

Expediente Núm. 54/2011
Dictamen Núm. 306/2011

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 20 de octubre de 2011, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 28 de febrero de 2011, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 2 de agosto de 2010, la perjudicada presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la, a su juicio, deficiente asistencia prestada por el servicio público sanitario.

Para el relato de los hechos se remite al informe médico pericial que acompaña, y que comienza refiriendo que en el mes de marzo de 2003 se propone a la reclamante “acudir a Cirugía” desde el Centro de Salud, por

“nódulo en axila derecha y mama derecha de dos años de evolución (...). Ese mismo mes se lleva a cabo ecografía de mama que se informa dentro de los límites de la normalidad”, aunque en el informe del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital “X”, de 21 de abril de 2003, se indica que “en la exploración detallada del cuadrante ínfero interno de la mama derecha se palpa un nódulo que probablemente se corresponde con tejido fibroso”.

El día 3 de octubre de 2005, en un control de su embarazo, “se señala explícitamente por parte de Ginecología la presencia de nódulo de 1 cm en mama derecha” y en noviembre de ese año se le realiza “una nueva ecografía de mama (que) se informa ausente de datos de interés”. En diciembre de 2006 la perjudicada consulta por “bultomas en mamas de años de evolución” y en febrero de 2007 se efectúa una ecografía que “se informa dentro de los límites de la normalidad”. En mayo de 2007 se le aprecia “un bultoma en cuadrante superoexterno de mama derecha de consistencia dura”, practicándose en el mes de junio una nueva ecografía “informada dentro de los límites de la normalidad”.

El día 14 de diciembre de 2007 consulta en el centro de salud por “bulto en axila derecha, a veces sensible a la palpación, siendo diagnosticada de adenopatía rodadera y recomendándose la consulta con Cirugía”. En la ecografía que se le realiza en el mes de febrero de 2008, “se informa de fibrosis del parénquima glandular de ambas mamas (...), más acusada en el cuadrante superoexterno de la mama derecha, coincidiendo con el área nodular que se nota en la exploración física. Sin embargo, no se visualizan nódulos de naturaleza sólida o quística u otro tipo de patología. Tampoco hay adenopatías axilares derechas”.

En abril de 2009 la perjudicada ingresa en el Servicio de Cirugía General del Hospital “X” para “intervención programada por neo de mama”, tras haberse llevado a cabo punción aspiración con aguja fina (PAAF), que fue informada como atipia sospechosa de malignidad, y posteriormente una RMN de la mama detecta un cambio en la alteración del realce de unos 6 cm de diámetro, con morfología tipo 3, altamente sugestiva de malignidad. En la

biopsia de los "ganglios linfáticos remitidos como centinela" se observa metástasis de carcinoma ductal en 6 de 8 ganglios aislados./ Mastectomía radical derecha, carcinoma ductal infiltrante multicéntrico con extensa invasión vascular (...). Carcinoma ductal "in situ" de alto grado nuclear (...). Metástasis de carcinoma ductal en 5 de 15 ganglios aislados en el tejido adiposo de la axila (...). Estadio final: T3 multicéntrico, N3 (...). M0". Recibe tratamiento en el Servicio de Oncología Radioterápica del Hospital "X", y, "al menos" desde mayo de 2009, está a tratamiento con Salud Mental. El día 8 de febrero de 2010, una psiquiatra del Centro de Salud Mental emite informe en el que señala que se trata de una paciente "angustiada (y) depresiva", con "pensamientos reiterativos y obsesivos", por lo que se inicia psicoterapia.

Con fecha 11 de diciembre de 2009 el Equipo de Valoración y Orientación del Centro de Valoración de Personas con Discapacidad emitió dictamen en el que la "considera afecta de un 5% de discapacidad por enfermedad del aparato genitourinario por neo de mama de etiología tumoral".

En junio de 2010 la paciente "es alta definitiva por parte del Servicio de Oncología Médica del Hospital de "Y", en el que se deja en tratamiento con Tamoxifeno y Zoladex. El diagnóstico fue de carcinoma ductal infiltrante de mama derecha con diámetro de 6 cm y carcinoma in situ de alto grado, con once adenopatías positivas de veintitrés resecaadas".

El día 1 de junio de 2010 se emite "un nuevo informe por parte de Salud Mental en el que se etiqueta de síndrome ansioso depresivo reactivo al diagnóstico de grave enfermedad somática".

Considera la reclamante que cuando en diciembre de 2007 acude al centro de salud por "bultoma en axila derecha" este "se etiqueta, acertadamente, como adenopatía por parte del médico de Atención Primaria, quien de modo igualmente correcto, remite a la interesada a Cirugía", aunque no consta "en el expediente la realización de prueba alguna (...) que contribuyese a un diagnóstico correcto de la lesión o a una detección ya no tan precoz de la neoplasia de mama que aquejó la paciente./ Ante la persistencia de una lesión sólida en la mama derecha, que fue palpada pero no valorada

ecográficamente, que sigue durante el embarazo, se debería de haber llevado a cabo una mamografía y una punción aspiración con aguja fina, que no se realizan hasta años después de detectada la lesión por la propia paciente". Afirma que "la premura en la actuación hubiese, con toda probabilidad, evitado la mastectomía radical a la que fue sometida una mujer joven, de 30 años, y hubiese supuesto un grado inferior en la clasificación del tumor, con más posibilidades de supervivencia y menor necesidad de tratamientos complementarios".

Finalmente, indica que padece, como "lesiones y secuelas", "neo de mama derecha, tipo carcinoma ductal infiltrante T3 multicéntrico N3 M0, tratado mediante mastectomía radical, con quimioterapia actualmente./ Linfedema, dolor y limitación en extremidad superior posquirúrgica./ Trastorno adaptativo con manifestaciones de tipo ansioso-depresivo (...), dolor en la extremidad superior derecha, con edema frecuente y pérdida de fuerza, cicatrices quirúrgicas, leve linfedema en extremidad superior derecha, con limitación para la abducción de hombro por encima de 90° que resulta dolorosa y con pérdida de fuerza", y, de acuerdo con los informes de "los especialistas del Centro de Salud Mental (...), la evolución del desorden mental no es buena".

Concreta el importe de la indemnización que solicita en ciento cincuenta y cinco mil euros (155.000 €).

Adjunta un informe médico pericial, de fecha 15 de julio de 2010, que incluye copia escaneada de los siguientes documentos:

- a) Informe del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital "X", de 21 de abril de 2003.
- b) Hoja de curso clínico del Servicio de Ginecología del Hospital "Y" en la que se recogen las actuaciones practicadas entre el 26 de agosto y el 18 de noviembre de 2005.
- c) Informe del Servicio de Radiología del Hospital "Y", de 3 de noviembre de 2005.
- d) Informes del Servicio de Radiología del Hospital "Y", de 28 de febrero y 20 de junio de 2007.
- e) Informe radiológico del Hospital "X", de 26 de febrero de 2008.
- f) Informe de alta del Servicio de Cirugía General del Hospital "X", de 12 de abril de 2009.
- g) Informe anatomopatológico del Hospital "X", de 15 de abril de 2009.
- h) Informes del Servicio de Salud Mental, de fecha

14 de mayo de 2009 y 8 de febrero de 2010. i) Informe de alta del Servicio de Oncología Radioterápica del Hospital "X", de 5 de noviembre de 2009. j) Dictamen Técnico Facultativo del Centro de Valoración de Personas con Discapacidad, de fecha 11 de diciembre de 2009. k) Hoja de episodios del Centro de Salud, fecha 15 de diciembre de 2009, en la que constan, el 4 de diciembre de 2006, "bultomas en ambas mamas de 2 años de evolución"; el 29 de mayo de 2007, "bultoma en cuadrante superoexterno de mama derecha de consistencia dura"; el 14 de diciembre de 2007, "bulto en axila derecha, a veces sensible a la palpación./ Adenopatía rodadera, aumentada en hueco axilar./ Cirugía, confirmación y valoración". l) Informe del Servicio de Oncología Médica del Hospital "Y", de 1 de junio de 2010. m) Informe del Centro de Salud Mental, de 1 junio de 2010. n) Informe de una gammagrafía ósea, realizada en una clínica privada a petición del Hospital "Y", de fecha 11 de junio de 2009. ñ) Informe de alta del Hospital "Z", de fecha 14 de junio de 2010, tras intervención quirúrgica para reconstrucción mamaria.

2. Con fecha 13 de agosto de 2010, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a la Gerencia del Hospital "X" una copia de la historia clínica de la perjudicada, así como informe del Servicio de Cirugía General.

3. El día 26 de agosto de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica a la reclamante la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. Con fecha 1 de septiembre de 2010, el Gerente del Hospital "X" remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica de la paciente, y el informe del Servicio de Cirugía General.

En este, emitido ese mismo día, se refiere que la paciente fue “vista por primera vez en nuestra consulta el 07-04-2003 por referir tumoración en mama derecha de dos años de evolución que no ha crecido. En la exploración se apreciaba un área nodular en el contexto de una mama fibrosa. No adenopatías./ Se realizó una ecografía de la mama observando tejido glandular discretamente heterogéneo y en la zona que refería la tumoración tejido fibroso”. El día 31 de enero de 2008, vuelve a revisión con un “cuadro similar de nódulo en mama derecha y en la exploración se sigue palpando una zona fibrosa en cuadrante superoexterno de mama derecha./ Se repite la ecografía y se sigue observando fibrosis del parénquima glandular en ambas mamas. La fibrosis es más acusada en el cuadrante súperoexterno de mama derecha. No se visualizan nódulos de naturaleza sólida o quística u otro tipo de patología. No se encuentran adenopatías axilares”. En la revisión del día 12 de marzo de 2009 refiere “molestias punzantes en la mama y retracción del pezón. En la exploración se aprecia un área fibrosa que ocupa el cuadrante superoexterno de mama derecha./ Se realiza una nueva ecografía y además del parénquima mamario denso y heterogéneo se aprecian zonas hipo e hiperecogénicas de morfología nodular, por lo que se realiza una PAAF que informan como atipia sospechosa de malignidad./ Por este motivo se indica mamografía, donde se observa en CSE de mama derecha una distorsión del parénquima que es irregular y denso con engrosamiento de la piel. Pequeñas adenopatías en axila derecha”. Se realiza una biopsia con aguja gruesa (BAG) “que lo informan de carcinoma ductal infiltrante./ Con este diagnóstico (...) es intervenida el 08-04-2009, realizando una mastectomía con biopsia de ganglio centinela que es informado intraoperatoriamente como maligno, por lo que se completa la linfadenectomía./ La anatomía patológica definitiva es de carcinoma ductal multicéntrico con extensa invasión vascular más carcinoma `in situ´ de alto grado. Metástasis de carcinoma ductal en 11 de 23 adenopatías axilares”, decidiéndose “tratamiento adyuvante con quimioterapia + radioterapia + hormonas”.

Se añade que a la edad de la paciente en la primera consulta, 27 años, “con una mama fibrosa corroborada por la ecografía (...) no hay indicación de mamografía, puesto que la propia densidad de la mama hace que la rentabilidad clínica sea escasa”, por el alto número de falsos negativos. Cuando vuelve a los cinco años, “la indicación de PAAF está fuera de lugar, puesto que no hay ninguna lesión apta para pinchar y hacerlo en una mama fibronodular no da ningún resultado. Tampoco en la ecografía de la axila se aprecian adenopatías como para poder pinchar”. Finaliza indicando que, “según la Guía de recomendaciones clínicas de esta Autonomía, en mujeres menores de 35 años la exploración a realizar es una ecografía, y eventualmente una mamografía si existen hallazgos en la anterior prueba”.

5. El día 2 de septiembre de 2010, el Gerente de Atención Primaria del Área Sanitaria V remite al Servicio instructor el informe emitido por la médica de cabecera de la reclamante el 13 de agosto de 2010. En él refiere que la paciente acude el día 4 de diciembre de 2006 al centro de salud “por bultomas en ambas mamas de 2 años de evolución, palpándose entonces bulto no doloroso en cuadrante inferointerno de la mama izquierda. La paciente refería que le habían hecho una ecografía hacía años y le recomendaron repetirla después del embarazo (enero 2006). Se solicitó entonces ecografía mamaria, en la que no se objetivaban formaciones nodulares sólidas o quísticas. El 29-05-2007 (...) consulta por bultoma en cuadrante superoexterno de mama derecha de consistencia dura y consta nueva petición de ecografía mamaria, que se informó sin alteraciones ecográficas valorables. El 14-12-2007 (...) consultó por adenopatía axilar derecha, sensible de forma intermitente a la palpación y se solicitó interconsulta preferente con el Servicio de Cirugía del Hospital “X”, no constando información posterior del estudio realizado. El 27-02-2009, consultó por aumento del tamaño del bulto de la mama derecha con retracción del pezón y se solicitó interconsulta preferente con el Servicio de Cirugía del Hospital “X”, dado que se había realizado estudio previo allí. El 21-04-2009 presenta (...) informe de alta hospitalaria tras mastectomía radical

derecha por carcinoma ductal infiltrante con afectación ganglionar (...). Posteriormente ha realizado tratamiento citostático seguido de radioterapia y actualmente tratamiento hormonal con tamoxifeno y zoladex. En abril de 2009 se solicitó valoración en Salud Mental por clínica ansiosodepresiva de tipo adaptativo”.

6. Con fecha 16 de septiembre de 2010, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él señala que “se puede afirmar que la actuación de los distintos profesionales de la sanidad pública que han intervenido en la asistencia (...) ha sido correcta y adecuada, utilizando los medios diagnósticos y terapéuticos que la situación clínica y (...) las circunstancias personales de la paciente aconsejaban en cada momento, con un escrupuloso seguimiento de los documentos de consenso existente al efecto”, y concluye que “las lesiones y secuelas padecidas no son debidas, como dice la reclamante, a un retraso en el diagnóstico por la incorrecta valoración de sus síntomas y por no haber hecho las pruebas indispensables para un diagnóstico cierto y preciso. En todas y cada una de las ocasiones en que (la reclamante) acudió a la medicina pública su sintomatología fue cabalmente valorada, sin que los hallazgos de la ecografía, única prueba de imagen indicada en este caso, sugirieran nunca malignidad, ni justificaran, por tanto, la realización de otros estudios. Las lesiones y secuelas actuales son debidas a la evolución natural de una neoplasia silente clínicamente y ecográficamente, que requirió finalmente un tratamiento cruento y agresivo para su completa erradicación”.

7. Mediante escritos de 23 de septiembre de 2010, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

8. Con fecha 7 de octubre de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica a la Gerencia del Hospital “X” que

dispone de un plazo de 10 días para efectuar alegaciones y proponer cuantos medios de prueba considere convenientes.

9. El día 15 de noviembre de 2010, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por cinco especialistas uno de ellos en Cirugía General y cuatro en Cirugía General y Digestivo. En él indican que "la paciente presentaba sensación de tumoración en MD desde 2003, fecha en la que tenía 27 años (...). Durante los 5 años siguientes le realizaron ecografías de repetición por sensación de tumoración en MD, que siempre fueron negativas (...). En febrero de 2008 se realiza una ecografía de ambas mamas y axila derecha que, pese a la sensación de zona nodular en MD, es negativa para nódulo sólido o quístico (...). En marzo de 2009 es diagnosticada de una neoplasia avanzada en MD con retracción del pezón (...). Existe un consenso internacional sobre la escasa rentabilidad de la mamografía en mujeres por debajo de los 35 años (...). Únicamente se recomienda la realización de mamografía por debajo de los 35 años en mujeres con familiares directos de cáncer de mama y con tumoración palpable (...). También estaría recomendada la realización de una mamografía por debajo de los 35 años ante la presencia de una masa sólida descubierta en la ecografía (...). De acuerdo con los protocolos de diagnóstico precoz del cáncer de mama, la realización de mamografías de screening se debe realizar a partir de los 40 años (...). De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir que todos los profesionales que trataron a la paciente lo hicieron de forma correcta y de acuerdo con los protocolos".

10. Mediante escrito notificado a la reclamante el día 22 de diciembre de 2010, se le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente. El día 3 de enero de 2011, un representante con poder al efecto, cuya copia se adjunta, se presenta en las dependencias administrativas y obtiene una copia

de aquel compuesto en ese momento por ciento veinticuatro (124) folios, según hace constar en la diligencia extendida al efecto.

11. Con fecha 14 de enero de 2011, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que se reafirma en los términos de su reclamación inicial. Expone que fue intervenida en el año 2009 de una neo de mama “después de manifestar quejas sobre la presencia de una tumoración en el nivel en el que posteriormente se encuentra la neoplasia desde el año 2003, y tras haber llevado a cabo diferentes y numerosas consultas con los servicios asistenciales de la sanidad pública, tanto en Atención Primaria como especializada”. Considera que “no cabe invocar las indicaciones de la mamografía” o de la “PAAF (...) en el ‘screening’ (o despistaje) del cáncer de mama, pues nada tiene que ver la situación de una paciente con síntomas con la de aquellas enfermas asintomáticas que pretenden detectar la aparición precoz de un cáncer de mama. En estas últimas no está indicada la mamografía a los 27 años, y menos aún la punción aspiración de una mama simplemente fibrosa, pero no es el caso que nos ocupa”, puesto que la reclamante “manifestó explícitamente la presencia de un bulto en la mama, que crece, que se aprecia con dificultad en la ecografía y que pese a mis repetidas quejas no se lleva a cabo (la) PAAF, que, por supuesto, sí hubiese detectado la naturaleza y magnitud de la lesión”. Sostiene que no pueden compararse “los protocolos de despistaje del cáncer de mama en mujeres jóvenes asintomáticas y el seguido en pacientes con una lesión que las lleva a la consulta del médico”.

12. El día 17 de enero de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios remite una copia de las alegaciones presentadas a la compañía aseguradora.

13. Con fecha 20 de enero de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido

desestimatorio. En ella afirma que “los diferentes informes facultativos obrantes en el expediente concluyen que en el presente caso la actuación de los profesionales que intervinieron en la asistencia (...) fue correcta y adecuada, al utilizar los medios diagnósticos y terapéuticos que la situación y las circunstancias personales de la paciente aconsejaban en cada momento, con arreglo a lo establecido en los protocolos y documentos de consenso existentes para el manejo de su concreta patología”.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 28 de febrero de 2011, registrado de entrada el día 3 de marzo del mismo año, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial 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 dispuesto 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 establecido 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 formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

En cuanto a la legitimación pasiva del Principado de Asturias, reiterando la doctrina formulada en anteriores dictámenes, consideramos que el Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario, que en el presente caso ha sido prestado, en virtud de concierto, por un centro asistencial con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de usuarios del Sistema Nacional de Salud; siempre sin perjuicio de la repetición de los costes a que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento legal que corresponda. En este supuesto cabe deducir que la atención prestada a la reclamante en el centro hospitalario privado lo ha sido en tanto que beneficiaria del sistema sanitario público, y que los servicios prestados se encuentran incluidos en el convenio singular aludido. Por ello, a la vista del escrito presentado por la perjudicada, resulta correcta la tramitación del oportuno procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, 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 supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 2 de agosto de 2010, habiendo tenido lugar la intervención quirúrgica de la que trae causa el día 8 de abril de 2009, lo que podría comportar la prescripción de la acción emprendida. No obstante, con posterioridad a la cirugía, siguió tratamiento de quimioterapia, radioterapia y hormonal hasta el 5 de noviembre de 2009, fecha en que recibe el alta médica y que hemos de

considerar como el *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en 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 (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. 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.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone 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, establece 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”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 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. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

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.- La reclamante alega haber sufrido una “mastectomía radical” debido al anormal funcionamiento de la Administración sanitaria, al entender que una “premura en la actuación” médica hubiese evitado “con toda probabilidad” la citada intervención quirúrgica y hubiese “supuesto un grado inferior en la clasificación del tumor”, y por tanto “menor necesidad de tratamientos complementarios”.

A la vista de la documentación incorporada al expediente, no existe duda respecto al hecho dañoso por el que se reclama -la mastectomía radical y el tratamiento de quimioterapia al que fue sometida-, ni sobre el cuadro ansioso-depresivo que padece, por lo que debemos considerar acreditada la realidad de unos daños, cuya evaluación económica realizaremos si concurren los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, 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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

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*. Entendemos por tal, de

acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado -aunque no siempre pueda garantizarse que este sea exacto- en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que la paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El criterio a seguir en este proceso es el de la diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

Finalmente, también hemos señalado que pesa sobre quien reclama la carga de la prueba de los hechos en los que funda su pretensión y sobre la relación causal entre estos y los daños que se alegan.

La reclamante imputa a la Administración que "no se alcanzó un diagnóstico correcto" pese a la "positividad en la exploración", y hace especial énfasis en el hecho de que en diciembre de 2007 su médico de Atención Primaria etiqueta, "acertadamente, como adenopatía" el "bultoma en axila

derecha". Al respecto, hemos de indicar que, a tenor de la documentación que la propia interesada adjunta a su escrito de reclamación, desde el año 2003 hasta el 2008, debido a la existencia de un nódulo en axila y mama derecha, le realizaron diversas ecografías, siendo informadas, en contra de lo que sostiene la reclamante, en sentido negativo, concretamente se refleja que "no se observan lesiones nodulares, sólidas ni quísticas, que sugieran patología", en abril de 2003; "no objetivamos nódulos sólidos, quísticos ni otras alteraciones de interés", en noviembre de 2005; no se aprecian "formaciones nodulares sólidas o quísticas", en febrero de 2007; no se advierten "lesiones nodulares sólidas o quísticas ni otros hallazgos significativos", en junio de 2007 y "no se visualizan nódulos de naturaleza sólida o quística u otro tipo de patología", en febrero de 2008.

Es cierto que en el informe de su médico de Atención Primaria correspondiente al día 14 de diciembre de 2007 se indica "bulto en axila derecha, a veces sensible a la palpación, adenopatía rodadera", por lo que se solicita interconsulta al Servicio de Cirugía del Hospital "X". Sin embargo, en el informe de la ecografía realizada en dicho centro hospitalario el día 26 de febrero de 2008 consta que "tampoco hay adenopatías axilares dchas.", por lo que no resulta acreditada la existencia de las mismas hasta el año 2009.

Por otro lado, la reclamante también imputa a la Administración un retraso en la realización de pruebas -mamografía y PAAF- que, según "el protocolo habitual" -que no concreta-, se deberían haber realizado para lograr un "diagnóstico correcto". En relación con ello, hemos de señalar que no se detalla, ni en el escrito de reclamación ni en el informe médico aportado por la interesada, lo ocurrido entre febrero de 2008 y el ingreso hospitalario en abril 2009, aunque consta acreditado que se producen una serie de cambios en la evolución de la enfermedad, con la aparición de nuevos síntomas -"aumento tamaño bulto mama derecha con retracción pezón"-, que desencadenan una serie de actuaciones médicas. Así se indica en el informe de Atención Primaria correspondiente al día 27 de febrero de 2009, donde se refleja, tras detallar los nuevos síntomas, que la paciente es remitida al Hospital "X", y, aunque "la

exploración seguía siendo sugestiva de mastopatía fibroquística”, en la nueva ecografía “se aprecian zonas hipocogénicas junto a las hiperecogénicas adoptando una morfología nodular por lo cual se realizó (una) PAAF”, que fue informada “como atípica sospechosa de malignidad”. Ante “este hallazgo se realizó una mamografía, apreciando un área de distorsión del parénquima muy irregular y denso, con engrosamiento de la piel” y, posteriormente, se llevó a cabo una “BAG que fue informada como carcinoma ductal infiltrante”.

A lo expuesto hemos de añadir que todos los informes médicos que obran en el expediente son unánimes en considerar que se aplicaron en cada momento las técnicas adecuadas a la situación clínica que presentaba la paciente. En primer lugar, el informe del Servicio de Cirugía General del Hospital “X” señala que inicialmente, por la edad de la paciente -27 años- y las características de la mama, no había “indicación de mamografía”; posteriormente -5 años más tarde-, y puesto que la exploración es “similar y sin que en la ecografía se aprecien nódulos”, la realización “de PAAF está fuera de lugar”, dado que “no hay ninguna lesión apta para pinchar y hacerlo en una mama fibronodular no da ningún resultado”. Finalmente, aclara que en la “Guía de recomendaciones clínicas de esta Autonomía, en mujeres menores de 35 años la exploración a realizar es una ecografía y eventualmente una mamografía si existen hallazgos en la anterior prueba”.

En el mismo sentido se pronuncia el informe técnico de evaluación al detallar que la “práctica de una ecografía como única técnica de diagnóstico por imagen” estaba justificada por “la edad de la paciente”, por “la clínica que presentaba y por sus circunstancias personales”, y así lo avalan la “Guía para el diagnóstico y el tratamiento del cáncer de mama en el Principado de Asturias” y “el documento de consenso titulado ‘Cómo hacer un uso correcto de los servicios de radiodiagnóstico’”, editados por el Servicio de Salud. Por ello, “dado que en todas y cada una de las ecografías efectuadas no había hallazgos patológicos (...), por la edad de la reclamante la mamografía no estaba indicada”. Sin embargo, “en marzo de 2009” la paciente “presentaba ya una clínica sospechosa de neoplasia mamaria, con hallazgos patológicos en la

ecografía”, y ello “justificaría la secuencia diagnóstica llevada a efecto (PAAF, mamografía, BAG y resonancia magnética)”.

Finalmente, el informe emitido por cinco especialistas a instancia de la aseguradora, tras indicar que “no hay constancia de que hubiera familiares directos que hubieran padecido un carcinoma de mama”, señala que durante cinco años se le “realizaron ecografías de repetición”, que en febrero de 2008 se le efectúa una “ecografía (...) negativa para nódulo sólido o quístico” y que “existe un consenso internacional sobre la escasa rentabilidad de la mamografía en mujeres por debajo de los 35 años”, de manera que únicamente se recomienda la mamografía “por debajo de los 35 años en mujeres con familiares directos de cáncer de mama y con tumoración palpable” y también “ante la presencia de una masa sólida descubierta en la ecografía”.

A ello hay que añadir que, una vez realizado el diagnóstico, se intervino quirúrgicamente a la paciente y se le dispensaron los tratamientos acordes con la dolencia detectada y su estadio de desarrollo, a lo que la interesada no formula reproches.

En consecuencia, no podemos apreciar retraso o conducta negligente en la asistencia prestada, dado que se analizaron y se trataron en cada momento los síntomas que la paciente presentaba. No se ha acreditado una incorrecta valoración de estos síntomas, ni la ausencia de las pruebas indispensables que, conforme a la *lex artis*, debían practicarse en atención a aquellos, puesto que los hallazgos de las ecografías no sugirieron “nunca malignidad, ni justificaron por tanto la realización de otros estudios”. No cabe aceptar, como pretende la interesada sin prueba alguna que la avale, la concurrencia de una infracción de la *lex artis* y una negligencia médica por no habersele practicado unas pruebas diagnósticas -mamografía, PAAF y BAG-, pues consta acreditado que la paciente tuvo a su disposición los medios materiales y humanos necesarios para su asistencia médica, adoptando el personal sanitario medidas de control periódico y de vigilancia acordes con la sintomatología presentada en cada momento, razón por la cual consideramos que la actuación de los distintos profesionales intervinientes de la sanidad pública se ajustó a la *lex artis ad hoc*.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.