



#### ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** Con fecha 29 de julio de 2005, x. presenta reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional en solicitud del reintegro de los gastos médicos generados por la asistencia que la reclamante ha debido recibir en la sanidad privada como consecuencia de error de diagnóstico imputable a facultativos del Servicio Murciano de Salud. Según la reclamante, el 3 de junio de 2004, durante el seguimiento de su embarazo, se le detectó un quiste (formación quística multitabicada) en el ovario derecho, por lo que el 24 de junio, con 38 semanas de gestación, es remitida al Hospital Universitario "Virgen de la Arrixaca", de Murcia (HUVA), donde se le provoca el parto y se le da el alta el 28 de junio. En el informe clínico de alta se prescribe revisión y control ecográfico en dos meses, siendo citada para el día 16 de septiembre.

A los diez días del alta, el 8 de julio, la reclamante acude al Servicio de Urgencias del Hospital por un aumento anormal del abdomen, siéndole realizada una ecografía que detectó una *"tumoración quística gigante, tabicada, de contenido líquido denso, no vascularizada, que arranca desde Douglas hasta el reborde hepático"*.

El 13 de julio es intervenida, practicándosele una laparotomía, con anexectomía derecha y quistectomía en ovario izquierdo, fimbriectomía bilateral y ligadura tubárica bilateral, apendicectomía y omentectomía. En biopsia intraoperatoria se determina la benignidad de la tumoración.

El informe definitivo de la biopsia, de 20 de julio, sin embargo, arroja el siguiente diagnóstico:

- Cistoadenocarcinoma mucoide de bajo grado a nivel apendicular ovárico, con infiltración peritoneal.
- Carcinoide apendicular.

El 23 de agosto se le realiza TAC de abdomen con el siguiente diagnóstico: *"ascitis de distribución atípica (mucinoso-maligna), implantes peritoneales, engrosamiento omental, y posible masa quística ovárica, todo ello en relación con carcinomatosis peritoneal cuya causa más probable es una neoplasia ovárica"*.

El 9 de septiembre, el Servicio de Oncohematología del Hospital "Morales Meseguer" de Murcia, emite informe clínico con diagnóstico coincidente con el informe de la biopsia, añadiendo ahora *"citorreducción subóptima"*.

Con fecha 28 de septiembre la reclamante ingresa en la Clínica Universitaria de Navarra, donde al día siguiente es intervenida para práctica de *"laparotomía media supra e infraumbilical sobre cicatriz de anterior intervención, histerectomía total y anexectomía izquierda. Citorreducción subóptima"*.

El 7 de octubre inicia tratamiento quimioterápico, obteniendo el alta el 18 de febrero de 2005.

El fundamento de la reclamación lo constituye el incumplimiento por parte de la Administración sanitaria de su obligación de medios para con la paciente, en la medida en que ha escatimado la aplicación de recursos que eran posibles y necesarios para el restablecimiento de la salud de aquélla. Considera la reclamante que concurren en el supuesto todos los requisitos que el artículo 5.3 del hoy derogado Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, por el que, al tiempo de la

reclamación, se regulaba la ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud, exigía para el reintegro de los gastos habidos como consecuencia de verse obligado el paciente a acudir a la sanidad privada en casos de urgencia vital, cuando no se hubieran podido utilizar los servicios del Sistema Nacional de Salud y no constituyera una utilización abusiva de esta posibilidad.

Para la reclamante, se produjo un error de diagnóstico toda vez que, conociendo la existencia de la tumoración, se dejó transcurrir más de un mes entre el parto y la intervención, lo que es excesivo atendida la naturaleza de la enfermedad. De donde infiere que no se detectó la verdadera naturaleza oncológica de la tumoración, pues de lo contrario habría sido intervenida rápidamente. Además, cuando por fin se advierte dicha naturaleza, las tumoraciones se han extendido, lo que hace nacer una evidente urgencia vital, que la lleva a acudir a la medicina privada.

En consecuencia, reclama que la Administración le reintegre todos los gastos ocasionados por la atención recibida en la Clínica Universitaria de Navarra, que ascienden a 32.268,94 euros, más los desplazamientos correspondientes al tratamiento y revisiones periódicas, por importe de 4.877,28 euros, más 30.000 euros en concepto de daños morales, para una pretensión indemnizatoria total de 67.146,22 euros.

Aporta junto a su solicitud los siguientes documentos: a) escritura de poder general para pleitos otorgada a favor de la Letrada que presenta la reclamación en su nombre; b) documentación clínica, acreditativa del proceso de su enfermedad y de la asistencia recibida, tanto en la sanidad pública como en la privada; c) informes médicos elaborados por facultativos de la Clínica Universitaria de Navarra; y d) facturas acreditativas de los gastos sanitarios y de los desplazamientos realizados entre Murcia y Pamplona.

**SEGUNDO.-** Admitida a trámite la reclamación, el Director Gerente del Servicio Murciano de Salud encarga su instrucción al Servicio Jurídico del Ente, que procede a comunicar la reclamación a la Correduría de Seguros, al Director General de Asistencia Sanitaria y a los Hospitales HUVA, "Morales Meseguer" y "Clínica Universitaria de Navarra", requiriendo de estos últimos centros la remisión de la historia clínica de la paciente, así como informe de los profesionales que la atendieron.

**TERCERO.-** La documentación remitida por el HUVA incorpora el informe realizado por el Dr. x., Jefe de Departamento de Obstetricia y Ginecología (folios 153 a 155):

*1º) El 3 de junio de 2004 es diagnosticada de una tumoración ovárica aparentemente benigna, estando gestante de 35 semanas. En este momento se decide esperar algunos días para acabar la gestación con un feto más maduro. No hay sospecha de malignidad.*

*2º) El 24 de junio de 2004 se le induce el parto y es dada de alta a los 2 días.*

*3º) A los 12 días reingresa y el 13 de julio es intervenida quirúrgicamente conjuntamente por un ginecólogo (Dr. x.) y un Cirujano General (Dr. x.). Se aprecia una tumoración procedente de ovario derecho que llega a la parrilla costal y una tumoración en ovario izquierdo de 3 cm., ambas de contenido mucoide. Asimismo se practica omentectomía, apendicectomía y citorreducción del material mucoide que llena la cavidad peritoneal, siendo imposible eliminarlo completamente (citorreducción incompleta). Se envía para estudio intraoperatorio a Anatomía Patológica que informa de benignidad, Cistoadenoma Mucinoso. Dado este informe, se conserva el útero y el resto del ovario izquierdo, una vez extirpada la tumoración, con el fin de mantener la fertilidad, dada la edad de la paciente (35 años).*

*4º) Con posterioridad, el informe definitivo de Anatomía Patológica informa de tumoración de bajo grado de malignidad ("Borderline") ovárica y peritoneal, así como carcinoide apendicular (20 de julio). Hay que señalar que un tumor de bajo grado de malignidad no es estrictamente un cáncer. En el caso que tratamos (pseudo mixoma peritoneal) se trata de un tumor*

generalmente de origen apendicular con afectación ovárica secundaria que es casi imposible de extirpar totalmente, que recidiva prácticamente siempre, localmente. El útero no suele estar afectado.

5º) El 4 de agosto de 2004 vuelve a la consulta de Ginecología Oncológica y, a la vista del informe definitivo de Anatomía Patológica, es remitida al Servicio de Oncología Médica del Hospital Morales Meseguer, donde es estudiada de nuevo observando con un TAC que en el abdomen hay ascitis mucinosa y nueva tumoración ovárica compatible con recidiva del tumor. A primeros de septiembre, tras el estudio de la paciente los oncólogos del Hospital Morales indican una nueva laparotomía para intentar, si es posible, una nueva citorreducción que precedería al posterior empleo de quimioterapia.

6º) A partir de entonces la paciente y sus familiares deciden acudir a la Clínica Universitaria de Navarra, donde le practican una nueva citorreducción que, como cabe esperar en estos casos, es incompleta, iniciando a continuación los tratamientos quimioterápicos.

#### CONCLUSIONES:

1ª. En ningún momento ha habido demoras en los diagnósticos y tratamientos de la enfermedad tal como puede verse en la secuencia de los hechos.

2ª. La actitud conservadora del ovario izquierdo y del útero, durante la operación, está perfectamente justificada dado el informe de benignidad intraoperatorio y la edad de la mujer.

3ª. En la primera intervención se intentó la citorreducción de las masas mucoides peritoneales por parte del cirujano y, como es habitual en los pseudo mixomas peritoneales, no fue posible.

4ª. La enferma fue remitida a Oncología Médica en un plazo más o menos de dos semanas.

5ª. Ante el diagnóstico de recidiva se indicó un intento de citorreducción secundaria y posterior quimioterapia que es exactamente lo mismo que le realizaron en Pamplona, y que dicha citorreducción fue también incompleta (por obvias dificultades técnicas).

6ª.- Ante todo lo visto, consideramos que el tratamiento recibido en Murcia ha sido totalmente correcto. El deseo de acudir a la Clínica Universitaria de Navarra ha sido totalmente voluntario por parte de la paciente, donde, por otro lado, no le han practicado ningún tratamiento diferente al que se le habría practicado en Murcia".

**CUARTO.-** Se recibe igualmente la documentación requerida a la Clínica Universitaria de Navarra (informes médicos relativos a la intervención y al posterior tratamiento quimioterápico) y al Hospital Morales Meseguer.

La Dra. x., especialista en Oncología Médica en el Hospital Morales Meseguer, informa como sigue:

"Con fecha 18-8-2005 (se trata de un error, debe decir 2004) atendí por primera vez en la Consulta de Oncología a la paciente x., remitida a nuestro Servicio desde el S.º de Ginecología del Hospital Virgen de la Arrixaca, con diagnóstico de "carcinoma mucinoso de bajo grado con carcinomatosis peritoneal", según el parte de interconsulta que aportaba la paciente. Tras realizar la anamnesis y exploración clínica, solicité el estudio de extensión que consideré pertinente (analítica y marcadores tumorales, TAC abdominal y pélvico, mamografía, radiografía de tórax), así como los informes detallados de la intervención realizada en el Hospital Virgen de la Arrixaca.

Una semana después, el 25-8-2005 (sic, 2004), la paciente fue vista de nuevo en mi consulta con el resultado de las exploraciones y de los informes, todo lo cual confirmó la impresión diagnóstica de "cistoadenocarcinoma mucinoso de bajo grado de origen apendicular u ovárico, con afectación peritoneal, + tumor carcinoide de apéndice", como consta en mi informe de fecha 9-9-2004. Tras explicar a la paciente las dudas diagnósticas, la persistencia de enfermedad tumoral tras la cirugía y la escasa quimiosensibilidad de los tumores de bajo grado histológico, planteé la posibilidad de realizar un abordaje quirúrgico agresivo con



*peritonectomía y administración de quimioterapia intraperitoneal precoz post-cirugía. Este tratamiento está ofreciendo aceptables resultados en situaciones similares a ésta, que tienen escasas posibilidades de curación, con los tratamientos considerados estándar. Tras comentar el caso con el S.º de Cirugía, se citó a la paciente el día 10-9-2005 (sic, 2004) en la consulta de Cirugía, para valoración de las posibilidades quirúrgicas en nuestro centro, que no tiene mucha experiencia en este tipo de tratamiento. La paciente no acudió a esta cita, pues al comunicársela nos dijo que deseaba consultar su caso en otro centro, para lo cual solicitaba un informe detallado y copias de las exploraciones realizadas, todo lo cual se le facilitó. Posteriormente la paciente no ha vuelto a acudir a nuestra consulta".*

**QUINTO.-** Con fecha 15 de noviembre de 2005, se solicita a la Inspección Médica informe valorativo de la reclamación, siendo emitido el 22 de junio de 2007 con las siguientes conclusiones:

*"1º.- El diagnóstico de una masa anexial en el embarazo da lugar a una serie de problemas tanto de diagnóstico como de tratamiento, que hacen que todavía sea un motivo de discusión en la bibliografía la conducta a seguir. Esto unido a las características ecográficas de la misma, que no permitieron establecer de forma clara el criterio de malignidad llevó a tomar la decisión de mantener el tratamiento conservador hasta asegurar la madurez fetal.*

*2º.- Existió un alta precipitada tras el parto (el 28/06/04), en una paciente con una masa en anexo derecho de 20 cm, con exploración ecográfica no concluyente respecto a las características de benignidad-malignidad. En este momento debería haberse continuado el estudio mediante los medios que no pudieron ser empleados durante el embarazo (TAC, punción...) para llegar a un diagnóstico más preciso y no citarla para revisión en Septiembre (dos meses y medio después). No debemos olvidar que esta tumoración era ya conocida varios meses antes y se había demorado su diagnóstico y tratamiento para intentar llevar a término con éxito el embarazo. Aunque la paciente ingresó doce días después y fue intervenida, esta intervención podría haberse hecho de forma más reglada si ya se tenía un diagnóstico preoperatorio, con una citorreducción mayor (incluyendo ovario izquierdo y útero) y un inicio de la administración de quimioterapia más precoz.*

*3º.- Tras valoración oncológica, el tratamiento prescrito fue el correcto y fue decisión personal de la paciente irse a una clínica privada, donde le realizaron un tratamiento similar al propuesto y la atención no fue más precoz que la que estaba programada en el servicio público".*

**SEXTO.-** El 17 de octubre de 2007 se solicita valoración a la división médica de la correduría de seguros, que manifiesta:

*"Aunque es cierto que no se debió remitir a revisión dos meses después del primer diagnóstico, la demora en los diagnósticos y tratamientos de la enfermedad tal es de 10 días ya que la paciente ingresa por aumento del volumen abdominal el 8/7/04.*

*La actitud conservadora del ovario izquierdo y del útero durante la operación, está justificada dado el informe de benignidad intraoperatorio y la edad de la mujer.*

*Concluimos, por lo tanto, en que aunque es cierto que hubo un primer error en citar a la paciente dos meses después, esto fue corregido al acudir la paciente 10 días después a urgencias, quedando ingresada y siendo tratada correctamente.*

*Estos diez días no justifican una peor evolución del cuadro, ya que incluso la diseminación peritoneal pudo ocurrir durante la primera intervención".*

Para la valoración del daño tiene en cuenta los diez días como días de hospitalización proponiendo como cantidad a indemnizar la de 563,84 euros.

**SÉPTIMO.-** Conferido trámite de audiencia a la Compañía de Seguros del SMS y a la reclamante, sólo ésta presenta escrito de alegaciones para manifestar, en síntesis:

- Que debió ser ingresada antes del 24 de junio de 2004, pues los quistes se le detectaron al

inicio del embarazo, en el primer trimestre, y no como señala la Inspección Médica en el segundo trimestre.

- Que es la reclamante la que toma la iniciativa y se realiza una ecografía en una consulta privada el 13 de febrero de 2004, que confirma que tiene OD (ovario derecho) quístico 62x55 y OI (ovario izquierdo) quístico 95x65.

- El 2 de marzo de 2004 se realiza otra ecografía privada que comprueba que el quiste del ovario izquierdo mide 100x60.

- En ecografía pública de 1 de abril de 2004 se ratifica que el quiste del ovario izquierdo tiene 10 cm. y se pregunta por qué no se extirpó en ese momento o se realizó una vigilancia constante.

- El 2 de abril de 2004 se le realizó un eco-doppler que ratifica el tamaño del quiste. La reclamante se pregunta por qué no le informaron de nada anormal. El 3 de junio se le hace otra ecografía, que muestra que el quiste ya medía 20 cm. y, aun así, no se la remite a ningún centro médico hasta el 24 de junio, fecha en que se realiza inducción al parto, pero no se aprovecha para quitar los quistes, y además se le da el alta con cita para revisión dos meses y medio después. Para la reclamante éste alta constituye una "negligencia con graves consecuencias".

- La reclamante indica que sí acudió a la cita del 10 de septiembre de 2004 en el Hospital Morales Meseguer, pero que en ella la Dra. x. y el Dr. x. le explicaron las posibilidades quirúrgicas y la poca experiencia en este tipo de cirugía, y la pusieron en lista de espera quirúrgica. Ante esto, la reclamante decide pedir una segunda opinión en la Clínica de Navarra, donde finalmente es operada el 29 de septiembre 2004. Es después de esta fecha cuando se le llama para ser intervenida en la sanidad pública. No consta la fecha en que estaba programada la cirugía.

- Manifiesta también que el Servicio Murciano de Salud, en marzo de 2005 y enero de 2006, le ha abonado los gastos (140.000 euros (sic) realizados en la Clínica San José de Vitoria, a donde fue remitida por la Clínica Universitaria de Navarra para continuar el tratamiento de su enfermedad, mediante citorreducción y quimioterapia intraperitoneal intraoperatoria con hipertermia y revisiones médicas.

- Termina proponiendo un acuerdo indemnizatorio por valor de 67.146,22 euros, afirmando que, de no aceptarse, se reclamarían también los intereses legales de dicha cantidad.

**OCTAVO.-** Solicitada información a la Dirección General de Régimen Económico y Prestaciones sobre los procedimientos de reintegros de gastos iniciados por la reclamante, el Jefe de Servicio de Aseguramiento y Prestaciones remite la documentación requerida, según la cual únicamente se habría reintegrado a la interesada el importe de dos desplazamientos a Vitoria, correspondientes a la primera reintervención realizada en la Clínica San José de dicha ciudad el 11 de marzo de 2005 y al "second look" realizado en febrero de 2006. Asimismo, se habría hecho cargo el SMS de los gastos médicos generados por la indicada revisión quirúrgica de febrero de 2006, por importe de 14.226,04 euros, no constando en el expediente remitido al Consejo Jurídico que se abonaran también los correspondientes a la operación y posterior tratamiento quimioterápico de marzo de 2005.

Esta documentación fue comunicada a la compañía de seguros en nuevo trámite de audiencia, sin que hiciera uso del mismo, al no presentar alegaciones.

**NOVENO.-** Con fecha 25 de septiembre de 2008, el órgano instructor formula propuesta de resolución en el sentido de estimar parcialmente la reclamación, al considerar que existió un indebido retraso en la cita para ser revisada tras el alta posterior al parto, a consecuencia del cual sufrió un daño que se concreta en diez días de retraso en su asistencia, proponiendo el abono de una indemnización de 563,84 euros.

En tal estado de tramitación y una vez incorporados los preceptivos extracto de secretaría e índice de documentos, se remitió el expediente en solicitud de Dictamen, mediante escrito recibido en el Consejo Jurídico el pasado 7 de octubre de 2008.

A la vista de los referidos antecedentes procede realizar las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **PRIMERA.-** Carácter del Dictamen.

El presente Dictamen se emite con carácter preceptivo, de conformidad con lo establecido en el artículo 12.9 de la Ley 2/1997, de 19 de mayo, del Consejo Jurídico de la Región de Murcia, en relación con el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, al versar sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración regional.

### **SEGUNDA.-** Plazo, legitimación y procedimiento.

1. La reclamación ha sido presentada dentro del plazo de un año que para la prescripción del derecho a reclamar establece el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LPAC), toda vez que a la fecha de aquélla (29 de julio de 2005) la enfermedad de la reclamante continuaba su proceso, sin que pudiera considerarse estabilizada o superada ni las consecuencias imputadas a la asistencia sanitaria consolidadas.

2. La reclamación ha sido interpuesta por la misma paciente que sufre en su persona el daño imputado a la asistencia sanitaria, lo que le confiere legitimación activa para solicitar su resarcimiento, de conformidad con el artículo 139.1 en relación con el 31.1, ambos de la LPAC. La legitimación pasiva corresponde a la Administración regional, a través del Servicio Murciano de Salud, en su condición de titular del servicio público sanitario a cuyo anormal funcionamiento se pretenden conectar causalmente los daños alegados por la interesada.

3. Las actuaciones obrantes en el expediente remitido se ajustan sustancialmente a lo establecido en el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento de los Procedimientos en materia de Responsabilidad Patrimonial de las Administraciones Públicas, si bien con exceso sobre el plazo máximo de resolución allí establecido, motivado fundamentalmente por los 20 meses empleados por la Inspección Médica para emitir su informe.

### **TERCERA.-** Elementos de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas

La responsabilidad patrimonial exigida por la actuación en el campo sanitario está sometida a los principios de la responsabilidad de la Administración que rigen en nuestro Derecho, derivada del artículo 106.2 CE: "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". Por otra parte, el texto constitucional (artículo 43.1) también reconoce "el derecho a la protección de la salud", desarrollado por la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad.

Los elementos constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración, de naturaleza objetiva, son recogidos por los artículos 139 y ss. LPAC, y desarrollados por abundante jurisprudencia:

- 1) El primero es la lesión patrimonial, entendida como daño ilegítimo o antijurídico; y esta antijuridicidad o ilicitud sólo se produce cuando el afectado no hubiera tenido la obligación de soportar el daño.
- 2) La lesión ha de ser real y efectiva, nunca potencial o futura, evaluable económicamente e individualizada en relación a una persona o grupo de personas.
- 3) El vínculo entre la lesión y el agente que la produce, es decir, entre el acto dañoso y la



Administración.

4) Por último, también habrá de tenerse en cuenta que no concurra fuerza mayor u otra causa de exclusión de la responsabilidad.

Cuando las reclamaciones de los particulares se refieren a la posible responsabilidad patrimonial de la Administración por la prestación de servicios sanitarios, el requisito de que la actuación médica se haya ajustado o no a la *lex artis ad hoc* adquiere un singular relieve, debido a que si la actuación de los facultativos se acomodó y desarrolló con arreglo al estado de los conocimientos de la ciencia médica, y así se prueba en la instrucción del procedimiento, los resultados lesivos no podrán atribuirse a la Administración sanitaria, bien porque no pueda afirmarse que concurra aquel nexo causal, bien porque ni siquiera pueda determinarse la existencia de una lesión indemnizable, debido a que los resultados lesivos, normalmente, serán consecuencia de la evolución de las propias enfermedades del paciente, aun a pesar del correcto funcionamiento de los servicios sanitarios.

**CUARTA.-** Actuaciones anómalas que se imputan al funcionamiento de los servicios sanitarios públicos: omisión de medios y error de diagnóstico.

Considera la interesada que la Administración no utilizó todos los medios y recursos que eran posibles y de los que disponía para el restablecimiento de su salud, incurriendo en un error de diagnóstico. Para la reclamante, el hecho de que le fuera detectada la tumoración en el primer mes de embarazo y no fuera intervenida para su extirpación hasta haber transcurrido más de un mes desde el alumbramiento de su hijo, es demostrativo de que no se detectó la verdadera naturaleza, gravedad y trascendencia de la enfermedad padecida (cáncer), pues de lo contrario se le habría operado de forma inmediata, toda vez que la rapidez en la detección y tratamiento de estas patologías son vitales para su curación y la supervivencia del paciente. Cuando por fin se diagnostica el cáncer las tumoraciones ya se han extendido, por lo que existe una urgencia vital que le lleva a acudir a la medicina privada.

A la luz de tales argumentos, la determinación de si se adoptaron las medidas necesarias para llegar al temprano diagnóstico de la enfermedad, si los facultativos valoraron adecuadamente los síntomas y resultados de las pruebas realizadas, se convierte en cuestión nuclear del problema, en orden a calificar el daño sufrido como antijurídico y para poder dilucidar si existe o no nexo causal entre aquél y la actuación de la Administración. Del mismo modo, será necesario determinar si el tratamiento instaurado en la sanidad pública para la superación de la enfermedad de la paciente fue adecuado a normopraxis o no, aplicando o proponiendo la utilización de todos los medios disponibles y en el momento oportuno, pues según las alegaciones efectuadas por la reclamante con ocasión del trámite de audiencia, se habría producido un retraso injustificado en la asistencia sanitaria.

Y es que la obligación que incumbe a la Administración en la prestación sanitaria es de medios, no de resultados, pues si bien no se le puede exigir una curación en todos los casos, dado el carácter contingente de la salud y la vida de los pacientes, sí que viene compelida a prestar la asistencia sanitaria con el despliegue de todos los medios a su alcance. De no hacerlo así, o de no acreditar su efectiva utilización, el daño devendrá en antijurídico.

Aplicado al supuesto objeto de consulta, la antijuridicidad del daño y el nexo causal entre la actuación administrativa y el daño sufrido, derivarían de la no aplicación de todos los medios diagnósticos adecuados, de una valoración médica errónea de los datos aportados por las pruebas practicadas y de un tratamiento no ajustado a los dictados de la ciencia médica, cuestiones que aparecen íntimamente relacionadas con el criterio jurisprudencialmente configurado de la "*lex artis*", como elemento modulador de la objetividad predicable de toda responsabilidad administrativa cuando del ámbito sanitario se trata.

En este sentido, la STS, Sala 3ª, de 22 de diciembre de 2001, afirma: "*ciertamente que en el*

*instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir si hay o no relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el resultado producido, ya que, cuando el acto médico ha sido acorde con el estado del saber, resulta extremadamente complejo deducir si, a pesar de ello, causó el daño o más bien éste obedece a la propia enfermedad o a otras dolencias del paciente".*

Asimismo, la obligación de medios que incumbe a la Administración no supone que en todo momento y bajo cualquier circunstancia se hayan de agotar todas las posibilidades y técnicas diagnósticas, hasta las más avanzadas y complejas, sino que esta exigencia también aparece limitada por la "lex artis", que se revela así como estándar de comportamiento profesional medio o normal exigible en un determinado supuesto. Es decir, la *lex artis* es un criterio de normalidad de carácter relativo que se aplica "ad hoc", en relación siempre a un caso concreto, y que exigirá valorar la prestación sanitaria en atención a las circunstancias en que se desarrolla, sin poder exigir en todos los casos que el criterio de la *lex artis* venga definido por la avanzadilla del progreso de la ciencia médica, o por el agotamiento de todos los recursos conocidos por la medicina para efectuar el juicio clínico que es el diagnóstico. Así, el Tribunal Supremo, en sentencia de su Sala 1ª, de 24 de mayo de 1999, entiende que "*los criterios médicos a desarrollar se ceñirán a los que se estiman correctos para una actuación concreta, siempre en base a la libertad clínica y a la prudencia (...) supone tomar en consideración el caso concreto en el que se produce la actuación médica y las circunstancias en que la misma se desarrolla, así como las incidencias inseparables a una actuación profesional normal, teniendo en cuenta las especiales características del realizador del acto médico, de la profesión, de la complejidad del caso, de la trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos (estado e intervención del enfermo) o exógenos (incidencia de sus familiares o de la misma organización sanitaria), para calificar el acto como conforme o no a la técnica media normal requerida*".

Descrita a grandes rasgos la doctrina relativa a la *lex artis*, habremos de acudir al expediente para desvelar en qué medida la actuación de los profesionales intervinientes se adecuó a dicho estándar. Para ello resulta esencial acudir a los informes médicos obrantes en el expediente, pues sólo los profesionales de la medicina pueden hacer un juicio crítico relevante, a la luz de sus dictados, de la atención sanitaria prestada.

La reclamante omite unir al procedimiento informes médicos que avalen sus alegaciones e imputaciones, lo que reduce los elementos de juicio técnicos disponibles a los informes emitidos por el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUVA (folios 153 y ss del expediente), por la Oncóloga que trató a la paciente en el Hospital Morales Meseguer (folio 179) y, singularmente, por la Inspección Médica, cuya trascendencia en la instrucción de los procedimientos de responsabilidad patrimonial por daños derivados de la asistencia sanitaria ha sido reiteradamente puesta de manifiesto por nuestra doctrina consultiva, en la medida en que realiza un juicio crítico de la global atención dispensada, según el prisma de la *lex artis*, e inspirado por un especial deber de objetividad e imparcialidad en sus apreciaciones.

Para determinar si existió infracción de la *lex artis* durante todo el proceso asistencial de la reclamante, lo dividiremos en tres períodos diferenciados, en la medida en que el establecimiento del momento en que se produce una actuación contraria a normopraxis permite delimitar con algo más de precisión qué daños pueden ser imputados a ella y cuáles no.

1. El control gestacional y la detección de las masas anexiales.

a) El diagnóstico de la malignidad del tumor.



Si bien la reclamante en su escrito inicial comienza el relato fáctico con una referencia a una ecografía realizada el 3 de junio de 2004, ya en el tercer trimestre de embarazo, lo cierto es que la historia clínica muestra cómo ya se detectaron masas anexiales en los ovarios de la reclamante con anterioridad, tal y como detalla en sus alegaciones, vertidas con ocasión del trámite de audiencia.

En efecto, en ecografía realizada el 30 de diciembre de 2003 (12 semanas de gestación) se le detectan dos quistes en ovario izquierdo compatibles con folículos por hiperestimulación ovárica (se trata de una gestación conseguida tras inducción a la ovulación). Posteriormente, el 13 de febrero de 2004, en ecografía realizada a iniciativa de la hoy reclamante, se detecta otra masa en ovario derecho.

El 1 de abril, el quiste del ovario derecho ya mide 10 centímetros y presenta una formación sólida en su interior, realizándose eco-doppler. Según la Inspección Médica, tras el estudio de las características ecográficas de esta masa, atendido su gran tamaño y la existencia de material sólido en su interior, no puede afirmarse que sea benigna, pero tampoco cumple criterios de malignidad, pues carece de tractos o tabiques gruesos, no está vascularizada, el doppler no muestra captación de color y el índice de resistencia (IR) está en el límite. El informe correspondiente a la eco-doppler señala la limitación de esta prueba diagnóstica atendida la circunstancia del tratamiento de estimulación ovárica a que se sometió la paciente para quedar embarazada.

Para la Inspección, en esta situación no puede establecerse de forma clara la malignidad del tumor, máxime porque se trata de uno de tipo mucinoso, de baja malignidad, que son difícilmente diagnosticables mediante ecografía por su escasa expresividad. Además, cabría añadir que cuando se interviene a la paciente, el estudio anatomopatológico intraoperatorio del tumor informa de benignidad (cistoadenoma mucinoso), siendo únicamente el informe histológico definitivo el que alcanza el diagnóstico de malignidad, aunque baja, de la tumoración.

En consecuencia, la ausencia de datos o signos concluyentes de malignidad en los estudios ecográficos previos a la intervención determinan que no pueda entenderse acreditado que, durante la gestación, se cometiera un error de diagnóstico del tumor.

b) La conducta terapéutica seguida ante la presencia de las masas anexiales.

La Inspección comienza su análisis con la siguiente afirmación: *"la conducta clínica ante las masas anexiales en el embarazo todavía está sujeta a controversias"*, lo que evidencia una ausencia de protocolos de actuación claros y unívocos. Para la mayoría de los autores consultados por la Inspectora informante existe indicación de abordar quirúrgicamente los tumores si son mayores de 5-6 centímetros, presentan componentes sólidos, son bilaterales y persisten después de la semana 14. Todos estos criterios se reunían en la paciente. No obstante, el mismo informe afirma que hay autores que sugieren vigilancia conservadora y sigue insistiéndose en la necesidad de estudios clínicos más exhaustivos que ayuden a protocolizar la actitud a seguir.

Por ello, la Inspección no califica como conducta contraria a normopraxis la decisión de los ginecólogos de no extirpar de forma inmediata el tumor. Antes bien, afirma que las condiciones clínicas de cada caso son las que deben orientar la decisión terapéutica y que, adoptada por el médico responsable, son difícilmente evaluables con posterioridad cuando se dispone de datos de los que carecía el profesional que hubo de decidir la actuación a seguir.

En este sentido, el informe del Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUVA afirma que, tras la ecografía de 3 de junio de 2004, que desvela una tumoración aparentemente benigna, se decide esperar algunos días para acabar la gestación con un feto más maduro. Al valorar esta actuación, la Inspección señala que *"aunque se podía haber indicado la*

*exploración quirúrgica, a pesar del embarazo y los consiguientes riesgos sobreañadidos por el mismo, al no tener datos concluyentes de malignidad se decidió actitud conservadora hasta asegurar la viabilidad del embrión".*

La valoración de la Inspección, que no recrimina dicha decisión, parece indicar que existían dos alternativas terapéuticas, ambas posibles y amparadas por la práctica médica, de forma que la elección de una de ellas no puede considerarse como contraria a normopraxis, ni siquiera cuando datos conocidos con posterioridad, desconocidos por el facultativo al momento de decidir, pudieran apuntar que la mejor opción habría sido la deseada.

## 2. El alta hospitalaria.

Dice la Inspección de forma categórica que *"no está justificado dar el alta y citar 75 días después para control a una paciente con una masa anexial de 20 cm. sin diagnóstico definitivo, con las características ecográficas ambiguas ya definidas y las dudas que planteó durante el embarazo"*. Tampoco ofrece justificación alguna de dicha alta el informe del Jefe de Servicio de Obstetricia y Ginecología del HUCA (folio 153 y ss del expediente), ni el propio informe de alta. Considera la Inspección que, una vez producido el parto, debió continuarse el estudio de la tumoración con medios que no pudieron ser empleados durante el embarazo, para llegar a un diagnóstico más preciso y pautar el tratamiento adecuado, que se habían demorado para llevar a término con éxito el embarazo.

De haberlo hecho así, podría habersele operado de forma más reglada, con un diagnóstico preoperatorio, que habría indicado una mayor citorreducción, con extirpación también de ovario izquierdo y útero, y se habría iniciado la administración de quimioterapia de forma más precoz. Por tanto, el alta hospitalaria tras el parto fue precipitada y, en consecuencia, contraria a la *lex artis*.

## 3. Valoración y propuesta de tratamiento por el Servicio de Oncohematología del Hospital Morales Meseguer.

Para la reclamante, la atención dispensada en este Servicio habría sido determinante de su decisión de acudir a la sanidad privada para ser intervenida. En sus alegaciones señala que, junto a las dudas diagnósticas anteriores, la cirugía no resolutoria del 13 de julio, la tardanza en obtener los resultados de la biopsia y en ser vista por Oncología, fueron las escasas posibilidades de curación que este servicio le comunica, la confesa falta de experiencia de los médicos en la cirugía y el tratamiento propuestos y la circunstancia de quedar en lista de espera, las que le movieron a consultar con otro centro.

Frente a dichas alegaciones, la Oncóloga que trató a la reclamante afirma (informe obrante al folio 179 del expediente) que *"tras explicar a la paciente las dudas diagnósticas, la persistencia de enfermedad tumoral tras la cirugía y la escasa quimiosensibilidad de los tumores de bajo grado histológico, planteé la posibilidad de realizar un abordaje quirúrgico agresivo con peritonectomía y administración de quimioterapia intraperitoneal precoz post-cirugía. Este tratamiento está ofreciendo aceptables resultados en situaciones similares a ésta, que tienen escasas posibilidades de curación con los tratamientos considerados estándar"*.

Para la Inspección Médica, por su parte, el tratamiento propuesto es correcto *"prácticamente superponible al que la paciente recibe en la Clínica Universitaria de Navarra"* (nueva intervención quirúrgica, que no consigue extirpar todo el tejido tumoral, quimioterapia sistémica e intraperitoneal), recogiendo en la evolución clínica la anotación de que, si fuera necesario, se remitiría a otro servicio de cirugía. En sus conclusiones, la Inspección afirma que el tratamiento prescrito fue correcto y fue decisión personal de la paciente irse a una clínica privada, donde le realizaron un tratamiento similar al propuesto y la atención no fue más precoz que la que estaba programada en el servicio público.

Sobre este último aspecto, el temporal, la paciente afirma que fue llamada de la lista de espera,

para ser operada, cuando ya lo había sido en Navarra, si bien no precisa la fecha en que se le indicó que estaba programada la operación ni cuándo recibió la llamada. Tampoco consta en el expediente dicha información. En este contexto, la apreciación de la Inspección Médica podría interpretarse en el sentido de que la demora derivada de acudir a los servicios médicos asignados por la sanidad pública no habría supuesto un riesgo para la vida e integridad física de la paciente ni una pérdida de oportunidades de curación o mejoría.

Así pues, la Inspección Médica no advierte en esta fase de la atención sanitaria prestada a la reclamante falta o infracción alguna a la *lex artis*, toda vez que el tratamiento propuesto era correcto, previéndose incluso la posibilidad de remisión a otro centro, de considerarlo necesario.

Cabe concluir, por tanto, del estudio de todo el proceso asistencial de la paciente, que únicamente cabe considerar acreditada una actitud contraria a la *lex artis*, como es la precipitación del alta hospitalaria tras el parto. Ello generó a la paciente un perjuicio consistente en mantenerla sin el tratamiento adecuado para su enfermedad durante un período que abarca desde el 28 de junio en que recibe el alta hasta el 29 de septiembre de 2004, en que es intervenida en la Clínica Universitaria de Navarra, practicándole histerectomía total y anexectomía izquierda. Debe precisarse que no se toma como *dies ad quem* del período en que la paciente permaneció sin el tratamiento adecuado el de su operación del 13 de julio, toda vez que en esa ocasión no se le extirpó el ovario izquierdo ni el útero.

No obstante, de ese retraso en recibir el tratamiento adecuado no parece derivarse para la paciente un perjuicio para su salud, pues aunque la Inspección Médica indica que, de haberse actuado conforme a normopraxis, ya en la primera intervención quirúrgica en la sanidad pública podría haberse efectuado una citorreducción más completa y haber iniciado antes el tratamiento quimioterápico, nada dice acerca de los beneficios que ello habría supuesto para la salud de la paciente ni, *sensu contrario*, qué perjuicio se le originó por no haberse actuado de esa manera. Tampoco la paciente aporta un informe médico que ilustre acerca de la cuestión. Así pues, el daño padecido por la interesada, atendidos los conceptos por los que reclama (daño moral y resarcimiento de gastos habidos en la sanidad privada) cabe configurarlo como moral (*pretium doloris*), comprendiendo no sólo el correspondiente a las molestias y dolores sufridos durante el indicado período, sino también la natural zozobra e inquietud que, para una paciente que conoce la presencia de masas potencialmente cancerígenas en sus órganos reproductores, supone la demora en recibir el tratamiento.

**QUINTA.-** El resarcimiento de los gastos.

Respecto del resarcimiento de los gastos generados por el tratamiento recibido en la Clínica Universitaria de Navarra, ha de recordarse que se pretende su pago no en la vía específica que el ordenamiento prevé para tales abonos (art. 5.3 del derogado RD 63/1995, de 20 de enero), sino en el seno de un procedimiento de responsabilidad patrimonial. En consecuencia, los requisitos para determinar si procede o no estimar la pretensión resarcitoria en este concreto extremo han de ajustarse a las normas de la responsabilidad patrimonial y no a las específicas del resarcimiento de los gastos sanitarios generados fuera del Sistema Nacional de Salud.

Este supuesto, en el que el interesado acude a la sanidad privada, en vez de al sistema público de salud al que tenía derecho por estar bajo la cobertura del sistema de Seguridad Social, ha sido abordado en diferentes ocasiones por el Consejo de Estado. Así, en su Dictamen de 5 de diciembre de 2000 (exp. 3098/2000), dicho Órgano Consultivo indicó lo siguiente:

*"No procede indemnizar a la reclamante por los gastos médicos que ha realizado, fundamentalmente porque, en su condición de funcionaria, tenía cobertura sanitaria pública, de tal manera que su legítima decisión de acudir a la sanidad privada en modo alguno puede implicar que la Administración deba soportar los gastos por tal motivo sufragados por la*



interesada.

*Por lo demás, no consta que haya mediado urgencia vital (en cuyo caso debería haberse articulado la reclamación como un supuesto de reintegro de gastos), ni negativa injustificada al tratamiento en la sanidad pública, razón por la que la interesada debe asumir las consecuencias derivadas de su legítima decisión de acudir a la sanidad privada, pues otra solución implicaría en este caso que, a través del instituto de la responsabilidad, se estuviera incumpliendo la regulación legal relativa a los supuestos en los que, tratándose de personas con cobertura de la sanidad pública, procede abonar los gastos en la sanidad privada".*

En esta línea, en el Dictamen de 27 de noviembre de 2003 (exp. 3322/2003), recordó que *"debe dilucidarse si los gastos realizados en la medicina privada son asumibles por la Administración sanitaria o deben ser soportados por el propio interesado. Únicamente procedería el abono de tales gastos, a título de responsabilidad patrimonial de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, en el caso de error de diagnóstico o inasistencia en la sanidad pública, y a título de reintegro de gastos, en el caso de que la atención en la sanidad privada traiga causa de una "urgencia vital", de acuerdo con los criterios establecidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud".*

Como se desprende del Dictamen de 5 de diciembre de 2000 antes citado, la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración no constituye título suficiente, ni existe base legal alguna que lo ampare, para que el lesionado tenga el derecho de elegir la medicina privada como instrumento para la curación de su enfermedad y se le resarza de los gastos ocasionados por ello, sino que debe acudir al sistema sanitario público, y sólo tras una indebida denegación de asistencia o un error de diagnóstico, procede el resarcimiento de los gastos devengados por acudir, después, a la medicina privada. Tal planteamiento es, por lo demás, plenamente coherente con la institución de la responsabilidad patrimonial administrativa, pues si el deber de resarcimiento de los daños causados por la Administración a un concreto ciudadano es un mecanismo de solidaridad de ésta (es decir, de la comunidad de ciudadanos a la que representa) con aquél, es lógico que el mecanismo de reparación de los daños físicos y psíquicos sea el sistema sanitario público, esto es, el de Seguridad Social, que se nutre esencialmente, como es sabido, de la participación financiera solidaria del conjunto de los ciudadanos. Lo contrario, es decir, si los lesionados por causa imputable a la Administración pública pudieran elegir el sistema, público o privado, de asistencia sanitaria, no sólo se eludiría el régimen jurídico aplicable en materia sanitaria (que no excepciona, desde luego, los supuestos en que la demanda asistencial tenga su origen en una presunta responsabilidad patrimonial administrativa), sino que las obligaciones financieras para las Administraciones Públicas reclamadas serían, en muchas ocasiones, inasumibles.

En el supuesto sometido a consulta, no se ha acreditado la existencia de error de diagnóstico alguno ni negativa injustificada de asistencia. Antes al contrario, la sanidad pública ofrece a la interesada opciones terapéuticas plenamente adecuadas a la enfermedad que padece y la integra en una lista de espera. Debe recordarse en este punto que la denegación injustificada de la prestación asistencial no debe identificarse con la simple apreciación subjetiva del paciente, ni tampoco con la simple permanencia en lista de espera (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 7 de octubre de 1996).

Por ello, aunque resulta humanamente comprensible la decisión de la interesada de acudir a la sanidad privada ante la mayor confianza que le inspira ser tratada en un centro especializado, con experiencia en el tratamiento de dolencias similares a la suya y que le garantiza una asistencia más inmediata o precoz que la que puede esperar de la sanidad pública, ello no es suficiente para hacer nacer en ella un derecho al resarcimiento de los gastos ocasionados por

tal asistencia.

**SEXTA.-** Cuantía de la indemnización.

La siempre difícil labor valorativa de los daños se complica aún más en los supuestos de daños morales, pues se carece de módulos o criterios objetivos que faciliten la tarea. La referida dificultad aumenta cuando, como en el supuesto sometido a consulta, la reclamante se limita a expresar un importe global que solicita como cuantía indemnizatoria, sin mayor justificación respecto a las condiciones familiares, personales, etc.

En su ausencia, dado que los criterios que para el cálculo de la indemnización que ofrece el artículo 141.2 LPAC resultan inaplicables para la cuantificación de un daño que, como el aquí indemnizable, no sea patrimonial, aboca a un juicio estrictamente prudencial que pondere las circunstancias que concurren, y atienda a lo fijado por los Tribunales de Justicia y por la doctrina del Consejo Jurídico.

Es básico, para apreciar la existencia de daños morales indemnizables, que los mismos produzcan una afectación moral indudable, cuyo alcance no es fácilmente determinable, pues influyen muchas circunstancias de índole subjetivo que pueden llevar a un grado mayor o menor de afectación. En el presente supuesto, partimos de que la precipitada alta hospitalaria generó un daño moral, derivado de la incertidumbre y zozobra que produjo a la paciente su situación clínica de acuerdo con lo expresado en la consideración anterior, así como, también, la necesidad de someterse a una segunda intervención para ampliar la citorreducción.

Su cuantificación ha de hacerse mediante presupuestos genéricos, al no existir, a diferencia de los daños personales, lesiones o secuelas, baremos a los que seguir, al menos como referencia.

Pues bien, en el presente caso, el Consejo Jurídico considera que la cantidad valorada por el daño moral en otros dictámenes (3.000 euros), no parece admisible en el presente en términos de equidad, resultando insuficiente como cantidad global a resarcir. Y es que, aunque no se acreditan circunstancias que permitan ponderar la cantidad en función de otro tipo de razones subjetivas o familiares, lo cierto es que la gravedad de la patología que sufría la paciente y el riesgo vital que, para el común de las personas, se asocia a los procesos cancerígenos, hacen muy verosímil que la paciente viviera momentos de especial angustia ante su situación, agravada, además por su reciente maternidad. En consecuencia, se estima adecuada como indemnización global la cantidad de 6.000 euros, conforme a cuantías similares establecidas por este Consejo Jurídico en casos que presentaban parecidas dificultades de valoración (por todos, Dictamen 35/2008).

En atención a todo lo expuesto, el Consejo Jurídico formula las siguientes

**CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** Se informa favorablemente la propuesta de resolución estimatoria parcial de la reclamación, en la medida en que aprecia la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

**SEGUNDA.-** Se informa desfavorablemente dicha propuesta en el extremo correspondiente a la cuantificación del daño y correspondiente indemnización, que ha de ajustarse a lo indicado en la Consideración Sexta de este Dictamen.

No obstante, V.E. resolverá.