

Expediente Núm. 242/2011  
Dictamen Núm. 88/2012

**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 21 de marzo de 2012, 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 30 de agosto 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 3 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 al resultar, a su juicio, víctima de un error médico consistente en una operación de mastectomía derecha, llevada a cabo en un hospital de la red pública sanitaria “como consecuencia del negligente diagnóstico (...) de carcinoma intraductal de alto grado, tipo sólido y macropapilar de distribución ileocecal, con extensión periférica con

calcificación”, lo que supuso “la extracción íntegra de la mama derecha cuando, en realidad, no existían zonas tumorales”, generándole “unas secuelas que deberá padecer, muy probablemente, durante el resto de su vida”.

Expone que “hasta el momento de la intervención” de la que deriva esta reclamación “únicamente presentaba microcalcificaciones en ambas mamas que no suponían más que motivo de consulta muy ocasional a su médico” y que en una de esas revisiones de carácter rutinario, el día 24 de septiembre de 2007, tras una mamografía realizada días antes, el facultativo detecta que “las microcalcificaciones de la zona retroareolar de la mama derecha resultan sospechosas y recomienda en su informe una valoración de carácter urgente por el Servicio de Cirugía”. Ante esta recomendación la remiten a la Unidad de Mama del Hospital “X”, donde el 5 de noviembre de 2007 le realizan una BAV (biopsia con aspiración de vacío) de las “microcalcificaciones sospechosas localizadas en la región retroareolar de la mama derecha”, extrayéndosele ocho cilindros para su análisis, que arroja un resultado anatomopatológico de “carcinoma intraductal de alto grado”. Los facultativos que la atienden solicitan pruebas radiológicas y la paciente presta su consentimiento “para la realización de una BAV, esta vez en la mama izquierda”. De esta biopsia resulta un diagnóstico anatomopatológico de “fibrosis, ectasia ductal y adenosis con microcalcificaciones”, según informe suscrito por la doctora solicitante el 10 de diciembre de 2007 y en el que, “adicionalmente, consta escrito a bolígrafo `12-12-07 programar ya!!!´”.

El día 18 de diciembre de 2007 se le realiza “mastectomía simple, es decir, la extracción total del seno derecho”. En el informe anatomopatológico de la pieza extraída, de 2 de enero de 2008, en el que la reclamante advierte que figura como pieza remitida “mama izquierda” y “mastectomía izquierda” y que en ambos casos figura “tachado y escrito debajo a bolígrafo dcha.”, se consigna “sin tumor residual, zonas de adenosis. Áreas de mastopatía fibroquística”; resultado que considera “inexplicable”, dado que por el mismo profesional se diagnosticó tras la BAV de 5 de noviembre de 2007, “carcinoma intraductal de alto grado, con extensión periférica con calcificación”, y que al no coincidir con

el inicial no habría hecho necesaria "una mastectomía con extracción total de la mama derecha". Asimismo, señala que no recibió "ningún tipo de tratamiento posterior, como, por ejemplo, radioterapia, algo habitual después de haber padecido un cáncer como el que supuestamente" sufrió, y que, además, en el informe definitivo emitido tres meses después de la intervención curiosamente se haga mención expresa a la BAV de la mama derecha con el resultado de carcinoma intraductal y "a renglón seguido, de Anatomía Patológica y extraída la mama, se concluya diciendo `sin tumor residual´".

Refiere que en el mes de mayo de 2008 comienza el proceso de reconstrucción de la mama derecha en el Hospital "Y", que continúa en el mes de noviembre de ese año en el mismo centro y posteriormente -en junio de 2009 y en febrero de 2010- en el Hospital "Z", de Madrid, estando pendiente aún de una nueva intervención para reconstrucción de la mama.

Reseña también que en el mes de junio de 2009, "tras una visita a la Asociación Española contra el Cáncer", donde le realizaron una mamografía de la mama izquierda, "se evidencian una serie de calcificaciones pleomórficas heterogéneas, agrupadas y características, sospechosas de que fuesen de carácter maligno", por lo que acude al centro hospitalario que la atiende, donde le diagnostican "carcinoma infiltrante en la mama izquierda", siendo intervenida de forma inmediata el 20 de octubre de 2009.

Entiende que, "debido a que esta vez sí que había un cáncer", del que se está "recuperando con radioterapia" después de haberle sido "extirpada la mama izquierda", no se puede "obviar el que en los informes de diagnóstico anatomopatológico previos a la operación de extirpación de la mama derecha, concretamente el de fecha 12 de noviembre de 2007, no se sabía (o al menos no especifica en su informe) por el (...) anatomopatólogo si los cilindros fragmentados para analizar pertenecían a la mama derecha o a la izquierda, y en los informes posteriores aparece `mama izquierda´ y tachado a bolígrafo, encima de lo anterior (...), a modo de rectificación `derecha´".

Señala que a los daños de carácter físico descritos deben añadirse "los daños morales que tal situación le está ocasionando, ya que como colofón a un

periodo de más de un año y medio de consultas médicas, intentando asumir el error médico que condujo a la extirpación de la mama derecha cuando allí no había rastro alguno de células cancerígenas, su salud mental se ha resentido de tal manera que se ha visto obligada a visitar a una psiquiatra, "cuyo juicio diagnóstico es que padece un trastorno adaptativo con síntomas mixtos ansioso-depresivos, así como una personalidad con rasgo anancástico"; síntomas que han ido en aumento al tener que pasar nuevamente por la misma experiencia, "aunque esta vez el cáncer existía, y por ello, en la actualidad, recibe quimioterapia, una evidencia más de que en la ocasión anterior no existía rastro de enfermedad, porque no hubo de someterse a tratamiento alguno después de la extirpación". A lo expuesto debe unírsele "el perjuicio estético de consideración" causado, "recordando además que se trata de una parte del cuerpo de la mujer de especial sensibilidad, y que en el momento de producirse contaba con 58 años", lo que "también debe tenerse muy en cuenta a la hora de cuantificar los daños morales".

Explica que "en orden a demostrar la negligencia cometida" acudió a una especialista en "Valoración Médica del Daño Corporal e Incapacidades Laborales, a fin de que (...) elaborase un informe médico que determinase las causas de sus lesiones". En dicho informe, de fecha 22 de diciembre de 2009, se concluye que las lesiones que presenta la reclamante "son consecuencia de un inadecuado diagnóstico e intervención".

En cuanto a la "valoración de la indemnización", señala que "la cantidad que resulta procedente" en el presente caso asciende a un total de treinta y cinco mil novecientos catorce euros con siete céntimos (35.914,07 €), cuyo desglose se corresponde con los siguientes conceptos e importes: lesiones permanentes (18 puntos), 1.033,72 €; perjuicio estético (6 puntos), 680,55 €; incapacidad temporal, consistente en 18 días hospitalarios, 130 días improductivos y 696 días no improductivos, 34.199,80 €. Puntualiza que al total reclamado "es necesario añadir el importe de 300 €, correspondiente al coste del informe médico" pericial, y "los intereses de demora".

Adjunta copia de los siguientes documentos: a) Informes de distintas clínicas privadas en relación con estudios mamarios realizados en los años 2005, 2006 y 2007. En ecografía informada el 20 de septiembre de 2007 se especifica "hallazgos BI-RADS-IV, con microcalcificaciones difusas bilaterales, más llamativas en la M. D., fundamentalmente la agrupación retroareolar./ Se aconseja biopsia diagnóstica de dicha mama y en función de los resultados valorar la biopsia de la M. I./ No visualizamos adenomegalias patológicas". b) Escrito de un ginecólogo privado, de fecha 24 de septiembre de 2007, en el que recomienda "valoración urgente en Cirugía, consulta de Patología Mamaria", de la paciente ante el diagnóstico de "microcalcificaciones sospechosas en zona retroareolar" de mama derecha. c) Solicitud realizada el 16 de octubre de 2007 por la Unidad de Mama del Hospital "X" de "mamografía y/o ecografía, con PAAF si procede". d) Hoja de consentimiento informado para "intervencionismo mamario (BAG)", suscrito por la interesada el 5 de noviembre de 2007. e) Informe anatomopatológico, de 12 de noviembre de 2007, sobre "cilindros fragmentados de mama (sin especificar si derecha o izquierda", que arroja un diagnóstico de "carcinoma intraductal de alto grado, tipo sólido y micropapilar de distribución unifocal con extensión periférica, con calcificación y un infiltrado linfocitario peritumoral", e informe radiológico, de 14 de noviembre de 2007, en el que se consigna que "se realiza biopsia de microcalcificaciones sospechosas localizadas en la región retroareolar de la mama dcha., extrayéndose 8 cilindros que se envían al S.º de Anatomía Patológica para su análisis", del que resulta el diagnóstico descrito. f) Hoja de consentimiento informado para punción-biopsia de mama con aguja gruesa, firmado por la interesada el 26 de noviembre de 2007. g) Petición de estudio anatomopatológico, realizada por dos facultativos distintos. En una de ellas se indica "biopsia de mama" -sin que conste fecha- y en la otra "biopsia de mama I", de fecha 26 de noviembre de 2007, y en la que constan como datos clínicos: "M. Izq.: PB, pero con Dx en M. Dcha. de CIS alto grado./ Dx de M. Izq. previo a mastectomía" derecha. h) Informe anatomopatológico de "biopsia por BAV de microcalcificaciones en mama izquierda", de fecha 30 de noviembre de 2007, e informe radiológico, de 10 de

diciembre de 2007, en el que se detalla que “se realiza biopsia aspirativa por vacío (...) de grupo de microcalcificaciones localizadas en la región retroareolar de la mama izq.”, que el Servicio de Anatomía Patológica informa como “fibrosis, ectasia ductal y adenosis con microcalcificaciones”. i) Informe provisional del Servicio de Cirugía General del Hospital “X”, de 20 de diciembre de 2007, relativo a la intervención de “mastectomía simple” practicada el día 18 del mismo mes. j) Informe anatomopatológico, de fecha 2 de enero de 2008, en el que figura como pieza remitida “mama dcha., mujer”, una vez tachada la palabra “izquierda”, que aparece igualmente tachada y sustituida en la descripción del diagnóstico sobre “pieza de mastectomía dcha.” k) Informe del Servicio de Cirugía, de 26 de febrero de 2008, relativo al ingreso hospitalario de la paciente entre los días 17 y 20 de diciembre de 2007 ante un diagnóstico de “Ca. mama dcha.”; durante el mismo se le realiza “mastectomía dcha.”, indicando el informe de Anatomía Patológica “sin tumor residual. Zonas de adenosis. Áreas de mastopatía fibroquística”. l) Diversos informes del Servicio de Cirugía Plástica del Hospital “Y” en relación con las intervenciones de reconstrucción de la mama derecha, consistentes en colocación de expansor el 20 de mayo de 2008 y retirada de expansor y sustitución de prótesis el 11 de noviembre de 2008. m) Documentación relativa a la continuación del proceso de reconstrucción mamaria derecha en un hospital de otra Comunidad Autónoma tras cambio de domicilio, en la que consta intervención para “reconstrucción de pezón mediante colgajo tipo star flap” el 18 de junio de 2009. n) Informe de un centro de Salud Mental, de fecha 6 de julio de 2009, que recoge como impresión diagnóstica “trastorno adaptativo con síntomas mixtos ansioso-depresivos./ Rasgos anancásticos de personalidad”. ñ) Informe de alta del Servicio de Cirugía Plástica de su hospital de referencia, de fecha 23 de octubre de 2009, en el que se refleja como antecedente “Ca. de mama izquierda” y constan los procedimientos de “ganglio centinela./ Mastectomía radical izq./ Reconstrucción con dorsal ancho”. o) Informe anatomopatológico de pieza de mastectomía simple de 9 de noviembre de 2009, que arroja el diagnóstico de “carcinoma ductal infiltrante”. p) Justificante del ingreso

hospitalario de la reclamante entre los días 7 y 12 de febrero de 2010, durante el que fue sometida a una intervención quirúrgica que no se especifica. q) Informe de alta del Servicio de Cirugía Plástica, de 12 de febrero de 2010, que registra como procedimiento "reconstrucción mamaria". r) Informe de 14 de febrero de 2010, emitido por una especialista en Valoración Médica del Daño Corporal e Incapacidades Laborales. s) Diez fotografías. t) Minuta de honorarios profesionales en concepto de pericial médica, por importe de 300 €, de fecha 22 de diciembre de 2009.

**2.** Con fecha 6 de agosto de 2010, el Gerente del Hospital "X" remite al Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias el parte de reclamación al seguro de responsabilidad sanitaria, el justificante de remisión a la compañía aseguradora de una copia de la reclamación formulada, la historia clínica de la paciente obrante en dicho hospital relativa a los hechos objeto de reclamación y la petición de un informe al responsable del Servicio de Cirugía General sobre lo acaecido.

La historia clínica se compone, entre otros, por los siguientes documentos: a) Hoja de protocolo para patología de mama, que se inicia el 16 de octubre de 2007, indicando que la paciente fue remitida a la Unidad de Mama para control por el médico de su centro de salud, a instancias de un ginecólogo privado. Se anota como impresión diagnóstica "microcalcificaciones retroareolares ambos senos. Más llamativas en mama derecha". Como exploraciones complementarias constan mamografía y ecografía, de las que resultan "microcalcificaciones bilaterales./ Sospechosas las de mama dcha."; BAV dcha., con resultado de "carcinoma intraductal de alto grado", y BAV de mama izquierda que refleja "fibrosis, ectasia ductal y adenosis" con microcalcificaciones. Como plan de tratamiento, en la sesión de 14 de noviembre de 2007 se decide "mastectomía d. + BAV izq.". Recoge asimismo la intervención de "mastectomía dere.", que se realiza el 18 de diciembre de 2007, siendo el resultado de Anatomía Patológica "sin tumor residual./ Zonas de adenosis y MFQ". Se cierra con la sesión de Oncología de 2 de enero de 2008,

en la que se indica "control". b) Hojas de consentimiento informado para "biopsia de mama con anclaje" y para "ganglio centinela en neoplasia de mama", rubricadas por la interesada el 16 de octubre de 2007. c) Hojas de consentimiento para anestesia general y para anestesia loco-regional, firmadas por la paciente el 29 de octubre de 2007. d) Informe anatomopatológico, de 12 de noviembre de 2007, correspondiente a la biopsia, realizada el día 5 del mismo mes, de "cilindros fragmentados de mama (sin especificar si derecha o izquierda)". De este informe constan dos copias, en una de ellas, tras la descripción de la pieza remitida ("mama, NE"), aparece una anotación manuscrita que indica "mastec. sin tumor residual./ Control por CIR". Recoge el diagnóstico de "carcinoma intraductal de alto grado, tipo sólido y micropapilar de distribución ileocecal, con extensión periférica con calcificación y un infiltrado linfocitario peritumoral". En la otra no consta la anotación anterior, figurando en el diagnóstico tachada la palabra "ileocecal", que se sustituye a bolígrafo por "unifocal". e) Informe radiológico de la biopsia, de fecha 14 de noviembre de 2007, en el que se consigna que "se realiza biopsia de microcalcificaciones sospechosas localizadas en la región retroareolar de la mama dcha.". f) Hoja de consentimiento informado para "mastectomía radical", firmado por la perjudicada el 16 de noviembre de 2007. g) Informe anatomopatológico de biopsias por BAV (corregido a bolígrafo sobre 'BAG') de microcalcificaciones en mama izquierda", de fecha 30 de noviembre de 2007. h) Informe radiológico de la biopsia, de fecha 10 de diciembre de 2007, en el que se indica que "el día 26 de noviembre de 2007 se realiza biopsia aspirativa por vacío (...) de grupo de microcalcificaciones localizadas en la región retroareolar de la mama izq., enviándose el material obtenido al Servicio de Anatomía Patológica, que informa como fibrosis, ectasia ductal y adenosis con microcalcificaciones". Consta, además, un recuadro con la siguiente anotación manuscrita "12-12-07./ Programar ya!!!". i) Hoja de protocolo quirúrgico, comprensiva de la intervención de "mastectomía simple de mama dcha." practicada el 18 de diciembre de 2007. j) Informe provisional de alta hospitalaria, de fecha 20 de diciembre de 2007. k) Informe anatomopatológico



solicitado por el Servicio de Cirugía General el 18 de diciembre de 2007 e informado el día 2 de enero del año siguiente. La descripción macroscópica de la pieza remitida detalla que "se recibe una pieza de mastectomía derecha que pesa 449 g y mide 14 x 6 x 3 cm; se dan cortes seriados y está constituida por tejido mayoritariamente adiposo entremezclado con zonas blanquecinas, no se ven claramente zonas tumorales. Se incluyen múltiples fragmentos representativos de las zonas blanquecinas en 10 bloques". El diagnóstico resultante es "sin tumor residual. Zonas de adenosis. Áreas de mastopatía fibroquística". Existen dos copias de este informe, en una de ellas se tacha la palabra "izquierda" y se corrige de forma manuscrita por "dcha." las dos veces que aparece para indicar la pieza analizada. l) Informe del Servicio de Cirugía, emitido el 26 de febrero de 2008, en el que se resumen los antecedentes ginecológicos, las pruebas practicadas con anterioridad a la intervención de mastectomía derecha y el resultado de Anatomía Patológica tras la misma, decidiéndose "seguimiento por Cirugía".

**3.** El día 18 de agosto de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica al domicilio de un despacho de abogados -señalado por la reclamante a efectos de notificaciones- 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 esa misma fecha, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada para elaborar el informe técnico de evaluación solicita a la Gerencia de Atención Especializada del Área Sanitaria V y a la Gerencia del Hospital "Y" una "copia de la historia clínica relativa específicamente al proceso de referencia, así como un informe de los Servicios que valoraron e intervinieron a la demandante sobre el concreto contenido de la reclamación presentada".

**5.** Mediante oficio de 26 de agosto de 2010, el Director-Gerente del Hospital "Y" remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica de la paciente y el informe emitido por el Servicio de Cirugía Plástica y Reparadora el día 25 del mismo mes. En él se refieren las intervenciones llevadas a cabo los días 20 de mayo y 11 de noviembre de 2008 a fin de reconstruir la mama derecha y se indica que la paciente fue vista por última vez en esa consulta el día 3 de diciembre de 2008, "comentando que cambiaba de residencia", por lo que no se la volvió a citar para posteriores revisiones.

**6.** El día 1 de octubre de 2010, el Gerente del Hospital "X" remite al Servicio instructor el informe emitido por el Jefe del Servicio de Cirugía General.

**7.** Mediante escrito de 29 de octubre de 2010, reiterado el 30 de noviembre siguiente, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias solicita a la Gerencia de Atención Especializada del Área Sanitaria V que por el Servicio de Anatomía Patológica se remita información complementaria "respecto a las biopsias realizadas a la perjudicada en ambas mamas, si las mismas eran BAG o BAV. Se revisen las muestras de las BAG o BAV realizadas a la paciente, así como las (...) de la pieza de mastectomía y se emita informe respecto a las mismas".

El día 1 de diciembre de 2010, el Gerente del Hospital "X" remite al Servicio instructor el informe suscrito por el Jefe del Servicio de Anatomía Patológica el día 30 de noviembre de 2010. En él señala que en sus archivos constan tres biopsias realizadas a la paciente, "la primera de ellas en orden cronológico es la biopsia 07B10165, que por la descripción (no está especificado en el macro) corresponde a material obtenido por técnica de tipo BAV (biopsia aspiración-vacío). En esta biopsia no se recoge en el informe la localización de la lesión por no venir especificado desde el Servicio peticionario (Radiodiagnóstico). En este material se estableció el diagnóstico de carcinoma intraductal de alto grado, tipo sólido y micropapilar. Consta el estudio inmunohistoquímico de receptores hormonales, expresión de Her2-neu y análisis de proliferación establecidos en el protocolo (...). La segunda biopsia,

con número 07B10978 (según consta en el informe en el apartado de descripción macroscópica se refiere a mama izquierda). Son biopsias de tipo BAG (biopsia por aguja gruesa) en las que se obtienen en total 12 fragmentos tisulares. El estudio histológico llega al diagnóstico de benignidad (fibrosis, ectasia ductal y adenosis; todas ellas lesiones benignas) (...). El tercer informe, registrado como 07B11674, corresponde a una pieza de mastectomía simple. En la descripción macroscópica se describe como mama izquierda pero es un error de transcripción, ya que la mastectomía se realiza en el lado derecho. En ella se establece un diagnóstico de pieza de mastectomía sin tumor residual”.

Añade que, revisadas las tres biopsias comprueba que “tanto en la primera de ellas, en la que se encuentra un carcinoma intraductal de alto grado, como en la segunda, en la que se ven cambios de mastopatía fibroquística benigna, no existen discrepancias diagnósticas”. Sí “existe una discrepancia en cuanto a la descripción de la localización en uno de los informes anatomopatológicos (07B10165) que en ningún caso es origen de mala praxis ni ha inducido a error en (el) diagnóstico o a un tratamiento inadecuado. Se ha comprobado con los informes clínicos y radiológicos que la biopsia 07B10165 corresponde a mama derecha (dato que no estaba recogido en el informe), donde se hizo la BAV y se encontró el carcinoma ductal de alto grado, y en base a ello se indicó y realizó la mastectomía derecha”. Asimismo, “en la biopsia 07B10978 tanto la descripción de la pieza remitida como la macro y la microscopía no existe ningún error o confusión”. Se comprueba también en la revisión de la pieza de mastectomía derecha la “presencia, no detectada en el estudio original, de dos pequeños focos de carcinoma intraductal que están localizados en dos muestras obtenidas de distintas zonas de la pieza de mastectomía. Estos focos de carcinoma residual son estudiados y comprobados por otros dos compañeros del Servicio llegando a la misma conclusión. Estos focos residuales no alcanzan bordes de resección, por lo que no modificarían la actitud terapéutica. Por lo tanto, en la biopsia 10B11674 el diagnóstico correcto debería ser: pieza de mastectomía derecha con dos focos de carcinoma intraductal residual”.

Se adjuntan copias de los informes anatomopatológicos a los que se hace mención.

El día 13 de enero de 2011, el Gerente del Hospital "X" remite nuevamente a la Inspectora de Prestaciones Sanitarias una copia del informe anterior.

**8.** Con fecha 14 de enero de 2011, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él concluye, por lo que razona, que "ha podido comprobarse que no existió error diagnóstico y que la terapia aplicada fue apropiada a la patología de la paciente".

Asimismo, señala que puede existir prescripción, dado que la reclamación se presenta el 3 de agosto de 2010 y la mastectomía derecha se realizó el 18 de diciembre de 2007, habiendo tenido lugar "la última intervención relacionada con la reconstrucción de esa mama (...) el 18-06-2009", sin que se especifique la mama que fue intervenida el 12 de febrero de 2010.

**9.** Mediante escritos de 25 de enero de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios 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.

**10.** El día 2 de marzo de 2011, emite informe una asesoría privada a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por tres especialistas en Obstetricia y Ginecología. En él, tras efectuar las pertinentes consideraciones médicas, se concluye que "el tratamiento propuesto de mastectomía es totalmente correcto (...). Es perfectamente posible que la biopsia con aguja por vacío pueda extirpar la totalidad de la lesión, sin que exista tumor residual en la pieza de mastectomía posterior. Aun así, en este caso, consta un informe del Jefe del Servicio de Anatomía Patológica (...) en el que se indica que se revisó la pieza

(mama) y posteriormente se diagnosticaron dos focos microscópicos de tumor residual. No existe, por lo tanto, error en el diagnóstico (...). El diagnóstico posterior de un carcinoma ductal infiltrante en la rama contralateral (izquierda) no se debe relacionar con el previo de la derecha y sí con el riesgo posible de toda mujer a padecer un carcinoma de mama (...). La actuación de los facultativos intervinientes fue correcta en todo momento y ajustada a la *lex artis ad hoc*, sin que exista negligencia alguna en los hechos analizados”.

**11.** Mediante escrito notificado a la reclamante el día 26 de abril de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente. El día 11 de mayo de 2011, un representante con poder al efecto, cuya copia se adjunta, solicita una copia de aquel, petición que se reitera el día 12 del mismo mes, y teniendo en cuenta que “el plazo para formular alegaciones vence el próximo día 13 de abril (*sic*) de 2011” solicita “formalmente la ampliación del plazo de 15 días conferido”.

Con fecha 23 de mayo de 2011 se remite a la reclamante una copia del expediente y se le concede un nuevo trámite de audiencia.

**12.** El día 7 de junio 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 y manifiesta su “desconcierto” por las afirmaciones recogidas en los informes incorporados al expediente. Entiende que si “una biopsia supuestamente eliminó el cáncer” carece de sentido que surja “con posterioridad un segundo foco de carcinoma que con las biopsias anteriores no se había apreciado, ni siquiera en la biopsia que se hizo de la mama ya extraída, donde no había resto alguno de carcinoma”, cuestionando “el momento temporal” en que se realiza la comprobación referida en el informe del Jefe del Servicio de Anatomía Patológica. Además, señala que la existencia de “dos carcinomas”, que conoce en ese momento,

debería "haber requerido también de un tratamiento posterior a la extracción, como quimioterapia o radioterapia".

**13.** El día 8 de junio de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios remite una copia de las alegaciones presentadas a la compañía aseguradora.

**14.** Con fecha 2 de agosto de 2011, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada para elaborar el informe técnico de evaluación, vistas las alegaciones formuladas por la interesada, requiere al Hospital "X" que facilite información sobre el "tiempo durante el que este hospital conserva las muestras de Anatomía Patológica (biopsias) en procesos tumorales de mama".

En respuesta a esta petición, el 3 de agosto de 2011, el Gerente del Hospital "X" señala que "todos los bloques de parafina son conservados en el Servicio de Anatomía Patológica de este hospital con carácter permanente", al "objeto de propiciar la realización de estudios posteriores en aquellos procesos en los que sean necesarios".

**15.** Con fecha 8 de agosto de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella afirma que "lo expuesto en los informes incorporados al expediente contradice lo manifestado por la paciente en su reclamación, pues queda acreditado que el diagnóstico de carcinoma intraductal de alto grado de mama derecha era correcto y, en consecuencia, puede afirmarse que la atención dispensada" a la misma por los facultativos "ha sido correcta y conforme a la lex artis". Además, responde de forma puntual a las alegaciones concretas formuladas por la interesada y considera que puede existir prescripción en los hechos por los que se reclama.

**16.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de agosto de 2011, registrado de entrada el día 2 del mes siguiente, 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 Sanidad, 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.

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

**TERCERA.-** 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.

No obstante, observamos que con posterioridad al trámite de audiencia se ha incorporado al expediente un escrito conteniendo información solicitada por la Inspectora a la vista de "las alegaciones" de la interesada. Pese a que aquella no tiene conocimiento formal del mismo, entendemos que este hecho no le genera indefensión, dado que se limita a la comunicación de un dato objetivo -el periodo de conservación de las piezas sometidas a biopsia-, sin que sea susceptible de alterar las conclusiones alcanzadas en el resto de informes emitidos.

Por último, 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.

**CUARTA.-** 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 concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) que la acción se ejercite en plazo; b) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; c) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y d) que no sea producto de fuerza mayor.

**QUINTA.-** 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 3 de agosto de 2010, lo que lleva a plantear, tanto en el informe técnico de evaluación como en la propuesta de resolución, la posible prescripción de la acción de responsabilidad, atendiendo a que no se conoce si la última operación de la que existe constancia -que tiene lugar en el mes de febrero de 2010- se practicó sobre la mama derecha (que fue objeto de mastectomía en el año 2007 en el marco del proceso asistencial por el que ahora se reclama) o para la reconstrucción de la izquierda, también extirpada en el año 2009.

Al respecto, si bien la reclamante señala en su escrito inicial que la reconstrucción del mes de febrero de 2010 era "adicional a la realizada en el Hospital" `Y´, y que se encontraba a la espera de "una cuarta reconstrucción de la misma mama", que sería la sexta en la "derecha", lo cierto es que la documentación obrante no acredita tal circunstancia, referida en todo caso a un proceso médico con finalidad reparadora distinto de aquel al que se imputa el daño. Por ello, y con independencia de que no se haya determinado qué lateral fue el afectado por la cirugía reconstructiva llevada a cabo en febrero de 2010 -pues nada aclara tampoco el informe pericial de 14 de febrero de 2010 aportado por la interesada-, entendemos que es otro elemento de juicio el relevante para la fijación del *dies a quo*. Así, centrada la imputación en la existencia del error de diagnóstico cometido al detectar un carcinoma que posteriormente se reveló como inexistente, y que motivó la realización de la mastectomía derecha, del examen de la historia clínica resulta que la reclamante tuvo pleno conocimiento del diagnóstico en el mes de febrero de 2008; momento en el que, con fecha 26 del mismo mes, el Servicio de Cirugía emite informe en el que se ordena "seguimiento por Cirugía" tras la intervención, haciendo constar los resultados de Anatomía Patológica ("sin

tumor residual”). Asimismo, de acuerdo con la documentación obrante en la historia clínica, las curas posteriores a la intervención tuvieron lugar los días 21 de diciembre de 2007 y 2 de enero de 2008, remitiéndose a la paciente el 18 de marzo de 2008 a un hospital concertado a fin de efectuar “valoración para reconstrucción mamaria”, por lo que ha de entenderse que en este momento ya se ha producido la completa sanación de la paciente tras la intervención por la que se reclama. Por tanto, presentada la reclamación con fecha 3 de agosto de 2010, hemos de considerar que fue formulada una vez transcurrido el plazo de un año legalmente determinado.

Por otra parte, y pese a que la reclamante precise en las alegaciones formuladas durante el trámite de audiencia que “las secuelas psicológicas perduran en el tiempo, por lo que de una manera u otra el plazo no ha prescrito”, la existencia de las mismas no resulta acreditada a la vista del informe de los Servicios de Salud Mental por ella aportado, el cual solamente contempla trastornos relacionados con otros episodios de salud, sin efectuar mención alguna al grave proceso vivido por la paciente como factor determinante de la patología descrita.

No obstante, incluso si se considerara acreditado que la intervención quirúrgica a la que alude la interesada -realizada en febrero de 2010- guarda relación con la resección quirúrgica objeto de esta reclamación de responsabilidad patrimonial, salvando así su posible extemporaneidad, nuestro dictamen habría de ser igualmente negativo.

En efecto, a la vista de la documentación obrante en el expediente, resulta acreditado que la reclamante fue intervenida el 18 de diciembre de 2007 para la realización de una mastectomía en su seno derecho, tras habersele diagnosticado un carcinoma. El diagnóstico anatomopatológico de la pieza extraída fue de ausencia de tumor residual y, posteriormente, la paciente sufrió un nuevo carcinoma, esta vez en su mama izquierda, que fue intervenida en el año 2009.

Ahora bien, la mera existencia de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica 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 el 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 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 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*.

En primer lugar, el informe pericial aportado por la reclamante afirma que "se produjo un error diagnóstico claro", pues, a la vista de la biopsia practicada tras la mastectomía, entiende que o bien ha de excluirse la existencia de un proceso tumoral o bien, "de existir (...), el tumor fue microscópico y, por tanto, en modo alguno subsidiario de una mastectomía total, sino de preservación del seno y tratamiento complementario (radioterapia)".

Tal y como consta en el expediente, durante la instrucción del procedimiento el Servicio de Anatomía Patológica revisó la pieza de mastectomía y comprobó "la presencia, no detectada en el estudio original, de dos pequeños focos de carcinoma intraductal". Ello lleva a la interesada a manifestar en sus alegaciones que este hecho reviste aún "mayor gravedad", pues "no es hasta este momento" -en referencia al trámite de audiencia- "cuando conoce que padecía dos carcinomas intraductales", que entiende debieron recibir un "tratamiento posterior a la extracción, como quimioterapia o radioterapia". Sin embargo, el informe técnico de evaluación concluye que existe identidad con el diagnóstico de noviembre de 2007 que motivó la extirpación, pues "sí existía un carcinoma intraductal de alto grado en mama derecha". Ambos facultativos consideran que la actitud terapéutica seguida

hubiera sido la misma, por cuanto “estos focos residuales no alcanzan bordes de resección”. En este sentido, el dictamen emitido por tres especialistas corrobora tanto la existencia del carcinoma como que “el tratamiento propuesto para el tipo de tumor diagnosticado en este caso (...) es totalmente correcto y ajustado a las guías oncológicas de actuación”; afirmación que debemos compartir, puesto que la hipótesis de tratamiento (radioterapia) planteada por el informe pericial privado responde al supuesto de existencia de un “tumor (...) microscópico” y se realiza antes de conocer el verdadero diagnóstico.

Por otra parte, no podemos dejar de mencionar la referencia efectuada por la interesada en su solicitud a la posible relación entre los “sucesivos errores” cometidos durante el proceso asistencial que tuvo lugar durante los meses de noviembre y diciembre del año 2007, en que se diagnosticó un carcinoma en su mama derecha, y el diagnóstico que afecta a la izquierda, efectuado en el año 2009, lo que expresa en sus alegaciones al manifestar que “el error ha podido ser, ni más ni menos (...), haber diagnosticado un cáncer que existía, que se encontraba en la mama izquierda y que, por una sucesión de fatales acontecimientos, se confundió con la mama derecha”. Se basa para ello en que no se puede “obviar el que en los informes de diagnóstico anatomopatológico previos a la operación de extirpación de la mama derecha, concretamente el de fecha 12 de noviembre de 2007, no se sabía (o al menos no especifica en su informe) por el propio anatomopatólogo actuante si los cilindros fragmentados para analizar pertenecían a la mama derecha o a la izquierda, y en los informes posteriores aparece mama izquierda y, tachado a bolígrafo, encima de lo anterior, consta a modo de rectificación derecha”.

Sin embargo, los informes técnicos incorporados al expediente por la Administración son claros al descartar que ambos procesos guarden relación, lo que debe admitirse sin perjuicio del reproche que merezca la falta de rigor al cumplimentar la documentación clínica que el mismo revela. Así, el emitido por el Servicio afectado reconoce que “existe una discrepancia en cuanto a la descripción de la localización en uno de los informes anatomopatológicos (07B10165) que en ningún caso es origen de mala praxis ni ha inducido a error

en (el) diagnóstico o a un tratamiento inadecuado”, pues, pese a que en aquel no se recoge la mama sobre la que se realiza la biopsia, puede confirmarse “con los informes clínicos y radiológicos” que correspondía a la derecha. Corroboran esta aseveración los tres especialistas al afirmar que “el informe radiológico en este sentido es concluyente” y que “no cabe posible error, ya que solo se hizo la biopsia de esa mama (derecha) en ese momento”. A su vez, consideran irrelevante el error en la “lateralidad de la mama completa” que figura en el informe histológico de la mama ya extirpada, dada la constancia, tanto en el protocolo quirúrgico como en otro párrafo del propio informe, de que era la derecha. Precisan que el posterior diagnóstico de un carcinoma en la mama contralateral “es una eventualidad posible”, pero que en todo caso, “dado el tipo histológico (carcinoma ductal infiltrante), se trataba de otro tumor distinto al previamente diagnosticado y tratado en la mama derecha”. El informe técnico de evaluación abunda en esta línea y estima que este segundo diagnóstico “no significa que la mastectomía derecha realizada en diciembre del 2007 fuese una terapia insuficiente”, coincidiendo ambos informes en que nos encontramos ante “dos procesos oncológicos distintos, en el primer caso se trata de un carcinoma intraductal de alto grado y en el segundo de un carcinoma ductal infiltrante moderadamente diferenciado”.

En resumen, no consideramos acreditado el error diagnóstico que se imputa a la Administración sanitaria, y por ende no cabe hablar de pérdida de oportunidad terapéutica ni de daños asociados a la misma, habiendo resultado probada durante la instrucción del procedimiento la certeza del diagnóstico con base en el cual se acordó el tratamiento dispensado a la paciente, siendo, en definitiva, correcta la actuación médica desplegada para atender la patología existente.

Todo ello ha de conducir a que se desestime la reclamación presentada por extemporánea y porque los daños alegados no guardan relación causal con el funcionamiento del servicio público sanitario.

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.