían suponer para la paciente tal cuerpo extraño en su cuerpo, y las consiguientes complicaciones”*.
- La paciente sufrió infección de los puntos de la cicatriz de la segunda intervención, por lo que tuvo que recibir determinadas curas.
- Se insiste, a la luz de la bibliografía que fue aportada junto a la reclamación, en que *“es preferible utilizar material de titanio en lugar de acero cuando la zona tumoral o el hecho tumoral ha de ser radiado, por cuando lo que está fuera de toda duda es que la distribución de la dosis resulta alterada, produciéndose un incremento de la misma debido a un efecto de absorción distante al mismo”*.

Se acompañó a este escrito de alegaciones copia del consentimiento informado prestado por la interesada antes de la intervención de extracción del arpón, en el que consta que *“me ha explicado que es necesario/conveniente proceder, en mi situación, a realizar una CIRUGÍA CONSERVADORA DE MAMA por presentar Arpón retenido”*. También se adjuntaron informes de visitas para curas postoperatorias realizadas en el mes de diciembre de 2007.

Séptimo. Propuesta de resolución.- Con fecha 24 de marzo de 2010 fue formulada propuesta de resolución por el Jefe de Servicio de Responsabilidad Patrimonial de la Secretaría General SESCOAM, de signo contrario al reconocimiento de responsabilidad patrimonial, que se basa en la falta de acreditación en el expediente de que a la reclamante se le hubiera causado por parte del Servicio Público de Salud algún tipo de daño físico o psicológico, faltando, por tanto, un daño efectivo.

Octavo. Informe del Gabinete Jurídico.- Por último, con fecha 1 de junio de 2010 se emitió informe por parte del Gabinete Jurídico de la Junta de Comunidades en relación con el expediente y propuesta de resolución analizados, expresando su conformidad con los términos en que ha sido redactada esta última.

En tal estado de tramitación V.E. dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha en el que tuvo entrada el día 21 de junio de 2010.

A la vista de dichos antecedentes, procede formular las siguientes

CONSIDERACIONES

I

Carácter del dictamen.- Conforme a lo dispuesto en el artículo 54.9.a) de la Ley 11/2003, de 25 de septiembre, del Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha, este último deberá ser consultado en los expedientes tramitados por la Administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha que versen sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial por cuantía superior a seiscientos un euros.

Por su parte, el artículo 12.1 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial, dispone que, concluida la instrucción del procedimiento, *“el instructor propondrá que se recabe, cuando sea preceptivo a tenor de lo establecido en la Ley Orgánica del Consejo de Estado, el dictamen de este órgano consultivo o, en su caso, del órgano consultivo de la Comunidad Autónoma”*.

En el presente caso, la reclamación presentada asciende a la cantidad de 65.715 euros, por lo que procede la emisión del presente dictamen con carácter preceptivo.

II

Examen del procedimiento tramitado.- Las normas aplicables a los procedimientos tramitados como consecuencia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial formuladas a la Administración se encuentran básicamente recogidas en el citado Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, disposición mediante la que se produjo el desarrollo reglamentario expresamente previsto en el artículo 142.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Partiendo de este principal referente normativo, y después del examen de las actuaciones desarrolladas en el curso de la instrucción, que ya han sido descritas en los antecedentes, se señalan las siguientes deficiencias.

De un lado, el informe emitido por el Inspector Médico e instructor del expediente, después de recoger en la descripción cronológica de los hechos enjuiciados que el 15 de octubre de 2007 se le recomendó a la paciente en la consulta de Ginecología que se quitara el resto del arpón retenido, en sus conclusiones considera que *“en cuanto a los daños derivados de tener que someterse a una segunda intervención quirúrgica, no pueden imputarse a la Administración puesto que el Servicio de Ginecología explica a la paciente que el hecho de quedar un trozo de arpón retenido no le va a producir ningún efecto secundario y además en este caso, la paciente no presentaba ningún tipo de sintomatología que aconsejara la intervención, a pesar de lo cual, la paciente decide intervenirse”*. Conclusión que entra en franca contradicción con el hecho de que fuera el propio servicio de Ginecología quien recomendara la extracción del arpón, tal y como consta documentado en el expediente, en la historia clínica, cuya correspondiente hoja de evolución médica recoge, en el día 3 de octubre de 2007, después de señalar que la paciente se halla asintomática y la exploración es normal, que *“explico a la paciente que se comentara en sesión clínica”*, y, en el día 15 del mismo mes y año, *“Sesión clínica. Se recomienda quitar el arpón. Informo a la paciente*

[] SOLICITO [] Preoperatorio [] C Informado [] LE Qco”. Copia de la indicada hoja de la historia clínica se ha remitido por el SESCAM a requerimiento de este Consejo; ya que la historia clínica de la reclamante en el Hospital H no obra en el expediente remitido para dictamen, a pesar de haber sido manejada por el instructor según se indica en “Fuentes del Informe” y haberse solicitado por la parte que se incorpore al procedimiento. No obstante parece que sí fue puesta de manifiesto a la misma en el trámite de audiencia.

De otro lado, ha de señalarse que la propuesta de resolución sometida a dictamen no es formulada por el instructor del procedimiento, sino por el Jefe de Servicio de Responsabilidad Patrimonial de la Secretaría General del SESCAM, lo que no parece ajustarse a lo establecido en los artículos 7 a 12 -especialmente, el apartado 1 de este último precepto- del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, con relación a las funciones que corresponden a los instructores en los expedientes de responsabilidad patrimonial de la Administración.

El expediente se halla adecuadamente ordenado con arreglo a un criterio cronológico y enteramente foliado, lo que ha facilitado su normal examen y conocimiento.

En conclusión, cabe afirmar que el conjunto de actuaciones desarrolladas no presenta rasgos de anormalidad de los que puedan derivarse efectos invalidantes para lo actuado, procediendo pasar al examen las cuestiones de fondo suscitadas por el expediente.

III

Presupuestos normativos y jurisprudenciales para la exigencia de la responsabilidad patrimonial.- La responsabilidad patrimonial de la Administración es una institución jurídica que goza en nuestros días de rango constitucional, con reflejo en los artículos 9.3 y 106.2 de la Constitución, el último de los cuales 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*”.

Los presupuestos caracterizadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración tienen su principal formulación legal en los apartados 1 y 2 del artículo 139 y 1 del 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en los que se establece que los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes 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; que, en todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas; y que sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley.

A partir de las notas legales antedichas, la copiosa jurisprudencia existente sobre la materia ha estructurado una compacta doctrina, según la cual “*los requisitos exigibles para imputar a la Administración la responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios causados a los administrados son los siguientes: en primer lugar, la efectiva realidad de un daño material, individualizado y económicamente evaluable; segundo, que sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa y exclusiva e inmediata de causa a efecto, cualquiera que sea su origen (Reglamento, acto*

administrativo, legal o ilegal, simple actuación material o mera omisión); por último, que no se haya producido por fuerza mayor y que no haya caducado el derecho a reclamar por el transcurso del tiempo que fija la Ley” -Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha de 23 de febrero de 2004 (Ar. JUR 2004\83545, FJ 2º) y de 13 de octubre de 2006, entre otras muchas, o, en parecidos términos, Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1989 (Ar. RJ 1989\1986, FJ 3º)-. A la relación de requisitos precitados cabría agregar también, como elemento de singular significación para apreciar la referida responsabilidad patrimonial, que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño producido.

El sistema de responsabilidad extracontractual aplicable a nuestras Administraciones Públicas ha sido calificado por la doctrina como de carácter objetivo. Este rasgo ha sido perfilado por nuestra jurisprudencia señalando que *“al afirmar que es objetiva se pretende significar que no se requiere culpa o ilegalidad en el autor del daño, a diferencia de la tradicional responsabilidad subjetiva propia del Derecho Civil, ya que se trata de una responsabilidad que surge al margen de cuál sea el grado de voluntariedad y previsión del agente, incluso cuando la acción originaria es ejercida legalmente, y de ahí la referencia al funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en la dicción del artículo 40 [de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, hoy 139 de la Ley 30/1992], pues cualquier consecuencia dañosa derivada de tal funcionamiento debe ser, en principio, indemnizada, porque de otro modo se produciría un sacrificio individual en favor de una actividad de interés público que, en algunos casos, debe ser soportada por la comunidad”* -Sentencias del Tribunal Supremo de 26 de septiembre de 1998 (Ar. RJ 1998\6836) o de 28 de noviembre de 1998 (Ar. RJ 1998\9967)-.

Sin embargo, como dijo el Consejo de Estado en su dictamen de 3 de junio de 1999, *“este carácter objetivo, tal y como en reiteradas ocasiones ha puesto de manifiesto la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, no implica que todos los daños producidos en los servicios públicos sanitarios sean indemnizables, pues ello llevaría a configurar la responsabilidad administrativa en estos casos, de forma tan amplia y contraria a los principios que la sustentan, que supondría una desnaturalización de la institución. Así pues, de acuerdo con dicha doctrina, para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial es preciso acudir a parámetros como la lex artis, de modo que tan solo en el caso de una infracción de esta ley cabrá imputar a la Administración de la cual dependen los servicios sanitarios la responsabilidad por los perjuicios causados. En el caso de que no se infrinja la lex artis, ha de concluirse que tales perjuicios no son imputables a la Administración y han de ser soportados por el particular, sin que generen, en modo alguno, el derecho a percibir una indemnización”*. En idéntica línea el Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de abril de 2000 declaró que *“el criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es la de la adecuación objetiva del servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del buen o mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado”*, añadiendo en otra Sentencia de 25 de abril de 2002 que *“prestada la asistencia sanitaria con arreglo a la regla de la buena praxis desde el punto de vista científico, la consecuencia de la enfermedad o padecimiento objeto de atención sanitaria no son imputables a la actuación administrativa y por tanto no pueden tener la consideración de lesiones antijurídicas”*.

Así mismo, la responsabilidad patrimonial de la Administración se asienta en el criterio objetivo o concepto técnico de lesión, entendida ésta como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber de soportar. Dicho deber existe cuando la medida impuesta por la Administración constituye una carga general que todos los administrados afectados por su esfera de actuación están obligados a cumplir, y puede venir determinado por la concurrencia de una concreta imposición legal o por otros factores vinculados ordinariamente a la propia situación o actitud del perjudicado, con incidencia sobre la entidad del riesgo generado por el actuar de la Administración.

La carga de la prueba de los hechos en que se base la reclamación de responsabilidad patrimonial recae necesariamente sobre el sujeto que la plantea, lo que incluye la acreditación de la relación causal invocada, de los daños producidos y de su evaluación económica. Es ésta una formulación enunciada sistemáticamente por nuestra jurisprudencia, que encuentra ahora su principal apoyo en los artículos 6 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, y 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero, que viene a recoger las reglas del *onus probandi* dentro de la categoría de las obligaciones, sentando la conocida máxima de que incumbe la prueba de las obligaciones al que reclama su cumplimiento y la de su excepción al que la opone; todo ello, sin perjuicio del deber genérico de objetividad y colaboración en la depuración de los hechos que pesa sobre la Administración, en consonancia con lo previsto en los artículos 78.1 y 80.2 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y que se extiende a sus órganos, autoridades y funcionarios. De otro lado, recae sobre la Administración imputada la carga de la prueba cuando ésta verse sobre la eventual concurrencia de una conducta del reclamante con incidencia en la producción del daño, la presencia de causas de fuerza mayor o la prescripción de la acción -v. gr. Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 1999 (Ar. RJ 1999\4440) y de 21 de marzo de 2000 (Ar. RJ 2000\4049)-.

También debe de ser objeto de consideración el tiempo que haya mediado entre la producción del evento lesivo y el ejercicio de la acción tendente a su reparación, pues, conforme a lo dispuesto en los artículos 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 4.2 del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o acto que motive la indemnización o desde la manifestación o estabilización de sus efectos lesivos.

El análisis de la relación de causalidad existente entre el actuar administrativo y los efectos lesivos producidos aparece de ordinario como elemento esencial en el examen de los procedimientos seguidos en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración. Ante la falta de referencias legales respecto de sus notas caracterizadoras, se dispone de una amplia creación jurisprudencial al respecto, que vino tradicionalmente considerando como rasgos definitorios de dicho vínculo teleológico su carácter directo, su inmediatez y su exclusividad respecto de los perjuicios generadores de la reclamación -así, Sentencias del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1987 (Ar. RJ 1987\426) o de 4 de junio de 1994 (Ar. RJ 1994\4783)-. Sin embargo, dicha tendencia doctrinal ha sido matizada y corregida, admitiéndose también formas de producción mediatas, indirectas y concurrentes que plantean la posibilidad de una moderación de la responsabilidad cuando intervengan otras causas, lo que deberá tenerse en cuenta en el momento de fijar la indemnización -Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de julio de 2001 (Ar. RJ 2001\10061), de 15 de abril de 2000 (Ar. RJ 2000\6255) o de 4 de mayo de 1999 (Ar. RJ 1999\4911)-. Este planteamiento conduce en

cada supuesto al examen de las circunstancias concretas concurrentes y a la búsqueda de referentes en la abundante casuística que ofrece la jurisprudencia existente.

Finalmente, la intervención de este Consejo Consultivo en los procedimientos seguidos como consecuencia de reclamaciones de responsabilidad patrimonial debe centrarse esencialmente en el examen de los elementos aludidos en el artículo 12.2. del Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, en el que se dispone: “*Se solicitará que el dictamen se pronuncie 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 indemnización [...]*”.

IV

Requisitos para el ejercicio de la acción.- Continuando con el examen de las legitimaciones activa y pasiva suscitadas por la reclamación, ha de señalarse, en relación con la primera, que ésta resulta innegable, al plantearse la acción indemnizatoria como medio tendente a la reparación de daños soportados por la propia paciente receptora de la atención médica cuestionada.

La actuación del servicio público autonómico a la que se anuda la legitimación pasiva se identifica sin problema, ya que la reclamante atribuye los perjuicios por los que pide compensación a una actuación irregular del personal sanitario interviniente en la atención que se le prestó en los servicios de Ginecología y Obstetricia y Oncología del Hospital H, perteneciente a la red asistencial del SESCAM, así como en el servicio de radiología del Centro C, al que fue remitida la paciente por el Servicio de Salud autonómico.

Prosiguiendo con el examen del momento en que fue planteada la acción indemnizatoria, para determinar si su ejercicio tuvo lugar dentro del plazo de un año fijado legalmente al efecto, en los términos plasmados en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como quiera que la interesada causó alta después de la intervención para retirar el arpón el día 18 de enero de 2008, y la reclamación fue formulada el día 17 de enero de 2009, la misma no se halla prescrita.

V

Efectividad del daño, examen de la relación causal y antijuridicidad.- Pasando a ponderar la efectividad de los daños alegados, cabe entender que la documentación incorporada al expediente en el curso de la instrucción acredita la presencia de varios daños efectivos susceptibles de indemnización a través del instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración. En tal sentido, existe constancia de algunos de los daños de diferente índole por los que se reclama, tales como la nueva intervención quirúrgica, recomendada a la paciente por el equipo médico que la atendió después de analizar su situación en sesión clínica, para retirar los restos del arpón que quedaron alojados en la mama de la reclamante, efectuada el 28 de noviembre de 2007; un día de ingreso hospitalario y un periodo de baja laboral hasta el 18 de enero de 2008. Asimismo, debe considerarse que como consecuencia de esta operación quirúrgica, existe una cicatriz añadida cuyo alcance no puede determinarse, no sólo por la falta de informe médico de secuelas al respecto, sino por la existencia de la mastectomía anterior y reciente a causa del tumor que padecía la interesada.

Dicho esto, y dejando para la siguiente consideración el análisis y evaluación de los perjuicios que cabe considerar acreditados, nada puede argüirse en oposición a la tesis imputatoria que fundamenta la reclamación, pues los informes médicos recabados en el curso de la instrucción reconocen, sin género de dudas, que la actuación de los profesionales sanitarios que atendieron a la reclamante entraña una visible conculcación de las reglas de actuación profesional conformadoras de la denominada *lex artis ad hoc*, a la que aparecen ligados con claridad algunos de los daños objeto de reclamación, toda vez que ha resultado probado que quedaron restos de arpón en la mama izquierda de la interesada una vez extirpado el tumor.

En tal sentido, se admite en el informe del el Jefe de Servicio de Tocoginecología del Hospital H que al realizar una mamografía de control a la paciente, diez meses después de la primera intervención, se apreció en la mama izquierda restos metálicos del arpón que marcaba dicha mama para extirpar el tumor que padecía, y si bien se consideraba que la permanencia del arpón resultaría inocuo para la salud de la paciente, “*no obstante y para mayor seguridad se puede proceder a la extracción del mismo*”.

En línea coincidente operan las afirmaciones efectuadas en el informe emitido por la Inspección Médica del SESCAM, donde se admite sin dudas que el arpón retenido después de la extirpación del tumor era una consecuencia que la paciente no tenía que soportar como efecto secundario al tratamiento quirúrgico recibido, quedando “*acreditada la existencia de nexo causal entre la actuación de la administración sanitaria y los daños ocasionados a la paciente*”, revistiendo los mismos el carácter de antijurídicos.

El acervo documental referido evidencia con nitidez la existencia de relación causal entre la práctica asistencial cuestionada, identificable como un supuesto de funcionamiento anormal del servicio público interviniente, y la generación de diversos daños a la reclamante, sin que concurra razón alguna que imponga a esta última el deber de soportar los perjuicios sufridos, puesto que, independientemente de que los restos de arpón fueran inocuos para su salud, el servicio de Ginecología, después de evaluar el caso, recomendó a la paciente someterse a la intervención quirúrgica para retirarlos, según resulta tanto de las anotaciones efectuadas en su historia clínica los días 3 y 15 de octubre de 2007 como del correspondiente consentimiento informado en el que consta que se “*me ha explicado que es necesario/conveniente proceder, en mi situación, a realizar una CIRUGÍA CONSERVADORA DE MAMA por presentar Arpón retenido*”. Actos propios del personal de la Administración sanitaria que se compadecen mal con la afirmación exculpatoria que se hace en la propuesta de resolución en el sentido de que, “*en cuanto a la práctica de la intervención quirúrgica para extraer el trozo de arpón, la decisión fue libre y voluntariamente tomada por la paciente sin que la misma fuera necesaria para el mantenimiento de la salud, (tal como se informó a la paciente) [...]*”.

VI

Sobre la indemnización solicitada.- Advertida la existencia de nexo causal entre el funcionamiento del servicio sanitario imputado y la generación de diversos perjuicios a la reclamante, por el que procede reconocer la responsabilidad patrimonial de la Administración, ha de abordarse finalmente la cuantificación de los daños acreditados merecedores de compensación.

La interesada formula una petición total que asciende a 65.715 euros, si bien el total real solicitado, resultante de la suma de los conceptos que a continuación se relacionan sería de 65.755 euros. Dichas partidas serían las siguientes:

- Por días de incapacidad desde que quedó alojado el arpón hasta la fecha en que es dada la paciente de alta después de la segunda intervención, es decir, hasta el 18 de enero de 2.008: 11.095 euros.
- Por las secuelas de cicatriz abultada en cuadrante inferior derecho de mama izquierda de aproximadamente 6 centímetros, con perjuicio estético moderado con valoración de 12 puntos: 9.660 euros.
- Por daño moral asociado, y daño biológico a consecuencia de efectos de interacción del metal y radioterapia suministrada por los efectos de sobredosis o atenuación y la implicación psicológica y zozobra de repercusiones que la paciente siente pueda haber producido o producirse en futuro: 45.000 euros.

Estima el Consejo que no cabe estimar acreditados los conceptos lesivos concernientes a la existencia de un perjuicio estético individualizado por cicatriz en cuadrante inferior derecho de mama izquierda, o la existencia de daños biológicos o trastornos psíquicos para la paciente, que ni aparecen acreditados mediante documentos que revelen la real prosecución de tratamientos por razón de dichas incidencias, ni se sustentan en prueba válida alguna ciertamente demostrativa de que aquéllos se deben exclusivamente a la segunda operación, cuando los referidos efectos serían igualmente vinculables a la primera y no hay elemento probatorio alguno que haga suponer una mayor repercusión de la segunda intervención. Tampoco han quedado acreditados los daños derivados de la interacción del metal que quedó alojado en la mama de la paciente en su primera intervención y la radioterapia que le fue realizada después.

Negada la indemnizabilidad de los conceptos precitados, por falta de acreditación de su concurrencia, procede finalmente pronunciarse acerca del importe a reconocer como indemnización, recurriendo con carácter orientativo, como es habitual, a los criterios de valoración de daños personales tomados del sistema baremación definido en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, plasmado actualmente en el Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. Sobre el uso del citado sistema, ha de precisarse que las sucesivas alteraciones anuales de las Tablas conformadoras del mismo, integradas en el correspondiente Anexo, llevan a tomar como punto de partida para el proceso de cuantificación, los criterios y cantidades correspondientes al momento de acaecimiento del percance o al de la estabilización de las secuelas resultantes del mismo, por ser éste el procedimiento que literalmente impone el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Así, en el presente supuesto han de tomarse las reglas y parámetros de evaluación extraídos de las Tablas aplicables al año 2007, contenidas en la Resolución de 7 de enero de 2007 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, al ser éste el ejercicio en el que se produjo la segunda intervención quirúrgica para proceder a la extracción los restos del arpón.

Los datos que cabe extraer del acervo documental obrante en el procedimiento y la aplicación a los mismos del sistema valorativo anteriormente mencionado, permiten cuantificar los perjuicios manifestados en los siguientes términos:

- A.-Indemnización por incapacidad temporal.

- Por dos días de ingreso hospitalario para extraerle el arpón olvidado (27 y 28 de noviembre de 2007): $61,97 \times 2 \text{ días} = 123,94$ euros.

- Por 51 días de baja impeditiva después de la anterior intervención (del 29 de noviembre de 2007 hasta el 10 de enero de 2008): $50,35 \times 51 \text{ días} = 2.567,85$ euros.

B.- Por los riesgos, preocupaciones y molestias de toda índole inherentes al padecimiento de una segunda intervención quirúrgica, estima el Consejo que cabe cifrar en 3.000 euros la compensación de dicho perjuicio, dado que ésta es la cantidad que para un supuesto idéntico al analizado ya fue admitida en los dictámenes 152/2007, de 12 de septiembre y, 224/2008, de 29 de octubre.

La suma de las tres cuantías anteriores supone un importe total de 5.691,79 euros, cantidad que se ha de tomar como deuda de valor referida cronológicamente al momento de estabilización de los daños objeto de compensación -enero de 2008-, y sin perjuicio de la actualización que corresponda por aplicación de lo previsto en el artículo 141.3 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

En mérito de lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha es de dictamen:

Que existiendo relación de causalidad entre el servicio público dispensado en el Hospital H y los daños soportados por D.^a X, al sufrir el abandono de parte del arpón utilizado durante la extirpación de un tumor mamario, procede dictar resolución parcialmente estimatoria de la reclamación de responsabilidad patrimonial examinada y reconocer el derecho de la interesada a la percepción de una indemnización por valor de 5.691,79 euros.