

Expediente Núm. 122/2007  
Dictamen Núm. 5/2008

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Bastida Freijedo, Francisco*  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 31 de enero de 2008, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 22 de mayo de 2007, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por doña ....., como consecuencia de la, a su juicio, negligente asistencia médica recibida en un centro hospitalario público que le obligó a acudir a la medicina privada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 18 de diciembre de 2006, doña ..... presenta, en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias, una reclamación de responsabilidad patrimonial en relación con lo que define como una defectuosa asistencia sanitaria recibida que le obligó a acudir a la medicina privada.

Inicia su escrito relatando que pertenece, “según el historial clínico que se adjunta (...) al grupo de alto riesgo de cáncer de mama que periódicamente

debe someterse a controles médicos rigurosos que consisten, a grandes rasgos, en mamografías, exploraciones y, en algunos casos, biopsias. Los datos médicos de pertenencia a este grupo se determinan perfectamente sólo con el hecho de que la menopausia le sobrevino a la tempranísima edad de 35 años y ha sido tratada con terapia hormonal sustitutiva durante 13 años (...). A finales de febrero de 2006 se detecta por autoexploración un bulto en la mama izquierda y acude al Servicio de Urgencias del Hospital ..... en fecha 6 de marzo, donde se le diagnostica un nódulo mamario, es decir, una masa o aumento de volumen localizado y detectado en la mama. Este diagnóstico es absolutamente genérico y se recomienda únicamente adelantar la revisión en la Unidad de Menopausia (...). Con fecha 16 de marzo de 2006, se emite el informe (...) correspondiente a la revisión en la Unidad de Menopausia, diagnosticando un fibroadenolipoma de predominio graso. Como la dicente sugiere palpación reciente del bultoma se sugiere exploración clínica y un control pasados tres meses de dicha zona. Un fibroadenolipoma es un tumor benigno poco frecuente que aparece generalmente en mujeres de 40-55 años, es decir, resulta un diagnóstico no grave”.

Continúa indicando que, “consciente del riesgo de una espera de tres meses en un tema de tanta gravedad”, decide acudir a una consulta de radiología privada. En ella se le efectúa “senografía y ecografía mamaria y ante el carácter sospechoso se realiza punción” y se envía a un laboratorio privado, “cuyo resultado arroja la existencia de células cancerígenas en el nódulo en cuestión, es decir, carcinoma de mama o cáncer de mama. Es necesario destacar que con la simple punción y el análisis citológico el diagnóstico es indudable y es particularmente en este aspecto donde aparece la negligencia, se debieron recomendar la punción y el análisis desde un primer momento”.

Señala que, ante la situación acude a la Clínica ....., donde se le realiza una mastectomía con vaciamiento axilar de nivel 1 y 2, extirpando un tumor de unos seis centímetros, del tipo carcinoma ductal infiltrante de mama multicéntrico, con extenso componente de carcinoma intraductal de tipo II, sin metástasis. Se le recomienda tratamiento complementario con quimioterapia.

Concluye su escrito manifestando que la lentitud y el evidente error diagnóstico la obligaron a realizar una serie de desembolsos para conseguir un diagnóstico rápido y certero que desemboca en una intervención quirúrgica inmediata, ya que de retrasarla asumiría riesgos impensables para su salud, como se ha demostrado. Evalúa los gastos médicos abonados a la medicina privada en ocho mil novecientos noventa y siete euros con ochenta y tres céntimos (8.997,83 €) y los daños morales en la misma cantidad de 8.997,83 euros. El daño moral lo sostiene en el sufrimiento que se le ha provocado, a causa a la grave actuación de los servicios de salud del Principado, y en la incertidumbre en la espera de la decisión, debido al retraso en obtener un diagnóstico preciso y una solución acorde con el problema.

Asimismo solicita, a través de otrosí, el recibimiento del procedimiento a prueba, concretando que pretende valerse de la documental, consistente en copia de los documentos que acompañan al escrito de reclamación, entre los que destacan: informe del Área de Urgencias del Hospital ....., de fecha 6 de marzo de 2006; informes de radiología y ecografía del mismo centro hospitalario, correspondientes a los años 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2005 y 2006 y facturas de los gastos que se reclaman.

**2.** Mediante escrito de 9 de enero de 2007, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias comunica a la interesada la fecha recepción de su reclamación y las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará en dicho Servicio. La notificación correspondiente resulta fallida.

**3.** Sin que conste en el expediente la solicitud de documentación por parte del Inspector de Prestaciones Sanitarias, mediante escrito de 10 de enero de 2007, el Secretario General del Hospital ..... remite al Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias copia del parte de reclamación y de la historia clínica de la paciente.

**4.** Con fecha 23 de enero de 2007, el Inspector de Prestaciones Sanitarias

solicita a la Dirección Gerencia del Hospital ..... un informe actualizado del Servicio de Ginecología sobre el contenido de la reclamación. Dentro del plazo de diez días previsto para evacuar dicho informe, la Secretaría General se Hospital ..... se remite al Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias copia del elaborado por el responsable de la Unidad de Menopausia, en el que se indica que "la paciente acude por vez primera a nuestra U. de Menopausia el 14.02.2000 para control de THS (...), por menopausia precoz a los 34 años (...). La paciente es controlada periódicamente en la Unidad de Menopausia mediante analíticas, citología, densitometría y mamografía. (...) aporta en la primera consulta una mamografía normal con fecha 10 de septiembre (de) 1999. A partir de la primera consulta existen mamografías anuales (...). Todas las (...) son normales y como se puede apreciar realizadas anualmente como recomiendan las guías de práctica clínica internacionales./ El 29.11.2005 se le da a la paciente la solicitud para la realización de la siguiente mamografía que estima para ser realizada como es habitual en abril de 2006./ Desde el 21 de noviembre del 2005 no tenemos más noticias de la paciente hasta que acude el 23.05.06 comunicándonos que ha sido ya operada en .....".

**5.** Consta en el expediente con fecha 5 de febrero de 2007, un nuevo intento de comunicación a la interesada de la fecha de recepción de su reclamación y las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará en el Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias. En el encabezamiento del escrito figura, en el asunto, "2º acuse recibo reclamación", y es notificada finalmente el día 13 de febrero de 2007.

**6.** Con fecha 9 de febrero de 2007, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto elabora el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él se destaca que "se trata de una paciente nacida el 15-10-1959, que con el antecedente de menopausia precoz tratada hormonalmente es controlada por la Unidad de Menopausia del Servicio de Ginecología del (Hospital .....). Se le practicaron controles periódicos mediante analíticas, citologías, densitometrías y

mamografías. En la primera consulta efectuada el 14 de febrero de 2000 la paciente aportó una mamografía realizada el 10 de septiembre de 1999. Posteriormente se repitió este mismo estudio todos los años de acuerdo con los criterios internacionales establecidos al efecto, siendo los estudios normales. El 21 de noviembre de 2005 se le pautó una nueva mamografía y ecografía para realizar en el mes de abril de 2006, no volviendo a acudir a la Unidad de Menopausia hasta el 23 de mayo de 2006, fecha en la que refiere que fue diagnosticada de cáncer de mama por un ginecólogo privado y que ha sido operada en ..... `hace unos 15 días de mastectomía izquierda´./ Consta que el 6 de marzo de 2006 fue atendida en Urgencias del (Hospital .....) por haberse detectado un bulto en mama izquierda mediante autoexploración. Con el diagnóstico de nódulo mamario se le aconsejó adelantar la cita para la revisión en la Unidad de Menopausia. El 14 de marzo de 2006, con la misma petición hecha el 21 de noviembre de 2005, se realizó la mamografía en el Servicio de Radiodiagnóstico del (Hospital .....) y fue informada el día 16 del mismo mes. Se señala que `el único cambio que se aprecia es un crecimiento de tejido en cuadrantes internos de la mama izquierda en la proyección cráneo-caudal´. Se le realizó igualmente ecografía y en relación con la zona de palpación de la paciente se aprecia una imagen que fue valorada como un probable fibroadenolipoma de predominio graso. Textualmente se indica por el radiólogo que `dado que la paciente refiere palpación reciente de bultoma sugiero exploración clínica rigurosa y un control en tres meses en dicha zona´./ La paciente no volvió a acudir al Servicio de Ginecología responsable de su tratamiento hasta el 23 de mayo de 2006 informando que había sido intervenida en la Clínica ..... de un cáncer de mama izquierda quince días antes. Presentaba un seroma de pared que fue tratado y a la vez se pautó tratamiento quimioterápico coadyuvante./ Es reseñable el hecho de que el Servicio de Oncología Médica señale en su informe que a pesar del escaso beneficio esperable del tratamiento con quimioterapia en base a los factores pronósticos, éste se pautó por el deseo de la paciente, que se encuentra muy angustiada y quiere que se le administre un tratamiento de máxima seguridad”.

Continúa el informe con la valoración, indicando que se trata de una paciente que se estaba siguiendo en la Unidad de Menopausia y que, ante la autopalpación de un bulto en la mama izquierda, acude al Servicio de Urgencias. El Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital ....., tras mamografía y ecografía, le diagnosticó un probable fibroadenolipoma de predominio graso. No atiende las recomendaciones recibidas, que implicaban acudir a la Unidad de Menopausia que la controlaba, para fijar las pautas y criterios a seguir, sino que abandona voluntariamente el servicio público y acude a la medicina privada.

Concluye el inspector en su informe que los estudios y controles efectuados fueron los establecidos habitualmente para el seguimiento de estos enfermos y que la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adaptada a los criterios de la *lex artis*.

Sobre la procedencia de reintegro de los gastos generados por la asistencia recibida en la medicina privada, señala que la reclamante acudió voluntariamente y *motu proprio* a los servicios de la medicina privada. Con base en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización, en el que se establece que "La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción" propone la desestimación de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

7. Con fecha 12 de febrero de 2007, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaria General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del

expediente a la correduría de seguros.

**8.** Con fecha 7 de marzo de 2007, se emite informe médico, suscrito colegiadamente por cuatro especialistas, tres en Cirugía General y Digestivo y uno en Cirugía General. En él se concluye que “es decisión de la paciente acudir para valoración a un centro privado en lugar de a la consulta que la venía siguiendo en el Hospital ...../ Asimismo, no hay constancia de que la paciente solicitara ser intervenida en el Hospital ..... tras tener el diagnóstico, sino que acudió a otro centro privado (...) para completar el diagnóstico y tratamiento”.

**9.** Con fecha 9 de abril de 2007, se notifica a la interesada la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de quince días, adjuntándole la relación de documentos obrantes en el mismo.

**10.** El día 24 de abril de 2007, se persona el representante de la interesada en las dependencias de la Administración y obtiene una copia de todo el expediente, que en ese momento se compone de noventa y ocho (98) folios, según diligencia incorporada al mismo.

**11.** Mediante escrito presentado en el registro del Servicio de Salud el día 26 de abril de 2007, formula alegaciones el representante de la reclamante, indicando que nada nuevo aportan los informes incorporados al expediente que avale que la actuación de la Administración fue adecuada, pues los servicios médicos del Principado debieron realizar un análisis más profundo de la situación en el momento oportuno y no se hizo, peligrando la vida de quien reclama. Finalmente reitera las alegaciones del escrito de reclamación. Sobre las conclusiones del informe técnico de evaluación, señala que “mi cliente acude a consulta el 6 de marzo de 2006, donde se le aconseja adelantar la revisión en la Unidad de Menopausia. Acude a ésta el 14 de marzo, se le realiza exploración en la citada Unidad, donde se le diagnostica un fibroadenolipoma de predominio graso, es decir, nada por lo que preocuparse y que vuelva en tres



meses. Con esto son cuatro los meses que tardaría en ser diagnosticada convenientemente, en el caso de que no se mantuviera el citado diagnóstico, cuando lo conveniente, lo acertado, lo ajustado a la *lex artis* hubiera sido realizar una punción y un análisis citológico como así se hizo privadamente./ Parte, por tanto, el citado informe en sus conclusiones de una premisa falsa, cual es la de considerar que “en el momento en que se sospechó la posible existencia de una patología mamaria se aconsejó a la reclamante”, y se pregunta, entonces, ¿en qué momento se sospechó la existencia de una patología mamaria si el diagnóstico fue el de fibroadenolipoma graso?” y “¿acaso un diagnóstico de gravedad, como es el de cáncer de mama, se pospone para un control pasados tres meses, lapso éste de tiempo en el que la paciente se puede jugar la vida?” Sostiene, asimismo, que con la documentación médica aportada por esta parte, se acredita que se “le extirpa (a la paciente) un tumor de seis centímetros con extenso componente de carcinoma intraductal de tipo II sin metástasis. De acuerdo con la atención médica que se dice adecuada, ese tumor tendría tres meses más para desarrollarse y luego se revisaría”.

**12.** Con fecha 9 de mayo de 2007, el instructor formula propuesta de resolución proponiendo “desestimar la reclamación” interpuesta por la interesada, reproduciendo los hechos y argumentaciones del informe técnico de evaluación y reiterando el criterio jurisprudencial y de este Consejo Consultivo según el cual el servicio público sanitario, dirigido siempre a procurar la curación del paciente, constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado. Razona igualmente el instructor que no cabe el reintegro de los gastos médicos, puesto que no concurre el supuesto previsto en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que se refiere a casos de “asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital”.

**13.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de mayo de 2007, registrado de entrada el día 28 del mismo mes, V.E. solicita al Consejo



Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm. ....., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo establecido en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo dispuesto en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la interesada activamente legitimada para solicitar la reparación del daño, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que "En todo caso, 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 la determinación del alcance de las secuelas". En el caso ahora examinado, se presenta la reclamación el día 18 de diciembre de 2006, y, aunque en el expediente no consta la fecha exacta de curación, o la de la valoración del alcance de las secuelas, habiendo tenido lugar los hechos que se denuncian el día 6 de marzo de 2006, fecha en que la interesada acude al Servicio de Urgencias y se le realiza el primer diagnóstico, es claro que lo fue dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo que rige la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial). Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

No obstante, hemos de señalar que la comunicación dirigida a la reclamante en los términos de lo dispuesto en el artículo 42, apartado 4, de la LRJPAC, incurre en error respecto a la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento, que no puede iniciarse, como indica el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias, "el día siguiente al de recibo de la presente

notificación”, sino, de acuerdo con el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, desde que se inició el procedimiento. En el supuesto concreto que analizamos, el procedimiento fue incoado a instancia de parte -a solicitud de la persona interesada y no de oficio por la Administración-, por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 42, apartado 3, de la LRJPAC, el plazo máximo en el que habría de notificarse la resolución expresa se ha de contar desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro (legalmente constituido) del órgano competente para su tramitación.

Se observa también que la vista del expediente la realiza un letrado, sin que conste acreditada su representación en los términos establecidos en el artículo 32.3 de la LRJPAC. Ciertamente, conforme a este precepto y con carácter general, al tratarse de un acto de mero trámite cabe presumir la representación por mera autorización en documento privado, sin mediar declaración en comparecencia personal del interesado. Sin embargo, al contener el expediente una documentación especialmente íntima, como es la historia clínica de la reclamante, la Administración no debió dar a aquel letrado vista del expediente sin verificar antes la representación que decía ostentar, pues así lo exige la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, Básica Reguladora de la Autonomía del Paciente y de Derechos y Obligaciones en Materia de Información y Documentación Clínica, cuyo artículo 18, en su apartado 2, dispone que “El derecho de acceso del paciente a la historia clínica puede ejercerse también por representación debidamente acreditada”.

**QUINTA.-** 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”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC, ya citada, dispone en su apartado 1 que “Los particulares tendrán 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". Y, en su apartado 2, que "En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas".

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

**SEXTA.-** En el supuesto que se somete a nuestra consideración, la interesada imputa a la Administración un daño moral y un perjuicio económico, pues, ante la inseguridad que le producía el resultado de la mamografía que se le practicó el día 14 de marzo de 2006 y que calificó de patología benigna el bultoma palpado por la propia interesada en la mama izquierda, se vio obligada a acudir a la medicina privada para obtener a tiempo un diagnóstico más preciso que disipara su incertidumbre, y, a someterse, ante el resultado de cáncer de mama, a una operación quirúrgica inmediata en un centro privado, con el fin de evitar riesgos para su salud, los cuales, asegura, se producirían de continuar en el sistema sanitario público, donde se demorarían la detección precisa del alcance de la patología y la intervención quirúrgica al menos tres meses. Por

ello solicita que se le indemnice en los gastos incurridos, que acredita mediante facturas, así como por el daño moral ocasionado que evalúa en la misma cantidad que los gastos justificados.

A este respecto, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, determina en su artículo 4.3 las condiciones para que sea exigible el reintegro de gastos sanitarios generados en centros que no pertenezcan al Sistema Nacional de Salud en situaciones de riesgo vital dispone que en los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción.

Sin embargo, la interesada no opta por el ejercicio de esa acción de reembolso, sino que acude expresamente a la de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por funcionamiento anormal de los servicios públicos. Como ya ha manifestado este Consejo en anteriores dictámenes, tal planteamiento -y su consecuente reclamación- es admisible, pero para que pueda prosperar deberán concurrir los requisitos generales que hemos señalado. Por tanto, habrá que analizar si estamos ante un daño ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario y si es antijurídico, es decir, un daño que no tenga la reclamante obligación de soportar.

En orden al análisis de la concurrencia de tales requisitos, observamos que se desprende de la reclamación que el daño alegado deriva de la necesidad de acceso a un tratamiento médico privado y las consecuencias que de ello dimanar, tanto económicas como morales, con motivo de un diagnóstico incompleto, sin pruebas complementarias, ante una situación de riesgo; en concreto se denuncia la no prescripción de una punción y un análisis citológico, además de una lentitud en el diagnóstico. Debemos, pues, examinar si el error de diagnóstico se produjo con violación de la *lex artis* y si determinó directamente el daño que la interesada reclama.

Hemos de comenzar por señalar que, a juicio de este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario, dirigido siempre a procurar la curación del paciente, constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, de modo que no puede imputarse sin más a la Administración sanitaria la falta de curación del paciente en un plazo determinado, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*, entendiéndose por tal "aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida" (Sentencia del Tribunal Supremo, de 11 de marzo de 1991, Sala de lo Civil).

Planteada así la cuestión, y entrando en el contenido de la reclamación, debemos manifestar que, según la historia clínica de la reclamante, que figura incorporada al expediente, la atención prestada en el Hospital ....., a través de la Unidad de Menopausia del Servicio de Obstetricia y Ginecología, en relación con su situación de riesgo de cáncer de mama fue correcta hasta el año 2006, constando la realización de las pruebas periódicas recomendadas. Contra esa asistencia nada objeta la reclamante. Es a partir de la palpación del bultoma en su mama izquierda y de su ingreso en el Servicio de Urgencias el día 6 de marzo de 2006, cuando, a juicio de la reclamante, se produce la deficiente atención sanitaria. En el Servicio de Urgencias se le documenta una impresión

diagnóstica de nódulo mamario y se le indica que tiene que adelantar la cita en la Unidad de Menopausia que viene tratándola. Lo cierto es que la paciente sí adelanta la prueba correspondiente a 2006, prevista para abril en el Servicio de Radiodiagnóstico, tras la revisión efectuada en el año 2005; pero, aunque la realiza anticipadamente, no acude a la Unidad de Menopausia con el informe que contiene el resultado de la misma, en el que se señala que “dado que la paciente refiere palpación reciente del bultoma sugiero exploración clínica rigurosa y control en 3 meses de dicha zona”.

Si nos atenemos a los documentos e informes que obran en el expediente, se observa que la Unidad de Menopausia, precisamente la que mantenía en observación a la paciente y tenía la facultad de decidir sobre pruebas complementarias, diagnóstico y su importancia, así como sobre el tratamiento final procedente y la urgencia de éste, no llegó a conocer el hecho de que ésta había desarrollado, desde la última revisión en el año 2005, un bultoma en su mama izquierda. Tampoco pudo en consecuencia efectuar prueba alguna complementaria, instar la repetición de la de radiodiagnóstico o la realización de otras más precisas, incluida la punción y el análisis citológico. Resulta cierto que la prueba diagnóstica de radiología que se le practica a la reclamante en el Hospital ..... fue solicitada por la Unidad de Menopausia, pero la petición no se hizo con motivo de la aparición del bultoma sino por prescripción habitual en el transcurso del seguimiento periódico de una paciente con factores de riesgo específicos. La prueba que se realiza en la Unidad de Radiodiagnóstico estaba prescrita y solicitada, mediante petición escrita en poder de la interesada, desde la última revisión del año 2005. Esta prueba formaba parte de una serie de actuaciones que cada año se le venían practicando para control de la patología de riesgo, y que culminaban con un diagnóstico de la Unidad de Menopausia que, en este caso, no llegó a producirse porque la paciente decidió no seguir las indicaciones que tanto el Servicio de Urgencias como el de Radiodiagnóstico le efectuaron.

La exploración clínica rigurosa y la cita a la Unidad de Menopausia recomendadas por los Servicios de Urgencias y de Radiodiagnóstico no se



produjeron. Según el escrito de alegaciones, la reclamante acude a la Unidad de Menopausia del Hospital ..... el día 14 de marzo de 2006, que emite su informe de patología benigna el 16 de marzo y pospone la siguiente prueba tres meses. No se corresponde lo afirmado en este escrito con la documentación que obra en el expediente ni con los informes que se adjuntan a la reclamación. La paciente acude a otro servicio distinto, en concreto al de Radiodiagnóstico, que es el que emite el informe de 16 de marzo de 2006, y que contiene lo que la reclamante califica como diagnóstico de la Unidad de Menopausia. La paciente basa su petición en dicho informe, sin que conste acto médico o administrativo alguno del hospital que la obligue a acudir a la medicina privada, ya que ninguna negativa de atención sanitaria por parte del Hospital ..... está documentada, ni tampoco se acredita que, tras el diagnóstico de cáncer de mama obtenido en la medicina privada, se instara la intervención quirúrgica al hospital público.

En consecuencia, este Consejo Consultivo entiende que la actuación de la Administración sanitaria se ajustó en todo momento a la *lex artis*, pues el diagnóstico que se cuestiona no fue definitivo, ni pudo ser completado con la intervención de la Unidad de Menopausia, que debía valorar la situación clínica de la enferma y establecer las pautas y criterios a seguir, entre los cuales no puede excluirse la realización de nuevas pruebas. Por otro lado, de haberse producido un error tras la culminación del proceso, tampoco podemos afirmar que se derivase del mismo, como consecuencia automática, una negativa del Hospital a practicar la intervención quirúrgica con la rapidez precisa. El coste de la operación y el origen de los gastos que ahora se reclaman surgen exclusivamente de la decisión personal de la reclamante de acudir a centros privados, abandonando los servicios de la sanidad pública y sin darles opción, en el caso concreto que examinamos, a intervenir tras el informe radiológico. En consecuencia, tiene la reclamante la obligación de soportar el gasto que se deriva de la decisión por ella voluntariamente adoptada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por doña .....

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

Vº. Bº.

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.