

Expediente Núm. 78/2007
Dictamen Núm. 162/2007

V O C A L E S :

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

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 13 de diciembre de 2007, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 19 de marzo de 2007, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por doña e hijos, por los daños y perjuicios sufridos con motivo del fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, por presunto retraso diagnóstico.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 28 de diciembre de 2004, tiene entrada en el registro de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios (recibiéndose en el Servicio de Salud del Principado de Asturias el día 3 de enero de 2005) una reclamación de responsabilidad patrimonial de doña, en su propio nombre y en representación “de sus hijos,,, y,”, por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la, a su juicio, defectuosa y

negligente asistencia médica y hospitalaria prestada a su esposo, don, en el Hospital "X" y su "prematureo fallecimiento".

Exponen los reclamantes que, a primeros de noviembre de 2002, acude su marido al médico de Atención Primaria por disnea de mínimo esfuerzo de tres días de evolución e inicio brusco, siendo remitido a Urgencias de "Y", donde fue diagnosticado de "EPOC (enfermedad pulmonar obstructiva crónica)" y se le prescribió tratamiento. Añade que un mes más tarde, en la consulta de Neumología, se le vuelve a diagnosticar "EPOC. Enfisema" y se le cambia el tratamiento, disponiendo revisión a los tres meses y recomendando "el abandono del tabaco inmediato".

Continúan su relato indicando que, ante la ausencia de cambios, se "le remite a Cardiología donde descartan problemas cardiovasculares (...) y se remite a Fisioterapia (*sic*) Respiratoria". Una vez allí, "la doctora que le atiende se sorprende de que no nos hayan comentado que tiene parálisis del diafragma ya que la radiografía que ella ve es la primera que le hicieron, lo que según ella puede ser consecuencia de su falta de respiración repentina (...). Comentado nuevamente en la consulta de Neumología (...), insisten en que está con el tratamiento debido y lo único que le manda hacer es una radiografía simple y así corren los meses sin más pruebas ante dicha situación". Refiere que el día 2 de mayo de 2003 "acudimos (...) a la consulta de Medicina General (...) porque amaneció con enrojecimiento e hinchazón en el cuello y cara y nos remite a Urgencias de "Y" nuevamente con informe solicitando descartar s. de cava superior. (...) ya en el hospital le miran, le vuelven a hacer radiografía simple y con un informe (...) en el que dice (que) no se objetiva patología urgente se le envía para casa".

Añaden que "es desde el momento en que el día 9 de noviembre (*sic*) mucho más inflamado acudimos a Urgencias donde queda ingresado 10 días y ya en manos del equipo de Neumología (I) por solicitud nuestra, ya que hasta la fecha el equipo (II) que le atendió durante más de 7 meses no había sido capaz de diagnosticarle correctamente, le hacen todas las pruebas necesarias diagnosticándole un cáncer en el mediastino oprimiéndole la vena cava y ya en estado muy avanzado teniendo metástasis en vértebras, cadera, costillas, etc.,

por lo que el diagnóstico es irreversible, plazo máximo de vida seis meses, por no haber sido detectado en el momento en que se acudió por primera vez a “Y”.

Imputan a la Administración negligencia y falta de empleo de medios, al no realizar todas las pruebas al alcance del centro hospitalario para diagnosticar con exactitud y celeridad la enfermedad, lo que habría permitido “poner todos los medios quirúrgicos y médicos para paliar la enfermedad de un paciente y evitar así la muerte prematura de un padre y esposo ejemplar”.

Tras analizar los requisitos exigidos para declarar, en su caso, una eventual responsabilidad de la Administración, terminan solicitando que se reconozca la responsabilidad de la Administración sanitaria, así como su derecho a ser indemnizados.

Adjuntan a su escrito: a) Informe del Área de Urgencias del “X”, de 2 de mayo de 2003. b) Parte de interconsulta a Neumología del “X”, del mismo día, en el que se hace constar la solicitud de diagnóstico y tratamiento con motivo de disnea y se indica “descartar s. cava superior”. c) Informe radiológico, de igual fecha, en el que se recogen, entre otros aspectos, “ventilación incompleta. Diafragma derecho elevado, en posible relación con parálisis o paresia del mismo (...). No se ven signos en relación con ensanchamiento de mediastino superior”. d) Informe del Servicio de Neumología, de 30 de diciembre de 2002, en el que se refleja como impresión diagnóstica “EPOC. Enfisema”. e) Informe del Servicio de Neumología I, fechado el día 16 de octubre de 2003, cuyo diagnóstico refiere “Ca. epidermoide de pulmón. Estadio IV”.

2. Con fecha 18 de enero de 2005, la Secretaría General del “X” notifica a la correduría de seguros la recepción de la reclamación, adjuntando parte de reclamación del seguro de responsabilidad sanitaria.

3. El día 24 de enero de 2005, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias notifica a los interesados la entrada de su reclamación en el registro del Principado de Asturias, la incoación del oportuno procedimiento y las normas con arreglo a las cuales se tramitará.

4. El día 20 de enero de 2005, el Secretario General del "X" remite al órgano instructor informe, sin fecha, del Jefe del Servicio de Neumología II del "Y".

Dicho informe refiere que el perjudicado es visto en el Servicio de Urgencias el "04-11-2002, por ser extraordinario fumador (70 paquetes/año) con disnea brusca, diagnosticándole de EPOC". Añade que, a pesar de su tratamiento médico, "la mala evolución hace que sea visto en consultas externas de Neumología II (...) el 30-12-2002, practicándosele: espirometría, pruebas de difusión, ECG, gases en sangre arterial, hematometría, bioquímica, Rx de tórax y tomografía axial computarizada de alta resolución (TACAR). Se confirma la EPOC, por enfisema del enfermo. El TACAR no muestra otras alteraciones (...). Se mantiene el diagnóstico de EPOC, citándosele para un mes más tarde". Continúa indicando que el paciente fue revisado el día 30 de enero de 2003 y, en vista de su mala evolución, se solicita "consulta a los Servicios de Fisiología Respiratoria y Cardiología, recitándole para tres meses más tarde./ El Servicio de Fisiología Respiratoria le ve con fecha 07-04-2003 y confirmando parálisis del frénico derecho, revisa el TACAR no encontrando patología y piensa hacer una resonancia magnética del cuello dentro de un mes (...). El Servicio de Cardiología le ve el 06-05-2003". Informa que, posteriormente, "el paciente acude a su médico de cabecera por edema facial, y éste le remite de nuevo al "Y", por sospecha de la aparición de síndrome de vena cava superior (...), por lo que es visto en el Servicio de Urgencias el 02-05-2003 (...). Por último, el paciente ingresa en el Servicio de Neumología I el 06-05-2003, donde (en) el nuevo TACAR practicado ese día, se observa una masa en mediastino superior (...). La punción de la masa y otros estudios confirman la presencia de un carcinoma epidermoide o anaplásico de grandes células y recibe tratamiento no quirúrgico".

Tras el relato de hechos, extrae el informante las siguientes conclusiones: "1. Este paciente, extraordinariamente fumador, padece al mismo tiempo dos de las patologías más frecuentes asociadas con el tabaquismo: enfisema pulmonar y carcinoma broncopulmonar./ 2. La disnea es habitual en el EPOC y este diagnóstico se prueba con evidencia desde el primer momento.

La segunda patología pasa desapercibida el 30-12-2002, no encontrándose lesiones en el TACAR, tanto el parénquima pulmonar como mediastino, lo cual invalida todos los esfuerzos diagnósticos de los distintos especialistas (neumólogos, fisiólogos, médicos de urgencias, radiólogos)./ 3. La aparición de un nuevo síndrome de localización mediastínica (s. de cava) hace que el segundo TACAR detecte el 06-05-2003 el tumor. Estos hechos, aunque no habituales, no son raros cuando las lesiones iniciales son menores de 0,5 cm de diámetro./ 4. En todo caso, y aun suponiendo que se hubiese diagnosticado el tumor en la primera entrevista médica (04-11-2002) (...), era inoperable (por la afectación mediastínica que lesiona al nervio frénico derecho) y, por lo tanto, en estas estirpes (epidermoide o anaplásico de grandes células), no modificable la evolución de su historia natural con los tratamientos no quirúrgicos (radioterapia y/o quimioterapia) disponibles en la actualidad”.

Adjunta a su informe varios documentos de la historia clínica del paciente.

5. Durante la instrucción del procedimiento, en fecha que no consta, se incorpora al expediente copia de diversa documentación de la historia clínica del paciente, entre la que destaca:

a) Parte de interconsulta de remisión del perjudicado a Neumología, Urgencias, “Y”, fechado el día 4 de noviembre de 2002.

b) Informe del Área de Urgencias del “X”, de igual fecha, cuyo apartado relativo al diagnóstico refiere “EPOC”, y en el que se indica que se realizó al paciente exploración física, radiografía de tórax, electrocardiografía, espirometría y analítica. Constan los resultados de estas pruebas, excepto las radiografías.

c) Hoja de curso clínico del Servicio de Neumología II, en la que figuran dos anotaciones: una del 3 de diciembre de 2002, según la cual “solicito otra vez todo (...), la disnea que tiene no parece muy explicable por el cuadro respiratorio”, y otra del 5 de diciembre de 2002, “pedir (historia) de Residencia (se operó de menisco hace 3 años-ver si tiene Rx (de) tórax)”.

d) Informe del Servicio de Neumología del "Y", de 30 de diciembre de 2002, en el que se confirma el diagnóstico de "EPOC. Enfisema" y se relacionan las pruebas efectuadas al paciente: examen físico, radiografía de tórax, tomografía axial computarizada de alta resolución (TACAR) de tórax, gasometría, electrocardiograma, analítica, espirometría y espirometría de función respiratoria. Se adjuntan los resultados de las mismas, excepto la radiografía.

e) Hoja de curso clínico del paciente relativa a la revisión efectuada por el Servicio de Neumología el día 30 de enero de 2003, en la que figura la solicitud de consulta a Cardiología y a Fisiología Respiratoria y que "viene a revisión (porque) el médico de c. le recomienda hacer ecocardiograma (porque) su diagnóstico de enfisema pulmonar no le justifica la disnea q. tiene el paciente". Se acompañan los resultados de espirometría, espirometría de función respiratoria y ecocardiograma.

f) Hoja de curso clínico de Fisiología Respiratoria, de 7 de abril de 2003, en la que se señala "actual: parálisis D D./ TAC: no patología en mediastino" y "en un mes se valorará RMN".

g) Informe del Área de Urgencias del "X", fechado el día 2 de mayo de 2003, según el cual se realizaron al paciente exploración física, radiografía de tórax, electrocardiograma y analítica, cuyos resultados, excepto las radiografías, se acompañan, y en el que se indica que "no se objetiva patología urgente".

h) Informe del médico del Centro de Salud, de 2 de mayo de 2003, en el que se recoge que el Servicio de Fisiología Respiratoria hizo al paciente radiografías simples, y se solicita una radiografía de tórax urgente y "segunda opinión", después de ver el informe del Área de Urgencias de "Y", emitido ese mismo día.

6. Con fecha 8 de abril de 2005, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación, en el que, después de detallar los antecedentes del caso, señala, como valoración, que "se trata de un paciente de 59 años de edad, afecto de EPOC y carcinoma broncopulmonar, gran fumador, visto en repetidas ocasiones en el hospital por

un proceso compatible con enfisema pulmonar y diagnosticado de EPOC. El síntoma capital que presentaba era la disnea, síntoma fundamental en el EPOC y también frecuente en el carcinoma broncopulmonar, proceso patológico que posteriormente se comprobó que también portaba el enfermo, pero que pasó desapercibido en la primera consulta especializada efectuada (...) el 30 de diciembre de 2002, al no encontrarse lesiones ni en el parénquima pulmonar ni en el mediastino en el TACAR realizado en esta fecha, lo que impidió la emisión de un diagnóstico certero en lo referido a la segunda patología sufrida”.

Añade que, “según bibliografía médica contrastada, el retraso medio en el diagnóstico del cáncer de pulmón es alrededor de tres meses, y de hasta casi un año (según el estadio de la enfermedad) en otros. Y, aunque no se han encontrado referencias que aborden directamente este tema, cabe suponer de manera razonable que la demora diagnóstica en este proceso es mayor en pacientes con sintomatología respiratoria previa, sobre todo cuando están afectados de EPOC, como en el caso objeto de estudio./ En el proceso sufrido por el (perjudicado), la aparición de nueva patología (síndrome de cava), hace que se le realice nuevo TACAR el 6 de mayo de 2003, que evidencia la existencia del tumor pulmonar”.

Señala, además, que “los síntomas del cáncer de pulmón a menudo no se manifiestan hasta que la enfermedad está avanzada; solamente, según señala la bibliografía médica, el 15% de los casos se detecta en sus etapas iniciales”. Añade que para establecer el diagnóstico correcto se requiere la realización de pruebas consistentes en: examen físico del paciente; estudios radiológicos, siendo frecuente la necesidad de repetirlos; tomografía axial computarizada; exámenes de imágenes por resonancia magnética, y otras como la citología del esputo, considerando que tales pruebas le “fueron practicadas al actor”. Finalmente, indica que el pronóstico del paciente era malo, “aunque se hubiese detectado el tumor en las consultas iniciales, dada la naturaleza de la anatomía patológica del mismo y la afectación mediastínica”.

A la vista de todo ello, concluye que la reclamación de responsabilidad patrimonial “debe ser desestimada ya que la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adaptada a los conocimientos científicos y a la lex artis”.

7. Con fecha 6 de agosto de 2005, emite informe, suscrito colegiadamente por tres especialistas en Medicina Interna, una asesoría privada a instancia de la compañía aseguradora del Principado de Asturias. En él, tras relatar y analizar los hechos que concurren en el caso, se realizan, entre otras, las siguientes consideraciones: “en el momento de acudir a Urgencias el enfermo presentaba los tres criterios de Anthonisen de exacerbación de EPOC (...) por lo que el diagnóstico que se hizo fue correcto (...). El cáncer de pulmón generalmente se diagnostica en fases avanzadas (...). Ello es debido a que los síntomas aparecen tardíamente (...). Sin embargo en este enfermo se siguieron todos los pasos que podían haber conducido al diagnóstico del cáncer de pulmón, si éste hubiese sido visible (...). En abril (de) 2003 se observó una elevación del hemidiafragma derecho. No podemos decir, con la documentación disponible, si esta elevación se observaba en la radiografía de noviembre (de) 2002 y de enero (de) 2003, aunque no fue informada como tal. Esta elevación del hemidiafragma indica la existencia de una parálisis por afectación del nervio frénico de ese lado por infiltración tumoral. Su existencia constituye un signo de mal pronóstico y si el enfermo la presentaba inicialmente quiere decir que el tumor ya era inoperable”.

Como conclusiones señalan que “1. El paciente falleció a consecuencia de un cáncer de pulmón con metástasis mediastínicas y óseas./ 2. El enfermo padecía también una EPOC mixta con predominio de enfisema que explicaba perfectamente la sintomatología que presentaba incluyendo la aparición brusca de disnea y ausencia de mejoría./ 3. En el momento de la primera consulta a Urgencias el paciente presenta todos los criterios de exacerbación de EPOC, siendo correctamente diagnosticado y tratado de la misma./ 4. El cáncer de pulmón tiene mal pronóstico porque sólo el 20% de los enfermos son candidatos a cirugía en el momento del diagnóstico. La cirugía es la única posibilidad de tratamiento curativo en el cáncer de células no pequeñas./ 5. En este enfermo se realizaron las exploraciones necesarias para confirmar o descartar la existencia de un cáncer de pulmón./ 6. La radiografía de tórax inicial no mostraba ningún hallazgo sugestivo de cáncer./ 7. La TAC torácica,

realizada 20 días después de la primera consulta, no mostraba cáncer de pulmón./ 8. La existencia de parálisis diafragmática indica una progresión tumoral por lo que, si existía inicialmente, indicaba una extensión del cáncer de pulmón./ 9. Aun suponiendo que el diagnóstico se hubiese hecho antes de que existiese extensión del cáncer de pulmón, la EPOC previa que padecía hacía muy dudosa la posibilidad de poder intervenir a este paciente./ 10. La actuación seguida con este enfermo ha sido acorde a la *lex artis ad hoc*".

8. Con fecha 13 de octubre de 2005, se notifica a los interesados la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de quince días, adjuntándoles una relación de los documentos obrantes en él.

9. Mediante comparecencia personal efectuada el día 19 de octubre de 2005 los reclamantes toman vista del expediente y obtienen copia de la documentación obrante en el mismo, que en ese momento se compone de ciento veintinueve (129) folios, según se acredita en diligencia extendida al efecto.

10. Con fecha 26 de octubre de 2005, suscribe la reclamante un escrito de alegaciones en el que se reitera en la demora diagnóstica que imputa a la Administración sanitaria señalando que "el 7 de abril de 2003 acude a consulta al Servicio de Fisiología Respiratoria, donde el médico, tras observar las radiografías realizadas el 4 de noviembre de 2002!!!, aprecia la existencia de una parálisis diafragmática derecha (por infiltración tumoral, según el informe de los peritos de la compañía aseguradora, a pesar de no haber visto las mismas)". A la vista de lo anterior, concluye que "es evidente que la demora en el diagnóstico y, por tanto, en la instauración del tratamiento oportuno, provocó el prematuro fallecimiento de mi esposo, así como una importante merma de su calidad de vida en los meses previos a su fatal desenlace".

Tras las alegaciones, solicita que "se incorporen al expediente las primeras radiografías efectuadas en el "Y" y, por quien corresponda, se emita un informe en el que se indique si en las mismas se aprecia ya la existencia de parálisis diafragmática derecha". Finalmente, solicita que se reconozca la

responsabilidad de la Administración y una indemnización en cuantía de cien mil euros (100.000 €) por los daños y perjuicios ocasionados.

11. Con fecha 11 de abril de 2006, el Jefe del Servicio instructor formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Razona que los profesionales que atendieron al paciente lo hicieron de forma adecuada, agotando los medios disponibles para descartar la patología que finalmente se diagnosticó y que, pese a todas las pruebas realizadas, hasta mayo de 2003 no se evidenció ninguna imagen sospechosa. Destaca que “los medios de diagnóstico no son infalibles y su especificidad está limitada. En la actualidad no es posible diagnosticar el 100% de las patologías tumorales de forma inmediata con la realización de pruebas diagnósticas./ El diagnóstico de EPOC alcanzado en noviembre no fue equivocado. Todos los informes dejan claro que el enfermo sufría una EPOC, que fue correctamente diagnosticada y que complica el diagnóstico de la otra patología, la tumoración pulmonar”. Por ello, considera el informante que el procedimiento fue “correcto y adecuado” y que “el cumplimiento de la *lex artis ad hoc* hace que el daño” que soportan los reclamantes “carezca de la nota de antijuridicidad necesaria”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 2 de mayo de 2006, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento seguido.

En sesión celebrada el día 15 de junio de 2006, el Pleno del Consejo Consultivo dictamina que debe retrotraerse el procedimiento para su tramitación e instrucción en los términos expuestos en las consideraciones jurídicas. Según éstas, el órgano administrativo debía verificar la legitimación de los reclamantes, la representación de la firmante de la reclamación, la fecha del fallecimiento del perjudicado y resolver lo procedente acerca de la prueba solicitada.

El día 17 de julio de 2006, el Servicio instructor solicita a la Dirección Gerencia del “X” “copia de las radiografías de tórax realizadas el 4 de noviembre de 2002 a petición del Servicio de Neumología al paciente (...) y que

por el Servicio de Radiología se emita informe sobre la lectura de las mismas con expresa referencia a si se aprecia una parálisis diafragmática derecha”.

Con fecha 25 de julio de 2006, el indicado Servicio requiere a la firmante de la reclamación que acredite documentalmente su condición de viuda del fallecido y la capacidad de representación en el procedimiento, señalándole posibles medios para ello.

Obran en el expediente fotocopias simples de los siguientes documentos: dos hojas del libro de familia (una relativa al matrimonio entre don y doña, y otra en la que consta que el marido falleció el 1 de enero de 2004); testamento otorgado por el fallecido a favor de sus cinco hijos y de su esposa, y certificado de defunción del mismo.

El día 24 de julio de 2006, el Secretario General del “X” remite al Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias copia de las radiografías realizadas (al perjudicado) el día 4 de noviembre de 2002 (si bien no constan en el expediente) e informe del Servicio de Radiología sobre su interpretación. El informe, emitido el día 21 de julio de 2006 por un Médico Adjunto del Servicio de Radiodiagnóstico I, se refiere a “Rx de tórax en proyección PA y lateral realizada el 4 de noviembre de 2002” y aprecia “áreas de hipoventilación en lóbulo inferior derecho./ Engrosamiento pleural apical derecho de aspecto inflamatorio residual./ No se evidencia ensanchamiento mediastínico ni parálisis diafragmática”.

Con fecha 25 de enero de 2007, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias notifica a los reclamantes la apertura de un nuevo trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de quince días, adjuntándole la relación de los nuevos documentos incorporados a aquél. Asimismo se le requiere para que, en el mismo plazo, acredite la representación de sus hijos.

El día 31 de enero de 2007, doña, doña, doña, don y don confieren a la firmante de la reclamación su representación para solicitar la declaración de responsabilidad patrimonial de la Administración a la que se refiere este asunto en comparecencia personal ante una funcionaria de la Consejería instructora, según se refleja en el acta suscrita a tal fin. Consta

también que obtienen, previa solicitud, copia de diversos documentos del expediente.

Con fecha 12 de febrero de 2007, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que los interesados se ratifican en las realizadas el día 26 de octubre de 2005. Afirman que “tal y como queda acreditado en el expediente (...), el 7 de abril de 2003, en la consulta del Servicio de Fisiología Respiratoria, la médico, tras ver las radiografías de tórax (...), realizadas el 4 de noviembre de 2002, anota en la historia clínica ‘parálisis D D’, esto es, parálisis de diafragma derecho, que posteriores radiografías siguen poniendo en evidencia” y señalan que esto constituye un “signo de infiltración tumoral, tal como indican en su informe los peritos designados por la compañía aseguradora de la Administración”. Entienden que ello constituye un “retraso en el diagnóstico” que provocó una “pérdida de oportunidad para la mayor eficacia en su tratamiento, lo que dio lugar al fallecimiento prematuro de mi esposo y pérdida de la calidad de vida, en los meses anteriores”, tras lo cual reiteran su petición de indemnización.

El 6 de marzo de 2007, el Jefe del Servicio instructor formula nueva propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación. Expone los antecedentes, tanto de la asistencia prestada como del procedimiento instruido, y los fundamentos de la propuesta. En el fundamento tercero indica que, “en el caso que nos ocupa, el paciente falleció a consecuencia de un cáncer de pulmón con metástasis óseas y mediastínicas. El enfermo padecía también un EPOC con enfisema que explicaba perfectamente la sintomatología que presentaba. En el momento de la primera consulta (...) cumplía todos los criterios de agudización del EPOC siendo correctamente diagnosticado y tratado de este proceso”. Señala que los estudios radiográficos y el TAC realizado 20 días después no mostraron dato alguno de cáncer de pulmón, aunque “posteriormente la aparición de una parálisis diafragmática orientó hacia progresión tumoral.” Añade que “el cáncer de pulmón tiene mal pronóstico y sólo el 20% es candidato a cirugía en el momento del diagnóstico, y este enfermo no era susceptible de cirugía, cuando se evidenció la parálisis diafragmática en la consulta del 7 de abril de 2003 ya era un síntoma indicativo

de diseminación tumoral, como efectivamente ocurrió con el exitus del paciente a los nueve meses después./ En las placas radiográficas realizadas en noviembre de 2002 (...), informadas por el Servicio de Radiodiagnóstico del `X` (...), 'no se evidencia parálisis diafragmática'".

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 19 de marzo de 2007, registrado de entrada el día 23 del mismo mes, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

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

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

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), hemos de decir que están los interesados activamente legitimados 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.- En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el procedimiento que examinamos, se presenta la reclamación el día 28 de diciembre de 2004 y el fallecimiento del que trae causa se produjo el día 1 de enero de 2004, por lo que es claro que se ha ejercido el derecho a reclamar dentro del plazo de un año legalmente determinado.

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

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

Sin embargo, no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar a los interesados, en los términos de lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha de recepción de su solicitud, el plazo máximo

legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo. Si bien se les ha notificado la entrada de la reclamación en el registro del Principado de Asturias, la incoación del procedimiento y las normas con arreglo a las cuales se tramitará, dicha comunicación no se ajusta a los términos y contenidos del precepto citado, al haberse informado de los extremos requeridos mediante una mera referencia a la normativa de aplicación.

Asimismo, observamos que ha sido rebasado el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Presentada la reclamación el día 28 de diciembre de 2004, se concluye que, a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 23 de marzo de 2007, el plazo de resolución y notificación ya había sido sobrepasado. No obstante, ello no impide la resolución del procedimiento, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC, ya citada, establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la

Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

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

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

SEXTA.- Fundan los interesados su pretensión indemnizatoria, en el anormal funcionamiento del servicio público sanitario, pretendiendo ser indemnizados por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su padre y esposo, respectivamente. En concreto, imputan a la Administración un diagnóstico tardío del cáncer de pulmón que padecía el paciente y la consiguiente “pérdida de oportunidad” de un tratamiento más eficaz, lo que, a su juicio, ocasionó el fallecimiento prematuro de aquél.

La realidad del fallecimiento del perjudicado, esposo y padre de los reclamantes, ha sido acreditada por éstos. Ahora bien, concretado el daño producido, el hecho de que éste se haya ocasionado en el ámbito del servicio público sanitario no puede determinar, sin más, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, sino que ha de guardar, como ya se ha

expuesto en la consideración anterior, relación de causalidad jurídicamente relevante con la asistencia sanitaria prestada.

Hemos de comenzar por indicar que, 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, 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*.

Este criterio opera no sólo en la fase de tratamiento dispensado 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 todas las medidas y medios necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado para la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento, pero no a un resultado concreto.

Por lo tanto, para apreciar que el daño alegado por los reclamantes 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.

En el caso presente, los reclamantes consideran que la asistencia sanitaria prestada a su esposo y padre fue defectuosa y negligente, manifestándose en un retraso en el diagnóstico, ocasionado -según el escrito de reclamación- por la omisión de pruebas precisas para realizarlo y -según las alegaciones presentadas en los dos trámites de audiencia- por una supuesta demora en la correcta interpretación de unas radiografías. En su escrito de 12 de febrero de 2007, los interesados entienden que el diagnóstico tardío provocó la “pérdida de oportunidad para la mayor eficacia en su tratamiento”.

Según consignan todos los informes, el esposo y padre de los reclamantes era “extraordinario fumador” y padecía, al mismo tiempo, enfisema pulmonar y carcinoma broncopulmonar. Acude a consulta por disnea -síntoma fundamental en la EPOC y frecuente en el carcinoma broncopulmonar, según el informe técnico de evaluación- el día 4 de noviembre de 2002, fecha en la que se le diagnostica el enfisema. Ante la mala evolución, vuelve nuevamente a consulta y se le somete a más pruebas hasta que, el día 6 de mayo de 2003, se le diagnostica la segunda dolencia.

En cuanto a las pruebas practicadas al paciente, desde su primera consulta -el día 4 de noviembre de 2002- hasta la fecha en que se le diagnostica el carcinoma con los resultados de una tomografía axial computarizada de tórax con contraste -el día 6 de mayo de 2003-, resulta acreditado que se le realizaron las siguientes: tres exploraciones físicas (los días 4-11-02, 30-12-02 y 2-05-03); tres radiografías de tórax (los días 4-11-02, 30-12-02 y 2-05-03, además de otras, cuya fecha no consta, solicitadas por el Servicio de Fisiología Respiratoria y por el médico de Atención Primaria); tres electrocardiogramas (los días 4-11-02, 5-12-02 y 2-05-03); un ecocardiograma (el día 30-04-03); tres espirometrías (los días 4-11-02, 3-12-02 y 30-01-03); dos espirometrías de función respiratoria (los días 3-12-02 y 20-03-03); analíticas de hematología y coagulación (los días 4-11-02, 5-12-02 y 2-05-03) y de bioquímica (los días 4-11-02, 5-12-02 y 2-5-03); una tomografía axial computarizada de alta resolución (el día 13-12-02); pruebas de inmunología (el día 30-12-02) y una gasometría (el día 5-12-02).

Según los informes obrantes en el expediente, se efectuaron todas las pruebas necesarias para un diagnóstico correcto. Así, en el informe técnico de evaluación se hace constar que “para establecer el diagnóstico correcto de este proceso morboso es preciso hacer un historial clínico del paciente:/ Un examen físico registrando los factores de riesgo y los síntomas que presenta éste./ Estudios radiológicos (...); la radiografía de tórax proporciona la existencia de alguna masa o mancha en los pulmones (...). La tomografía axial computarizada da información más precisa (...). Los exámenes (...) por resonancia magnética proporcionan imágenes similares a las que se producen con la computarizada./ Ayuda al diagnóstico (...) la citología de esputo./ Todas estas pruebas fueron practicadas al actor, por lo que podemos calificar la asistencia que le fue proporcionada de adecuada”.

El informe realizado por tres especialistas en Medicina Interna confirma el anterior, pues en él se manifiesta que “en este enfermo se siguieron todos los pasos que podían haber conducido al diagnóstico del cáncer de pulmón, si éste hubiese sido visible. (...) se hizo una radiografía de tórax que en el 80% de los casos muestra alteraciones que sugieren la existencia del cáncer. (...) sólo había datos de hiperinsuflación pulmonar y lesiones apicales residuales. (...) se le realizó una TAC torácica de alta resolución el día 13 de diciembre de 2002, es decir 20 días después de que consultase por primera vez, y no mostró (...) cáncer (...) pulmonar”. Especifica que “la TAC es la exploración de elección para confirmar o descartar (...) un cáncer de pulmón” y que su sensibilidad “para detectar metástasis mediastínicas es del 65% y 85%”. A tenor de dicho informe, la aparición de alteraciones en la prueba realizada en mayo del año 2003 puede indicar que en el mes de diciembre anterior el paciente no tenía cáncer y apareció más tarde o, lo que consideran más probable, que en aquel momento el tumor era tan pequeño que era imposible visualizarlo.

Según la propuesta de resolución, de 11 de abril de 2006, “los profesionales que atendieron al paciente lo hicieron de forma adecuada, agotando los medios diagnósticos para descartar la patología que finalmente se diagnosticó (...). Hay que tener en cuenta que los medios de diagnóstico no son infalibles y su especificidad está limitada”.

A la vista de ello, debemos concluir que se realizaron todas las pruebas diagnósticas precisas, y que fueron reiteradas, hasta que se encontró la causa última de los síntomas que mostraba el paciente.

En el trámite de audiencia, los solicitantes reiteran la alegación de retraso en el diagnóstico, pero modifican lo que consideran causa del mismo. Así, dicen que “el 7 de abril de 2003 acude a consulta al Servicio de Fisiología Respiratoria, donde el médico, tras observar las radiografías realizadas el 4 de noviembre de 2002, aprecia la existencia de una parálisis diafragmática derecha”; manifestación en la que se ratifican en su escrito de 9 de febrero de 2007. En consecuencia, debemos entender que ya no refieren el retraso en el diagnóstico a la omisión de las pruebas y podemos concluir que admiten, implícitamente, que se le practicaron a su esposo y padre, respectivamente, todas las necesarias para un diagnóstico correcto.

No obstante, dado que mantienen su apreciación de que existe un diagnóstico tardío, debemos analizar la nueva causa de retraso alegada en este trámite de audiencia, que consiste en la demora en la correcta interpretación de las radiografías realizadas el día 4 de noviembre de 2002, que no se efectuó, según los interesados, hasta el día 7 de abril de 2003.

En una hoja de curso clínico obrante en la historia del paciente consta una anotación, con fecha 7 de abril de 2003, relativa a la consulta de Fisiología Respiratoria en la que se refleja “enviado Neumo II x enfisema./ Actual: parálisis D D./ TAC: no patología en mediastino”. De ello se desprende que la única prueba que había analizado el médico de dicho Servicio en la fecha indicada era el TAC y que, con base en la misma, hace constar la “parálisis DD” como “actual”; es decir, como síntoma que presenta en el momento en el que acude a consulta y no, como pretenden los reclamantes, como resultado del examen de las radiografías realizadas el día 4 de noviembre de 2002, que no se acredita hubieran sido vistas en dicho Servicio.

En este sentido se manifiesta también el Jefe del Servicio de Neumología II al indicar en su informe que el Servicio de Fisiología Respiratoria “ve (al paciente) con fecha 07-04-2003 y, confirmando parálisis del frénico derecho, revisa el TACAR no encontrando patología”.

Además, en la práctica de prueba propuesta por los interesados, un Médico Adjunto del Servicio de Radiodiagnóstico I del "X" emite, el día 21 de julio de 2006, un informe sobre "Rx de tórax en proyección PA y lateral realizadas el 4 de noviembre de 2002", en el que afirma, entre otras cosas, que "no se evidencia (...) parálisis diafragmática".

Sin perjuicio de lo expuesto, la frase que los reclamantes extraen del informe externo emitido por tres especialistas en Medicina Interna (según la cual la existencia de parálisis diafragmática indica una progresión tumoral) ha de ser interpretada en congruencia con el contexto en el que se integra -que concluye informando que la actuación seguida con el enfermo ha sido acorde a la *lex artis ad hoc*- y también teniendo presente el momento en el que se realiza -una vez alcanzado el diagnóstico definitivo del carcinoma con afectación mediastínica a través de las pruebas específicas que le son repetidas al paciente tras la aparición de nuevos síntomas. Por otra parte, dicha frase no permite concluir que la observación de una parálisis diafragmática, unida a la simultánea constatación de que el TAC no mostraba alteración del mediastino, debiera haber sido indicativa por sí sola de una infiltración o progresión tumoral.

A mayor abundamiento, en cuanto al plazo de diagnóstico del cáncer de pulmón, el informe técnico de evaluación señala que, según bibliografía médica contrastada, "el retraso medio en el diagnóstico del cáncer de pulmón es alrededor de tres meses, y de hasta casi un año (según el estadio de la enfermedad) en otros (...). Los síntomas del cáncer de pulmón a menudo no se manifiestan hasta que la enfermedad está avanzada; solamente, según señala la bibliografía médica, el 15 % de los casos se detecta en sus etapas iniciales".

En este caso, el diagnóstico se realizó el día 6 de mayo de 2003, a los 6 meses de la primera consulta por disnea (que tuvo lugar el día 4 de noviembre de 2002, y que reveló la enfermedad pulmonar obstructiva crónica y enfisema), por lo que no se puede presumir que haya habido demora en la correcta identificación de la dolencia que definitivamente resultó causa del fallecimiento, como alegan los reclamantes.

Además, según todos los informes el tumor era inoperable. Así lo entiende el Jefe del Servicio de Neumología II, según el cual “aun suponiendo que se hubiese diagnosticado el tumor en la primera entrevista médica (...), era inoperable (por la afectación mediastínica que lesiona al nervio frénico derecho) y, por lo tanto, en estas estirpes (epidermoide o anaplásico de grandes células), no modificable la evolución de su historia natural con los tratamientos no quirúrgicos (...) disponibles en la actualidad”. Según el informe técnico de evaluación “el pronóstico del paciente era malo, aunque se hubiese detectado el tumor en las consultas iniciales, dada la naturaleza de la anatomía patológica del mismo y la afectación mediastínica (...), que impedía el abordaje quirúrgico, lo que hizo que sólo fuese posible combatirlo con los tratamientos actuales ‘no quirúrgicos’”. El informe aportado por la compañía de seguros, elaborado por tres especialistas en Medicina Interna, añade que “en el momento de ser atendido en la consulta de Neumología el paciente padecía una EPOC con un VEMS (volumen espiratorio máximo por segundo) de 46%. En enfermos con un VEMS por debajo de 60% la intervención para realizar una neumonectomía, como requiere generalmente el cáncer de pulmón, debe ser minuciosamente valorada ya que si el paciente queda posteriormente con menos del 40% de VEMS, la intervención no estaba indicada”. Es decir, el tratamiento que se le prescribió era el único oportuno.

En consecuencia, con los informes médicos aportados, este Consejo considera que la asistencia médica analizada ha sido correcta, tanto en lo que se refiere a las pruebas realizadas, a su valoración y al plazo en que se efectuó el diagnóstico, como al tratamiento dispensado al paciente con posterioridad a la identificación de la enfermedad. No cabe, pues, apreciar que dicha asistencia haya ocasionado “pérdida de oportunidad” de un tratamiento más eficaz, como se alega, también, en la reclamación. El fallecimiento del esposo y padre, respectivamente, de los reclamantes no puede entenderse imputable al funcionamiento del servicio público sanitario, sino como una consecuencia de la grave enfermedad que padecía, y de la que no se ha acreditado que no haya sido correctamente tratado.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

Vº. Bº.

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.