

Expediente Núm. 74/2016
Dictamen Núm. 129/2016

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
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 26 de mayo de 2016, con asistencia de los señores y la 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 febrero de 2016 -registrada de entrada el día 2 de marzo siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la asistencia recibida en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 4 de marzo de 2015, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del proceso asistencial que concluyó con una mastectomía y linfadenectomía axilar como consecuencia de un carcinoma.

Expone que "acudió al servicio de Urgencias del Hospital el día 13 de junio de 2010 con una tumoración dolorosa y caliente en la mama izquierda" y que fue derivada a la "consulta de Cirugía", precisando que "a raíz de dicha consulta se le practica mamografía y ecografía con resultado de mastopatía fibroquística de fecha 20 de agosto de 2010".

Señala que en "el año 2011 acude a otra revisión en la consulta de Cirugía, pidiendo el cirujano de nuevo mamografía y ecografía bilateral, con posibilidad de punción tumoración", y aclara que "el radiólogo no considera oportuno realizar la punción, contestando airadamente cuando se le comenta". Añade que "en junio de 2011 acudió de nuevo a saber el resultado de las pruebas realizadas, considerando el cirujano" que la atiende que tiene que realizar "una mamografía cada seis meses, pero la cita siguiente es en junio de 2012". Manifiesta que en esta consulta el doctor, tras realizar una mera exploración, no consideró necesario pedir ninguna prueba. No obstante, ante su insistencia, y tras advertirle que nota "retraído el pezón y la mama izquierda más hinchada, dura y dolorosa", el facultativo solicita otra mamografía "por el conducto normal para acallarme, pero sigue alegando que no lo ve necesario".

Refiere que "la mamografía se realiza el 28 de enero de 2013, practicando el radiólogo por su cuenta una ecografía con punción al ver una masa sospechosa", y que como resultado de esta exploración se le diagnosticó un "carcinoma ductal *in situ* con pequeño foco sugestivo de infiltración".

Dada su desconfianza en el doctor que la atendió solicita ser intervenida por otro facultativo, y pone de relieve que el resultado "de todo esto fue mastectomía total con disección axilar (y) limpieza de ganglios del pecho izquierdo el día 22 de marzo de 2013, siendo sometida posteriormente a tratamiento de quimioterapia. Como consecuencia de todo lo anterior, con fecha 27 de mayo de 2014" el Instituto Nacional de la Seguridad Social "le concedió una incapacidad total", y reseña también la existencia de "daños psicológicos".

Sobre el nexo causal con los daños que alega, afirma que existe un “funcionamiento anormal del servicio al no prestar la asistencia sanitaria requerida por la paciente, ya que los síntomas que presentaba (...) con anterioridad exigían que las pruebas realizadas en el hospital fuesen ejercidas con más celeridad para prevenir el resultado ocasionado, y también (que) se hubieran realizado otras pruebas complementarias que asegurasen el diagnóstico que establecían, pues la obligación de medios impone, en tiempo y técnicas (biopsia abierta o resonancia magnética, como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 17 de diciembre de 2010) extremarlos cuando las circunstancias lo exijan, y más ante casos como el presente, en que los medios utilizados son imperfectos y con un alto porcentaje de error, como fue la valoración realizada por el médico solo con tocar las mamas, y más cuando consta una retracción de pezón y síntomas de la paciente que, pese a que no siempre se corresponden con malignidad, debían haber hecho sospechar y alertado a los facultativos ante su dejadez en sus funciones y no llevar a cabo una prevención de tomar las medidas necesarias para que el resultado hubiera sido otro”.

Evalúa el daño sufrido en cien mil euros (100.000 €), “según se acredita en la documentación que acompaña a la presente solicitud”.

Adjunta a su escrito copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Informes del Servicio de Urgencia del Hospital de 13 y 21 de junio de 2010. b). Informe de mamografía diagnóstica bilateral 2 P de 20 de agosto de 2010. c) Informe de una ecografía de ambas mamas de 11 de mayo de 2011. d) Informe de mamografía diagnóstica bilateral 2 P de 28 de enero de 2013. e) Informe de mamografía unilateral 2 P izquierda de 7 de febrero de 2013. f) Informe de RM de ambas mamas con contraste y ecografía de mama izquierda de 22 de febrero de 2013. g) Informes del Servicio de Cirugía General y Digestivo del Hospital de 8 y 22 de marzo de 2013. h) Informe del Servicio de Hospitalización a Domicilio de 25 de abril de 2013. i) Informe de TC toraco-abdominal con contraste y ecografía de mama izquierda de 17 de abril de 2013.

j) Informes del Servicio de Oncología de 23 de abril y 16 de mayo de 2013. k) Informe del Servicio de Oncología en relación con una consulta efectuada el 20 de mayo de 2013. l) Informe del Servicio de Cardiología de 7 de marzo de 2014. m) Dictamen propuesta del Equipo de Valoración de Incapacidades de la Dirección Provincial de Asturias del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que se califica a la trabajadora como incapacitada permanente en grado total, de fecha 27 de mayo de 2014.

2. Mediante oficio de 12 de marzo de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario remite a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias una copia de la reclamación presentada.

3. Con fecha 17 de marzo de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. Mediante oficio de 27 de abril de 2015, el Director Económico y de Recursos Humanos de la Gerencia del Área Sanitaria III remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica de la paciente "relativa al proceso de referencia" y los informes elaborados por los Servicios de Cirugía y de Radiodiagnóstico.

El informe del Servicio de Cirugía, suscrito por el Jefe del Servicio y la Facultativa Especialista de Área el 15 de abril de 2015, relata la asistencia prestada a la perjudicada desde el día 28 de julio de 2007, precisando que en esa fecha acude a consulta por "miedo a padecer cáncer". Tras valorar las mamografías realizadas no se observó "patología maligna". Reseñan a continuación las consultas al Servicio de Urgencias de 13 de junio de 2010, en que es derivada "de forma preferente a la consulta externa de Cirugía", y de 21

de ese mismo mes, cuando es “valorada en consulta externa de Cirugía (y no en un ingreso de Urgencias como describe la paciente)” y tras realización de mamografía y ecografía solicitada de forma preferente “no se identifican microcalcificaciones ni distorsiones del parénquima que sugieran el desarrollo de patología maligna”, siendo “el diagnóstico radiológico (...) de mastopatía fibroquística y presencia de quistes mamarios”.

Señalan que posteriormente acude a “revisión en consulta externa de Cirugía el día 11-04-11” y se solicita “una nueva ecografía de control sugiriendo una punción ecográfica del quiste”, que se informa sin “otra patología aparente”, pero que “no hay constancia de la realización de la punción”. Acude a conocer el resultado del estudio “el día 6 de junio de 2011”, momento en el que se recomienda “revisión anual, y así se hace constar en la nota correspondiente del curso clínico (...), y no (...) cada 6 meses, al contrario de lo que refiere la paciente”. Manifiestan que la revisión “se realiza el día 4-6-12”, y que en ella se solicita “una mamografía bilateral con ecografía complementaria. Se realizan mamografías el día 30-1-13 en las que por primera vez se describen cambios radiológicos, apreciando extensas microcalcificaciones de tipo ductal a nivel de CSE de la mama izquierda (...) que no se visualizaban en mamografías previas realizadas el 20-08-2010”, citando a la paciente para nuevas pruebas diagnósticas “los días 7 y 14 de febrero de 2013 (...). Por tanto, en estos estudios radiológicos se detectaron hallazgos sospechosos de malignidad que no estaban presentes en los estudios previos” y que establecieron “la indicación de proseguir el resto de los estudios (BAG y resonancia)”.

El informe detalla los estudios y el diagnóstico posterior, así como la intervención quirúrgica realizada el día 3 de abril de 2013, que consistió en una “mastectomía ahorradora de piel, biopsia selectiva de ganglio centinela positivo para malignidad. Posteriormente la paciente recibió tratamiento quimioterápico, que comenzó el día 29-4-2013”.

Afirman que la paciente “no presenta ningún signo de sospecha de patología mamaria maligna hasta que se realizan los estudios mamográficos (en

el año 2005 y en el año 2010) en los que no se evidenciaban nódulos, ni asimetrías, ni microcalcificaciones sugestivas de malignidad. Además, los hallazgos ecográficos apoyaban el diagnóstico de mastopatía fibroquística y explicaban los hallazgos de la exploración física./ No apreciamos dejación de funciones ni mala praxis, por cuanto a partir de la sospecha de malignidad encontrada en las mamografías de enero de 2013 se realizan con celeridad los estudios específicos pertinentes (...), estableciéndose diagnóstico en el informe emitido el 14 de febrero de 2013, y se realiza el tratamiento quirúrgico el 3 de abril de 2013”.

El informe suscrito por el Jefe del Servicio de Radiodiagnóstico, de fecha 22 de abril de 2015, indica que “el tipo de tumor detectado en esta paciente (...), por razón de su naturaleza y especiales características, única y exclusivamente se detecta con mamografías”. Aclara que la paciente “estaba en seguimiento por una `mastitis previa´ (...) que en ningún caso tiene nada que ver con el cáncer posterior”. Señala que en la mamografía realizada en enero de 2013 se descubren “las microcalcificaciones”, y hace “notar que en ese momento la lesión tumoral era *in situ* (...), siendo por tanto un diagnóstico realizado en el momento oportuno. En ningún caso se hubiese diagnosticado sin las microcalcificaciones”.

Por último, sostiene que la actuación del Servicio “se mantuvo en todo momento de acuerdo con las recomendaciones del Programa Clave de Atención Interdisciplinar (...) elaborado por la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios”.

5. El día 11 de junio de 2015, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, tras detallar el proceso asistencial prestado a la paciente, señala que “los primeros antecedentes de la reclamante en el Servicio de Cirugía General” del Hospital “datan de 2005, cuando acudió a consulta por su temor a padecer cáncer de mama”, y precisa que los “estudios de imagen (mamografías)” no detectaron “lesiones sugerentes de patología maligna (...). En junio de 2010

(...) acudió al Servicio de Urgencias” y los “estudios radiológicos” confirmaron el diagnóstico de “mastopatía fibrosa (...) y excluyeron la presencia de patología maligna”.

Añade que “seis meses después (en abril de 2011) (...) se solicitó una ecografía de control, efectuada en mayo de 2011, informada de mastopatía fibroquística, con quistes de tamaño variable (el mayor de 4,5 cm y la mayoría entre 1 y 2 cm), sugiriendo la punción ecográfica del quiste, que no fue realizada al no existir, según el Servicio de Radiodiagnóstico, lesiones susceptibles de ser puncionadas. Los resultados de los estudios se comunicaron a la paciente en junio de 2011, con recomendación de revisión anual y no de controles mamográficos cada 6 meses, como erróneamente afirma esta”. Manifiesta que en “la fecha estipulada (junio 2012) la paciente fue revisada en consulta. Presentaba una exploración similar a la de ocasiones precedentes. Como único hallazgo destacaba una consistencia aumentada y dolorosa en la región periareolar de la mama izquierda, siendo el resto de la exploración normal. Se solicitaron estudios de imagen (mamografía y ecografía) a ritmo normal, que fueron efectuados a finales de enero de 2013 y mostraron extensas microcalcificaciones de tipo ductal a nivel del CSE de la mama izquierda”, estableciéndose el diagnóstico de tumor *in situ* del que fue intervenida quirúrgicamente el 4 de abril de 2013, presentando las “secuelas propias de la exéresis radical de la mama izquierda y de una linfadenectomía axilar del mismo lado”, por lo que la Dirección Provincial del Instituto Nacional de la Seguridad Social “le ha concedido una incapacidad permanente total para su profesión habitual”.

Sobre la base de tales hechos, el Inspector afirma que “la patología mamaria inicial que presentaba la reclamante de mastitis y mastopatía fibrosa no guarda relación con la neoplasia mamaria que más tarde (a comienzos del año 2013) le sería diagnosticada. Ni la exploración física, ni los estudios de imagen efectuados en ese periodo orientaban hacia una patología maligna, y de hecho en la mamografía efectuada en enero de 2013 las lesiones sospechosas

de malignidad aparecen en una zona diferente de la mama izquierda, observándose que el quiste ha desaparecido”. Subraya que el Servicio de Radiodiagnóstico advierte que el diagnóstico del tumor “fue realizado en el momento oportuno, cuando se aprecian las microcalcificaciones, sin cuya presencia no se hubiese podido diagnosticar”.

En cuanto a las manifestaciones de la interesada de que se le recomendó la realización de mamografías cada 6 meses, señala que “lo que realmente se le aconsejó es que hiciera revisiones anuales”, y, sobre la declaración “de haber puesto en conocimiento de los facultativos la existencia de una retracción del pezón en la mama izquierda”, precisa que “en la documentación clínica obrante en el expediente ese hallazgo no aparece registrado sino hasta un mes antes de ser intervenida, sin referencia alguna al respecto en anteriores consultas”.

Concluye que “la actuación de los profesionales que intervinieron en la asistencia sanitaria (...) fue correcta y ajustada a la *lex artis*, que el tumor maligno que finalmente le fue detectado no guarda relación con su patología previa, que incluso aparece en localización distinta y que fue diagnosticado en el momento oportuno, tras lo cual se hicieron con celeridad los estudios para determinar la extensión del tumor y aplicar el tratamiento más adecuado”, aunque es “evidente que un tratamiento radical, como el que a la postre hubo de hacerse en esta paciente, puede conllevar efectos físicos y psicológicos indeseables”. Por ello, propone la desestimación de la reclamación.

6. Mediante escritos de 18 de junio de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite una 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.

7. Con fecha 14 de noviembre de 2015, la compañía aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias formula alegaciones en las que expone que la interesada presentó su “escrito de reclamación fuera del plazo anual, y por

tanto de manera extemporánea”, al entender que la reclamación se presenta “como consecuencia de la negativa a realizarle una punción para diagnosticar una posible tumoración”. Considera que a la vista “de la historia clínica de la paciente (...) podemos fijar el *dies a quo* el 25 de abril de 2013, momento en el que fue dada de alta tras la mastectomía a la que (se) sometió y que supone el motivo fundamental de la reclamación./ Por tanto, podemos afirmar que ha transcurrido el plazo de un año legalmente fijado, pudiendo aseverar que la reclamación patrimonial interpuesta el 4 de marzo de 2015 es extemporánea”.

8. Obra incorporado al expediente, asimismo, el informe emitido con fecha 26 de octubre de 2015 por cuatro especialistas -tres de ellos en Cirugía General y Digestivo y uno en Cirugía General- a instancia de la entidad aseguradora. En él, tras analizar la historia clínica de la paciente y plasmar una serie de consideraciones generales sobre la enfermedad padecida y los medios diagnósticos, concluyen que “la paciente presentaba patología mamaria en el año 2005, fecha en la que se realiza una mamografía por cancerofobia”. Reseñan los controles a los que fue sometida y afirman que hasta abril de 2011 no se evidenció “patología maligna a nivel de la mama izquierda (...). Es vista de nuevo en junio de 2012 con exploración semejante a las veces anteriores. Se solicita de manera correcta nueva mamografía que se realiza en enero de 2013”, donde se aprecia una zona de microcalcificaciones, practicándose a continuación “una BAG cuya AP es positiva para CDIS con pequeño foco de infiltración (...). El tratamiento realizado es correcto (...). De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir (...) que todos los profesionales que trataron a la paciente lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la *lex artis*”.

9. Mediante escrito notificado a la interesada el 22 de diciembre de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la

apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días. No consta en el expediente que se hayan formulado alegaciones.

10. El día 29 de enero de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Sobre la base de las consideraciones expuestas en el informe técnico de evaluación, concluye que “la actuación de los profesionales (...) fue correcta y ajustada a la *lex artis*, pues el tumor maligno que finalmente le fue detectado no guarda relación con su patología previa, que incluso aparece en localización distinta, y fue diagnosticado en el momento oportuno, tras lo cual se hicieron con celeridad los estudios para determinar su extensión y aplicar el tratamiento más adecuado, siendo evidente que un tratamiento radical, como el que a la postre hubo de hacerse en esta paciente, puede conllevar efectos físicos y psicológicos indeseables”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de febrero de 2016, 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.

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.

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.- La interesada reclama una indemnización por los daños y perjuicios padecidos como consecuencia de que no se le hubiese prestado la asistencia sanitaria requerida en función de los síntomas que presentaba (alega retraso en la realización de las pruebas diagnósticas pautadas y omisión de algunas otras que hubieran sido necesarias), lo que finalmente obligó a practicar una “mastectomía total con disección axilar (...) del pecho izquierdo” y le produjo las “secuelas psicológicas que padece desde entonces”.

No obstante, y antes de analizar el nexo causal de los daños que aduce con la actividad desplegada por el servicio público sanitario, hemos de verificar si la reclamación se presenta dentro del plazo de un año legalmente determinado.

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 4 de marzo de 2015 en relación con un proceso asistencial en el que la

reclamante fue sometida a una intervención de “mastectomía total con disección axilar” el 22 de marzo de 2013, y del que fue dada de alta el día 16 de mayo siguiente, siendo sometida posteriormente a tratamiento de quimioterapia entre abril y octubre de 2013.

Respecto al *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción, venimos afirmando en supuestos similares que un importante cuerpo jurisprudencial distingue de forma clara entre daños permanentes y daños continuados, con el correlato de que, en presencia de los continuados, el plazo de prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial no empieza a correr hasta que no cesen o dejen de manifestarse los efectos lesivos, a diferencia de lo que ocurre en el caso de los daños permanentes, o de efectos permanentes y perdurables en el tiempo, en el que el plazo empieza a contarse en el momento en que se produce la conducta causante del daño o se revela su efecto lesivo, puesto que de lo contrario las reclamaciones por daños de este tipo se convertirían en imprescriptibles (entre otros, Dictamen Núm. 238/2013).

Como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 2004 -ECLI:ES:TS:2003:3175-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6ª, “por daños permanentes debe entenderse aquellos en los que el acto generador de los mismos se agota en un momento concreto aun cuando sea inalterable y permanente en el tiempo el resultado lesivo. Ejemplo de un daño de este tipo, cuyo resultado lesivo queda determinado por la producción del hecho o acto causante, sería el de la pérdida de un brazo, o de una pierna. Se trata de daños que pueden ser evaluados económicamente desde el momento de su producción, y por eso el día inicial del cómputo es el siguiente a aquél en que el daño se produjo”.

En el supuesto que examinamos, las manifestaciones lesivas que se imputan al servicio público sanitario no pueden entenderse como de curso imprevisible o no determinable, pues su manifestación esencial (la mastectomía y la disección axilar) deben considerarse daños permanentes, y como tales son identificables, al menos, desde que se produce el alta de 16 de mayo de 2013.

Por otra parte, y en cuanto a las secuelas psicológicas a las que también alude la interesada, advertimos que no existe prueba alguna en el expediente que las constata, por más que este Consejo no albergue dudas sobre la existencia de los “efectos (...) psicológicos indeseables” a los que se refiere el informe técnico de evaluación. Ahora bien, tales efectos tendrían su origen en el “tratamiento radical” al que la paciente hubo de ser sometida, y, en consecuencia, vinculados a la extirpación de la mama, el plazo de prescripción corre paralelo al del daño físico que los desencadena.

Por ello, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias estima que la reclamación presentada el día 4 de marzo de 2015 en relación con la asistencia de la que la paciente fue alta hospitalaria el día 16 de mayo de 2013 se encuentra prescrita. A la misma conclusión habríamos de llegar si considerásemos, en la hipótesis más favorable al ejercicio de la acción por la reclamante, como *dies a quo* la fecha de finalización del tratamiento quimioterápico coadyuvante -7 de octubre de 2013 (según el informe del Servicio de Oncología de 13 de junio de 2014)-.

En todo caso, aunque la reclamación no estuviese prescrita habría de ser igualmente desestimada.

A este Consejo no le ofrece ninguna duda la realidad y los efectos del proceso asistencial que refiere la interesada. Sin embargo, la mera constatación de un daño real, efectivo, individualizado, evaluable económicamente y 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 en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, 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 sufra el paciente con ocasión de la

atención recibida, o la falta de curación, 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 favorables en relación con la salud del paciente.

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.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En este sentido, y con carácter preliminar, constatamos que, pese a que

incumbe a quien reclama la carga de probar la existencia de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, y en particular que se ha producido una violación de la *lex artis* médica, la interesada no ha desarrollado actividad probatoria alguna al respecto, pues ni siquiera ha formulado alegaciones en el trámite de audiencia. En consecuencia, dado que ha renunciado al derecho que le asiste de presentar pruebas o pericias que apoyen sus imputaciones, este Consejo Consultivo ha de formar su convicción sobre la base de los informes técnico-médicos que obran en el expediente.

De forma genérica, la reclamante se limita a realizar una descalificación casi general del proceso asistencial recibido, cuestionando tanto los plazos de revisión de la patología mamaria previa diagnosticada como las propias pruebas diagnósticas pautadas. Por lo que se refiere al primer grupo de reproches, todos los informes técnicos señalan que las revisiones se efectuaron, conforme a la *lex artis* de aplicación, con periodicidad anual, y ponen de manifiesto que el tumor se manifestó en diferente localización a la de la patología previa (masteopatía fibroquística), por lo que resulta evidente que no estaban relacionados, y también que el momento del diagnóstico no se vincula con una supuesta demora en la práctica de controles.

Respecto a la falta de pruebas diagnósticas concretas, la perjudicada parece incidir en la ausencia de una "punción (de la) tumoración" que el radiólogo no consideró oportuno realizar en un control efectuado en el año 2011. Pues bien, dejando al margen que en el informe técnico de evaluación se deja constancia de que no se llevó a cabo la "punción ecográfica del quiste" al no evidenciarse "lesiones susceptibles de ser puncionadas", lo cierto es que en el informe suscrito por el Jefe del Servicio de Radiodiagnóstico el día 22 de abril de 2015 se afirma que "el tipo de tumor detectado en esta paciente (...), por razón de su naturaleza y especiales características, única y exclusivamente se detecta con mamografías", y solo cuando se advierten en esta prueba las "microcalcificaciones", por lo que concluye que "en ningún caso se hubiese

diagnosticado sin las microcalcificaciones”. Ello, a nuestro juicio, resta cualquier relevancia a la falta de práctica de la prueba (punción) que reprocha la interesada.

Como hemos señalado, la perjudicada no aporta prueba alguna de sus imputaciones y, dado que no comparece en el trámite de audiencia, las conclusiones médicas expuestas a lo largo del procedimiento no han sido cuestionadas. En consecuencia, consideramos que no existe prueba del nexo causal entre la actividad sanitaria pública y los daños constatados, por lo que la reclamación ha de ser desestimada.

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.