

Expediente Núm. 180/2007  
Dictamen Núm. 88/2008

**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 9 de octubre de 2008, 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 13 de septiembre de 2007, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por don ....., como consecuencia de lo que considera una deficiente asistencia sanitaria prestada a su esposa ya fallecida.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante escrito de fecha 13 de abril de 2007, que denomina “responsabilidad patrimonial”, y haciendo referencia al “expediente sanitario .....", don ..... se dirige al Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias solicitando “130.000 € (ciento treinta mil euros) en concepto de indemnización por los daños y perjuicios (negligencias y fallos médicos) y falta de medios y medios no adecuados en los servicios de la Seguridad Social de

“X” e “Y”, en relación con la asistencia prestada a su esposa, ya fallecida, doña..... (en adelante perjudicada), señalando que “la información relativa al expediente citado se encuentra recogida en la solicitud inicial de prestación sanitaria (...), trámite de audiencia y demás documentación solicitada, todo ello aportado en su debido momento”. No consta su entrada en ningún registro administrativo legalmente constituido.

**2.** Con fecha 20 de abril de 2007, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias (en adelante Servicio instructor) notifica al interesado la fecha en que su reclamación ha tenido entrada en el indicado Servicio y las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará. Asimismo, le indica que “transcurridos seis meses, a contar desde el día siguiente al de recibo de la presente notificación, o el plazo que resulte de añadirles un periodo extraordinario de prueba, sin que haya recaído resolución expresa, podrá entenderse desestimada su solicitud de indemnización”.

**3.** Mediante escritos de fecha 16 de abril de 2007, el Jefe del Servicio instructor comunica a la Secretaría General y a la Dirección de Atención Sanitaria -Unidad de Coordinación de Prestaciones- del Servicio de Salud del Principado de Asturias (en adelante SESPA) la presentación de la reclamación por parte del interesado, que se numera como “.....”, poniéndoles igualmente de manifiesto que, “con fecha 22 de diciembre de 2005, la fallecida solicitó el reintegro de los gastos ocasionados por la utilización de la medicina privada y que dio lugar al expediente de responsabilidad patrimonial núm. ....”, y que “el 22 de enero de 2007 les fue remitido el original del expediente” a efectos de resolución de esa solicitud de reintegro. El escrito dirigido a la Dirección de Atención Sanitaria finaliza solicitando la devolución del expediente original.

**4.** Con fecha 16 de abril de 2007, el Jefe del Servicio instructor comunica a la compañía aseguradora correspondiente la presentación de la nueva reclamación, señalando como antecedente que la ahora fallecida había

solicitado, con fecha 22 de diciembre de 2005, el reintegro de gastos. Concluye el escrito indicando que se procede "a iniciar un nuevo expediente de responsabilidad patrimonial", con el número .....

5. El Director de Atención Sanitaria del SESPA, mediante oficio de fecha 25 de abril de 2007, remite al Servicio instructor copia del "expediente de reintegro de gastos promovido" por la perjudicada. Entre dicha documentación, y por lo que interesa a este procedimiento concreto, figuran en él:

a) "Solicitud de prestación sanitaria", suscrita el 19 de diciembre de 2005 por la perjudicada, y que se registró en el SESPA el día 22 de diciembre de 2005.

b) Escrito de fecha 7 de diciembre de 2005, suscrito por el interesado y la perjudicada y dirigido al Jefe de la Inspección Médica de "Y", donde, bajo el asunto "solicitud de reintegro de gastos", realizan un resumen del proceso asistencial prestado a aquélla.

Comienzan señalando que la perjudicada, "tratada de cáncer por los servicios de la Seguridad Social desde el año 2003", se ha "visto obligada a recurrir a la medicina privada" como consecuencia de "los desafortunados hechos que, en su opinión, agravaron una enfermedad ya de por sí rebelde".

Añaden que, tras una intervención quirúrgica y un tratamiento con quimioterapia, "el oncólogo (...) establece como tres semanas el plazo máximo recomendado para el inicio de la radioterapia". Sin embargo "dicho tratamiento no comienza hasta 11 semanas más tarde". Cabe destacar, siguen relatando, "que la quimioterapia se suministra directamente a los vasos sanguíneos, sin la debida aplicación previa de un catéter (...). Por esta razón, las venas de la paciente se debilitan y deterioran de forma considerable".

Posteriormente, se "detecta un nuevo bulto en el mismo pecho", que fue analizado mediante "punción a ciegas, sin utilización de ninguna prueba radiológica", y que se diagnostica como lipoma. Es tan sólo "seis meses más tarde, durante una revisión rutinaria en el Hospital `Y´, cuando se descubre que el tal lipoma detectado en `X´ se trata, en realidad, de un `carcinoma´".

Es operada de nuevo y se descubre que “ya va acompañado de metástasis axilares”.

Continúan indicando que en enero de 2005 es dada de alta, aunque “la paciente manifiesta sufrir dolores en cadera, ingle y muslo derechos”. Después de la “realización de distintas pruebas médicas, incluyendo una gammagrafía ósea (...), no se detecta indicio tumoral alguno”. Sin embargo, en junio de 2005, se evidencia una nueva “metástasis ósea en fémur derecho”. A la vista de “los pobres resultados obtenidos hasta entonces”, solicitan el traslado a “la Clínica .....” y, ante la negativa, deciden “acudir a ..... por su cuenta”. Según manifiestan, “una vez en ....., los doctores detectan en la paciente mucha más carga de enfermedad que la descrita por sus colegas de Asturias”, acotando con un “documento adjunto”.

Concluyen su escrito subrayando que “la enfermedad se deterioró gravemente debido a un número de errores por parte de los servicios de la Seguridad Social: una espera de once semanas para la aplicación de la radioterapia (...). La conducta poco profesional del equipo (...), al no emplear los medios adecuados para la detección y análisis precisos de un nuevo nódulo mamario. Lo que un examen precario calificó de lipoma resultó ser luego un carcinoma con metástasis axilares (...), dar de alta a la paciente cuando ésta se quejaba de dolores en cadera, ingle y muslo derechos. El diagnóstico que sigue a las pruebas, descartando indicio tumoral alguno, ofrece un claro contraste con el alcanzado unos meses más tarde, cuando la paciente es informada de que sufre metástasis ósea”, y afirmando, finalmente, que “los errores (...) han contribuido incluso a un mayor deterioro anímico de la enferma”.

Junto con este escrito, los interesados dicen aportar “toda la documentación relativa a lo expuesto”. En concreto, figuran en el expediente: informe del Servicio de Oncología Médica del Hospital “Y”, de fecha 15 de junio de 2005; carta de fecha 14 de octubre de 2003, dirigida por la perjudicada al “Servicio de Atención al Paciente” del Hospital “X”; escrito de contestación al anterior, firmado por el Director Gerente del “X”, el día 31 de octubre de 2003, indicándole que “está previsto iniciar su tratamiento el 17-XI-03” y solicitándole

“disculpas institucionales por la espera”; informe del Servicio de Oncología Radioterápica del “X”, de fecha 12 de febrero de 2004; informe del Servicio de Radiodiagnóstico II del “X”, de fecha 21 de enero de 2004; informe de Anatomía Patológica del “X”, de fecha 23 de enero de 2004; informe del Servicio de Oncología Radioterápica del “X”, de fecha 27 de enero de 2005, e informe de la Clínica ....., de fecha 1 de diciembre de 2005.

c) Resolución del Director de Atención Sanitaria del SESPA, de fecha 19 de febrero de 2007, denegando la solicitud de reintegro de gastos.

d) Escrito del interesado, registrado en el SESPA el día 1 de marzo de 2007, señalando su “no conformidad” con la resolución denegatoria anterior, puesto que la solicitud “no constituyó solamente un reintegro de gastos, sino los daños y perjuicios ocasionados en fallos médicos y falta de medios”, recordando, además, “que dicha solicitud fue tramitada en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración con fecha de entrada en el registro del 30 de marzo de 2006, escrito nº .....” . A la vista de ello, requiere que “su solicitud sea desglosada en dos partes, si bien es verdad que hay facturas de gastos médicos, la otra parte (...) es por responsabilidad patrimonial de la Administración a causa de daños y perjuicios” por lo que pide “la indemnización a que diera lugar”.

Durante la instrucción del procedimiento se ha incorporado al mismo también el expediente original núm. ....., de responsabilidad patrimonial, tramitado entre los días 22 de diciembre de 2005 y 22 de enero de 2007 por el Servicio instructor como consecuencia del primer escrito de la interesada. En él constan, entre otros, los siguientes documentos:

a) Copia de la historia clínica de la perjudicada, remitida por el Secretario General del “X” a la Unidad de Coordinación de Prestaciones Sanitarias con fecha 20 de febrero de 2006.

b) Copia de los informes que figuran en la historia clínica de la paciente obrante en el “Y”, remitidos, con fecha 15 de marzo de 2006, por la Directora Médica a la Unidad de Coordinación de Prestaciones Sanitarias.

c) Escrito del Jefe del Servicio instructor notificado a la interesada el día 5 de abril de 2007, comunicándole la recepción de su reclamación y las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará.

d) Copia de la historia clínica de la reclamante existente en el "Y", remitida por escrito del Gerente de dicho hospital al Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias el día 5 de abril de 2006.

e) Copia del informe elaborado por el Servicio de Oncología Médica del "Y", con fecha 11 de abril de 2006. En él se efectúa un resumen de la asistencia prestada a la perjudicada, señalando que fue intervenida "el 06-05-03" y tratada "con quimioterapia entre el 28-05-03 y el 10-09-03 (...). El 01-10-03 es vista en nuestra consulta para control hematológico previo a la administración de la radioterapia", respecto a la cual se remite a "lo que se dice en la Guía para el diagnóstico y tratamiento del cáncer de mama en el Principado de Asturias donde se recomienda hacer la radioterapia a las 4 semanas de haber finalizado la quimioterapia", habiéndose iniciado la misma "el 15-11-04". Posteriormente es vista "el 13-02-04" y por no "precisar ningún otro tratamiento complementario es remitida a Cirugía General para que continúe allí revisiones periódicas./ La paciente es vista de nuevo (...) el 28-06-04 por presentar una nueva lesión en la cola de la mama izquierda para lo que se le practica resección de la zona (...), obteniéndose un carcinoma ductal infiltrante", y se decide "tratamiento complementario con el esquema más activo en ese momento que era Epiadriamicina + Taxotere, del que recibe 6 ciclos (...). Posteriormente recibe radioterapia (...) entre el 15-11-04 y el 17-12-04./ El 30-12-04 es vista en nuestra consulta (...), refiriendo (...) dolor a nivel de la cadera derecha de 2-3 semanas de evolución (...). En ese momento la analítica era normal (...). Se le pide una gammagrafía ósea (...) que es informada textualmente (...): 'como único hallazgo se observa un aumento muy leve de la fijación del radiotrazador a nivel de la vertiente articular derecha L4-L5 (...). No observamos signos gammagráficos de metástasis óseas'. A pesar de un marcador normal, fosfatasa alcalina normal, analítica normal y gammagrafía ósea en la que no se demostraban metástasis óseas se solicita una RNM de

columna lumbar”, donde “no se observan anomalías en la señal ósea, masa de partes blandas ni otros hallazgos sugestivos de patología tumoral”. A la vista de todo ello se la remite a Traumatología “para valoración y actitud terapéutica” y a Cirugía General. El “02-06-05 es vista de nuevo (...), fuera de fecha, refiriendo dolor a nivel de la ingle derecha (...). Ese mismo día se le pide una radiografía de la zona en la que no se observa ninguna lesión (...) y se tramita de nuevo una petición de gammagrafía ósea (...), así como también una analítica que incluye marcador”, acudiendo el día 14 de junio de 2005 “a la consulta para resultado de gammagrafía ósea en la que se objetiva una captación patológica muy importante (...). Ese mismo día se pide una radiología de la zona en donde se objetiva la afectación importante a ese nivel”. La paciente queda “citada para el día siguiente a las 11:30 de la mañana” en el Servicio de Radioterapia del `X`. Se le “pauta el mismo 14-06-05 la primera dosis de Aredia ante el riesgo evidente de fractura”.

La siguiente cita se habría producido el 18 de julio de 2005, “cuando se ve a la paciente una vez finalizada la radioterapia (...), nos enteramos que ya ha sido vista en Pamplona (...) donde se le había (...) objetivado (...) captación a nivel del fémur derecho así como también en el fémur izquierdo, en la cadera y en mediastino y que ya había iniciado tratamiento con quimioterapia (...). Sí que es cierto que previamente acudió el marido (...) para valorar las opciones terapéuticas comentándole que el tratamiento citostático que nosotros le ofrecíamos era Epiadriamicina + Taxotere por considerar, como así queda demostrado en la literatura científica que son los dos fármacos más activos” para el cáncer que padecía. También añade que “en el curso clínico del 18-07-05 nosotros le ofrecimos (...) continuar el mismo tratamiento que le estaban administrando en .....”. El siguiente contacto se produce “el 22-08-05 con el marido (...). En este momento de nuevo se le ofreció (...) continuar tratamiento en nuestro centro sin que accedieran a ello continuando voluntariamente tratamiento en la Clínica .....”. Finalmente señala que la perjudicada vuelve a ser tratada por el “Y” a partir del 13 de febrero de 2006.

Como resumen menciona que la paciente acudió “voluntariamente a la Clínica ..... a pesar de que en nuestro Servicio existía un plan terapéutico para su dolencia (...). Que en varias ocasiones se le ofreció continuar el mismo tratamiento que estaba recibiendo (...). Se le comentó a la familia (...) que los tratamientos que estaba recibiendo (...) se podrían administrar en nuestro Servicio”, donde “el único medicamento que no tenía indicación aprobada era Avastín y fue pedido por uso compasivo (...), tratamiento con el que está en la actualidad”.

f) Copia del informe emitido por el Jefe del Servicio de Oncología Radioterápica del “X”, con fecha 19 de abril de 2006, remitido por el Secretario General de dicho hospital al Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias el día 24 de abril de 2006. En él se indica que “entre el 28-05-03 y el 10-09-03 recibió 6 ciclos de CMF, y se había programado siguiendo las recomendaciones habituales, iniciar la radioterapia alrededor de 4 semanas después (...). Por la demanda de (tratamiento) que existía en esa época (...), había una demora de unas 10 semanas, aunque en el caso de la paciente esta demora fue de 6 semanas, puesto que inició la radioterapia el 24-11-03”. Añade que fue vista “semanalmente” y que “con fecha 30-12-03” se encontró “en la exploración una nodulación móvil y sensible al tacto a nivel de axila izda. por lo que se solicita una ecografía”, donde se observa una masa sugestiva “de lipoma, sin poder descartar que fuera una adenopatía (...). Siguiendo el procedimiento habitual se solicita una punción (...) al Servicio de Radiodiagnóstico del `X´, la cual realizan sin ser guiada por imagen porque no lo consideraban necesario. El informe de dicha punción fue de un lipoma, lo cual coincidía con el diagnóstico radiológico hecho”.

Continúa el resumen de la asistencia señalando que “el 09-07-04 se vuelve a ver a la paciente, enviada nuevamente desde el Servicio de Cirugía General del `Y´ tras diagnosticarle de una lesión a nivel de cola de mama, y cuya anatomía patológica era de adenocarcinoma ductal infiltrante”. Después de habersele administrado “tratamiento citostático (...) se le administró un tratamiento de radioterapia (...) entre el 15-11-04 y el 17-12-04. Durante este

último tratamiento la paciente refirió molestias en la cadera dcha. realizándosele estudios radiológicos con fecha 16-12-04 en el que se observó la existencia de quiste (...) sin otra patología significativa. En dicho momento se remite a la paciente al Servicio de Oncología Médica" del "Y". En junio de 2005 -continúa el informe- se nos "vuelve a solicitar una valoración (...) por la existencia de metástasis óseas a nivel de los 2/3 distales de la diáfisis femoral dcha. (...). Entre el 20-06-05 y el 24-06-05 se le administró a nivel de fémur dcho. una dosis de 20 Gy en 5 sesiones" y "al concluir este último tratamiento acudió para una 2.ª opinión a la Clínica ..... donde ha continuado tratamiento".

Sobre las "consideraciones realizadas" por los familiares, manifiesta que "aunque es difícil admitir" que la demora para el inicio de la radioterapia tras el primer diagnóstico haya influido "en la aparición de una 2.ª lesión a nivel de cola de mama, incluso con la afectación ganglionar a ese nivel, sí hemos de asumir que fue una demora superior a la recomendada en la mayoría de las guías clínicas y entre ellas la de nuestra región sanitaria". En relación con la conducta que califican como "poco profesional del equipo (...), se actuó en consecuencia con los hallazgos exploratorios y la información del Servicio de Radiodiagnóstico, y por consiguiente no ha existido mala praxis, a pesar de la evolución posterior de la paciente".

g) Copia de la documentación facilitada por el Servicio de Hospitalización a Domicilio, remitida por el Gerente del "Y" al Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias, con fecha 16 de junio de 2006, donde consta como fecha de defunción de la esposa del reclamante el día 22 de abril de 2006.

h) Informe Técnico de Evaluación, suscrito el día 7 de julio de 2006 por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al afecto. En él se realiza un resumen del proceso asistencial, coincidente con el que efectúan el Servicio de Oncología Médica del "Y", en su informe de fecha 11 de abril de 2006, y el Servicio de Oncología Radioterápica del "X", con fecha 19 de abril de 2006. En el apartado relativo a la "valoración del caso", concluye que "la técnica quirúrgica empleada en la primera intervención (...), dado el tamaño, la

situación y extensión del tumor, la edad y las preferencias de la paciente, parece que fue la adecuada a estas circunstancias (...). El retraso en el comienzo de la radioterapia no fue como se dice en los informes de la Clínica ..... de once semanas desde la finalización del tratamiento quimioterápico, sino de dos semanas. Existen a este respecto evidencias científicas de que sólo las demoras superiores a seis meses reducen la supervivencia, por tanto, un retraso de dos semanas en el inicio de la radioterapia no ha supuesto una pérdida de oportunidad para la perjudicada (...). El nódulo axilar diagnosticado en enero de 2004 fue estudiado conforme a los protocolos existentes al efecto, produciéndose una concordancia de los diagnósticos radiológico e histológico (lipoma) (...). Las pesquisas para averiguar la causa del dolor que en diciembre de 2004 la perjudicada presentaba en la cadera derecha (...) fueron laboriosas y exhaustivas, sin escatimar medios (...). Finalmente, la perseverancia de los facultativos consiguió averiguar que la etiología del dolor era una metástasis ósea (...). El diagnóstico en la Clínica ..... (...) fue en esencia el mismo que el obtenido en el sistema sanitario público (...). Conocido por la Sección de Oncología Médica del ( `Y´ ) que la perjudicada había acudido a un centro ajeno, se le ofreció un plan terapéutico al que no accedieron (...). Finalmente, constatada la escasa respuesta al tratamiento en centro privado y explicado que el ( `X´ ) se encontraba en disposición de ofrecer (...) la misma pauta de tratamiento que se le había prescrito en ..... , optó por continuarlo en la Sección de Oncología Médica de su lugar de residencia”.

Finaliza este apartado señalando que “la paciente de forma unilateral adoptó la decisión de utilizar medios ajenos al sistema para realizar un tratamiento disponible en el servicio sanitario público, como se le había informado”.

Por último, en el apartado “juicio global sobre la pertinencia de la reclamación”, indica que “la actuación de los profesionales del (SESPA) que intervinieron en la asistencia sanitaria del perjudicado (*sic*) fue correcta y ajustada a la *lex artis ad hoc*”, y que “la evolución del cuadro no puede achacarse (...) a una supuesta falta de medios o al uso inadecuado de los

mismos, sino a la propia biología del tumor con un comportamiento tremendamente agresivo y difícil en su manejo”, proponiendo que la reclamación “debe ser desestimada”.

i) Informe del Servicio de Cirugía General del “Y”, suscrito por un Médico adjunto con fecha 11 de septiembre de 2006, en el que se refleja que “por lo que compete al Servicio de Cirugía General de este hospital (...), me ratifico en el informe emitido (...) el 24/06/04” por el “médico responsable de dicha paciente”. No se acompaña copia del citado informe.

j) Dictamen médico, emitido por una asesoría privada con fecha 23 de agosto de 2006, y suscrito colegiadamente por tres especialistas en Cirugía General y Digestivo y uno en Cirugía General. En él después de realizar un resumen de los hechos que en nada sustancial difiere del contenido en el informe técnico de evaluación, se efectúan una serie de consideraciones médicas, entre ellas, las siguientes: “La paciente es intervenida el 06/05/03 (...) sin que exista demora significativa en el tratamiento (...) y comienza el 28/05/03 con la quimioterapia. Finaliza el 6.º ciclo el 10/09/03” y la radiología posterior “comienza el 24/11/03 (...). En esta paciente se realizan los estudios necesarios y suficientes ante la sintomatología que (...) cada caso presenta, tomando la actitud correcta en función de los resultados de las mismas y progresando en el estudio en atención a la evolución clínica. En este sentido, conviene aclarar que el nódulo axilar identificado como lipoma en enero de 2004 era palpable, por lo que la punción es un método correcto para su estudio y los resultados son concordantes con las imágenes./ El nódulo identificado en mayo de 2004 se localiza en borde superior del pectoral (por lo que no parece corresponder con el previo), y es estudiado y tratado sin demora (...). Por lo general, el cáncer de mama metastático no se puede curar (...). Como consecuencia, el tratamiento es meramente paliativo (...). Cuando se le ofrece a la paciente quimioterapia paliativa en presencia de metástasis óseas, ésta decide continuar el tratamiento en otro centro (...). Dicho tratamiento no resulta efectivo y no modifica el curso de la enfermedad”.

En el apartado de conclusiones, señalan los autores del dictamen, entre otras, las siguientes: “La estrategia terapéutica es adecuada: radioterapia por ser cirugía conservadora y quimioterapia por receptores estrogénicos negativos (...). La radioterapia trata de disminuir la incidencia de recidiva local; el supuesto retraso en la aplicación de la misma al que se hace referencia en la reclamación no tendría, por tanto, influencia en la aparición de recidiva sistémica que posteriormente presenta la enferma (...). El estudio del nódulo axilar catalogado como lipoma es adecuado (...). Por las descripciones reflejadas en la documentación, no parece corresponder al nódulo descubierto posteriormente y que resultó ser una recidiva (borde superior del pectoral) (...). Las actuaciones están en todo momento acordes con los resultados de los estudios realizados (...). Por todo lo anterior, no podemos hablar de errores en el manejo y control evolutivo de la paciente”.

k) Alegaciones presentadas por el interesado, como resultado del trámite de audiencia notificado el día 15 de noviembre de 2006. Se trata de dos escritos, de los cuales no consta que hayan tenido entrada en un registro administrativo legalmente constituido. En el primero de ellos se limita a indicar que carece de tiempo para el estudio de dicha documentación, adjunta declaración notarial de herederos y facturas de la clínica privada, “entre las fechas 04/07/2005 y 04/04/2006” y se remite al escrito “sobre la trayectoria de la enfermedad, ya expuesta en la reclamación de reintegro de gastos”, que acompaña. En este segundo escrito realiza un resumen cronológico del proceso asistencial, indicando, sobre la primera intervención, que “la radioterapia sufrió una demora de 11 semanas contadas desde la operación, cuando lo normal es un periodo menor”; en cuanto a la revisión de 2004, donde se le detectó un lipoma, que “hubo una falta de medios, o negligencia”, y por último, respecto a la aparición posterior de metástasis en el fémur, también imputa al servicio público sanitario una “falta de medios adecuados”.

l) Escrito de fecha 22 de enero de 2007, remitido por el Jefe del Servicio instructor a la Dirección de Atención Sanitaria del SESPA, según señala, “en cumplimiento de la doctrina establecida por el Consejo Consultivo del

Principado de Asturias (Dictamen núm. 241/2006)", adjuntando el "original del expediente de responsabilidad patrimonial núm. .... (...), al objeto de que (...) se proceda a su resolución conforme a la normativa vigente reguladora de las prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud".

**6.** Con fecha 3 de mayo de 2007, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite un nuevo Informe Técnico de Evaluación, coincidente con el realizado el día 7 de julio de 2006, y ya referido en el antecedente anterior.

**7.** Mediante escritos de 7 de mayo de 2007, el Jefe del Servicio instructor remite a la Secretaría General del SESPA una copia del informe técnico de evaluación y a la compañía de seguros correspondiente otra de la totalidad del expediente.

**8.** El día 24 de julio de 2007 se notifica al interesado la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente, remitiéndole una relación de los documentos obrantes en él. Con fecha 27 de ese mismo mes comparece en las dependencias administrativas y obtiene una copia de aquél, compuesta en ese momento por cincuenta y ocho (58) folios, más otros setecientos sesenta y nueve (769) pertenecientes al expediente ..... Mediante escrito fechado el día 26 de julio de 2007, sin que conste su entrada en registro administrativo legalmente constituido, presenta alegaciones, manifestando ratificarse en las "contenidas en la solicitud inicial de prestación sanitaria", señalando que "hay una conexión causal entre los daños padecidos (...) y el funcionamiento de los servicios públicos, que por no atender a mi esposa en debida forma le causaron irreparable daño".

**9.** Con fecha 2 de agosto de 2007, el instructor del procedimiento eleva propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Sobre los hechos, realiza un relato que en nada sustancial difiere del que se contiene en el informe técnico

de evaluación. En los fundamentos de derecho sostiene que “la actuación de los profesionales (...) que intervinieron en la asistencia sanitaria (...) fue correcta y ajustada a la *lex artis ad hoc*. El retraso en la aplicación del tratamiento de radioterapia no ha supuesto, a tenor de las evidencias disponibles, una pérdida de oportunidad para la reclamante./ La evolución del cuadro no puede achacarse a una supuesta falta de medios o al uso inadecuado de los mismos, sino a la propia biología del tumor con un comportamiento tremendamente agresivo y difícil en su manejo, como corresponde a un carcinoma de mama en estadio IV, cuya mediana de supervivencia se sitúa en dos años a pesar de un tratamiento adecuado (...). De hecho la asistencia recibida en la medicina privada no logró cambiar el curso inexorable de la enfermedad”.

A la vista de ello, propone “desestimar la reclamación” formulada.

**10.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 de septiembre de 2007, registrado de entrada el día 18 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 dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17,

apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está el interesado activamente legitimado 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, la reclamación se presenta, según señala el Jefe del Servicio instructor, con fecha 13 de abril de 2007, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen (el fallecimiento de la esposa) con fecha 22 de abril de 2006, por lo que es claro que lo fue dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada

por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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

Sin embargo, hemos de señalar que la comunicación dirigida al interesado a los efectos de lo dispuesto en el artículo 42, apartado 4, de la LRJPAC incurre en error respecto a la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento, que no puede iniciarse, como se indica en la referida comunicación, “el día siguiente al de recibo de la presente notificación”, sino, de acuerdo con el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, desde que se inició el procedimiento. En el supuesto concreto que analizamos, el procedimiento se inició a instancia de parte -a solicitud de la persona interesada y no de oficio por la Administración- y, por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 42, apartado 3, de la LRJPAC, el plazo máximo en el que habría de notificarse la resolución expresa se ha de contar desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro (legalmente constituido) del órgano competente para su tramitación.

**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.-** El asunto que se somete a nuestra consideración se refiere a una reclamación de daños y perjuicios formulada como consecuencia de la atención sanitaria prestada en dos hospitales de la red pública, entendiendo el

interesado que durante la dispensada a su esposa se produjeron “negligencias y fallos médicos” y “falta de medios y medios no adecuados”. Como resultado, sostiene que se produjeron unos daños y perjuicios que valora en ciento treinta mil euros (130.000 €), sin concretar ni especificar a qué daños se refiere, ni la justificación de dicho importe. No obstante, ya hemos detallado que existe un expediente anterior, de reintegro de gastos generados en la medicina privada, y varios escritos de alegaciones a lo largo del mismo. De todo ello, en aras de un principio antiformalista favorable para el ciudadano, podemos extraer la conclusión de que el ahora interesado defiende que se le ha ocasionado un daño moral como consecuencia del fallecimiento de su esposa, que entiende desencadenado por un mal funcionamiento del servicio sanitario, que no la habría atendido adecuadamente.

En el razonamiento para alcanzar la expresada conclusión, y con análogos principios, hemos dejado al margen los importes de la atención médica privada con los que el reclamante vincula la indemnización solicitada, dado que la cuantía de ésta no afecta al análisis previo, que ahora realizamos, acerca del daño alegado, su naturaleza y sus características.

Asimismo, en aplicación del principio expuesto, debemos prescindir de aquellas concretas referencias a daños directamente soportados por la esposa del interesado (enunciados, en ocasiones, como autónomos del principal y coincidentes con el progresivo agravamiento de la enfermedad y su lamentable desenlace), en tanto que la actual reclamación se ejerce el día 13 de abril de 2007 por el cónyuge viudo y en tal condición carecería de título legal para actuar por cuenta de la fallecida, lo que habría de conducir de plano a la desestimación de la pretensión respecto a tales alegaciones por carencia de legitimación o, en otro caso, por prescripción.

Siguiendo un orden cronológico, a lo largo del expediente encontramos las siguientes manifestaciones del daño alegado por el reclamante:

Con fecha 7 de diciembre de 2005, y dirigiéndose al Jefe de la Inspección Médica de “Y”, la perjudicada y el interesado indican que “la enfermedad se deterioró gravemente debido a un número de errores” por parte

de los servicios públicos sanitarios; que “los errores arriba mencionados han contribuido incluso a un mayor deterioro anímico de la enferma”, y que “alarmada, frustrada e impotente ante un rápido avance del cáncer y su evidente deterioro físico, la paciente desearía que nunca se hubieran cometido semejantes errores, para así poder haber optado a un posible tratamiento efectivo. El efecto psicológico derivado de tales hechos ha sido, por tanto, demoledor”.

En el mismo escrito, a modo de resumen, manifiesta que “la enfermedad se deterioró gravemente debido a un número de errores por parte de los servicios de la Seguridad Social:/ Una espera de once semanas para la aplicación de la radioterapia (...). La conducta poco profesional del equipo (...), al no emplear los medios adecuados para la detección y análisis precisos de un nuevo nódulo mamario. Lo que un examen precario calificó de lipoma, resultó ser luego un carcinoma con metástasis axilares. (...) dar de alta a la paciente cuando ésta se quejaba de dolores en cadera, ingle y muslo derechos. El diagnóstico que sigue a las pruebas, descartando indicio tumoral alguno, ofrece un claro contraste con el alcanzado unos meses más tarde, cuando la paciente es informada de que sufre metástasis ósea”, subrayando finalmente que “los errores (...) han contribuido incluso a un mayor deterioro anímico de la enferma”.

Con fecha 26 de julio de 2007, en el trámite de audiencia del expediente ..... que analizamos, cuando ya había fallecido la esposa del interesado, éste señala que “lo que se pretende obtener es una reparación económica del daño ocasionado a mi fallecida esposa (...), causalmente conectado con la actividad médica./ Hay una conexión causal entre los daños padecidos por la misma (que desencadenaron su óbito) y el funcionamiento de los servicios públicos, que por no atender a mi esposa en debida forma le causaron irreparable daño”.

Si tal es el daño alegado, hemos de manifestar que no existe duda alguna sobre el fallecimiento de la esposa del interesado, ocurrido el día 22 de abril de 2006, según consta en la historia clínica aportada. Por tanto, y con independencia de los problemas que ocasiona la prueba de los daños morales y

su cuantificación, cuestiones sobre las que, en su caso, habremos de profundizar más adelante, la simple constatación de la muerte de la perjudicada nos permite presumir la existencia de un daño moral para su esposo, admitiendo un enlace entre ambos hechos, según las reglas del criterio humano. Consecuentemente, hemos de avanzar en el análisis del resto de los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, puesto que, acreditada la existencia de un daño real, efectivo y evaluable económicamente, surgido para el reclamante en el curso de la actividad del servicio público sanitario, ello no implica sin más el reconocimiento de la responsabilidad de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención del resultado pretendido, en definitiva, con la garantía de la sanación.

Por lo tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su

caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la organización sanitaria en que se desarrolla-, para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. También hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que ésta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización pretende.

Para resolver sobre el elemento causal partiremos de identificar las imputaciones que realiza el reclamante sobre el funcionamiento del servicio público sanitario, analizando cada una de ellas a la luz del criterio valorativo expuesto. Tales imputaciones aparecen resumidas en el escrito de fecha 7 de diciembre de 2005, incorporado al expediente del procedimiento de reintegro de gastos, y son concretamente: la “espera de once semanas para la aplicación de la radioterapia”; la falta de “medios adecuados para la detección y análisis precisos de un nuevo nódulo mamario”, calificando de lipoma lo que “resultó ser luego un carcinoma”, y finalmente, tras una segunda intervención, haber dado “de alta a la paciente cuando ésta se quejaba de dolores”, puesto que “el diagnóstico que sigue a las pruebas, descartando indicio tumoral alguno”, contrasta “con el alcanzado unos meses más tarde, cuando la paciente es informada de que sufre metástasis ósea”.

Sobre la primera de esas cuestiones, el expediente tramitado prueba que, efectivamente, la perjudicada fue informada por su oncólogo de que el tratamiento con radioterapia debía iniciarse a las cuatro semanas de finalizar el quimioterápico, y que es ese plazo el que figura “en la Guía para el diagnóstico y tratamiento del cáncer de mama en el Principado de Asturias”, según señala el Servicio de Oncología Médica del Hospital “Y” en su informe de fecha 11 de abril de 2006. En el mismo se indica que el tratamiento con quimioterapia finalizó el día 10 de septiembre de 2003, y aunque también apunta que se inició la radioterapia “el 15-11-04” (fecha que coincide con el comienzo de un segundo tratamiento del mismo tipo), sin duda, ha de tratarse de un error,

puesto que el Servicio responsable de este tratamiento (Oncología Radioterápica del Hospital "X", informe de fecha 19 de abril de 2006), aclara que "inició la radioterapia el 24-11-03". En definitiva, habían transcurrido 74 días desde la finalización del tratamiento de quimioterapia -10 semanas y media- y, por tanto, respecto al plazo fijado en la mencionada Guía, se había producido un retraso de 6 semanas y media sobre el considerado como correcto.

La siguiente cuestión consiste en dilucidar si ese retraso sobre las previsiones iniciales comunicadas a la interesada se encuentra causalmente unido al daño que hemos identificado, y en este punto los informes médicos incorporados al expediente, aunque sin ser absolutamente concluyentes, no permiten establecer una relación entre aquél y la progresión de la enfermedad o la descartan expresamente. El último de los informes que acabamos de citar indica que, "aunque es difícil admitir que dicha demora influyó en la aparición de una 2.<sup>a</sup> lesión (...), sí hemos de asumir que fue una demora superior a la recomendada en la mayoría de las guías clínicas y entre ellas la de nuestra región sanitaria, causada por la excesiva carga asistencial existente en aquellos momentos". El informe técnico de evaluación, de fecha 7 de julio de 2006, después de afirmar que el retraso sólo fue de dos semanas, plantea que "existen (...) evidencias científicas de que sólo las demoras superiores a seis meses reducen la supervivencia, por tanto, un retraso de dos semanas (...) no ha supuesto una pérdida de oportunidad para la perjudicada". En ese mismo sentido se pronuncia el dictamen privado realizado a instancia de la compañía aseguradora, "la radioterapia trata de disminuir la incidencia de recidiva local; el supuesto retraso en la aplicación de la misma al que se hace referencia en la reclamación no tendría, por tanto, influencia en la aparición de recidiva sistémica que posteriormente presenta la enferma". En consecuencia, no podemos considerar acreditado que el retraso sobre las previsiones iniciales recomendadas, retraso que según advertimos fue de 6 semanas y media, hubiese incidido en la aparición de la segunda lesión, en el empeoramiento de

la salud de la esposa del interesado y en el fallecimiento que determina esta reclamación.

Con relación al resto de las imputaciones, referidas a una supuesta falta de “medios adecuados para la detección y análisis precisos de un nuevo nódulo mamario”, y a un diagnóstico tardío, tanto del nuevo carcinoma de mama como de la metástasis ósea, hemos de señalar que el funcionamiento del servicio público sanitario se ajustó al criterio de la *lex artis*. En primer lugar, el interesado no aporta prueba alguna en sentido contrario, limitándose a relatar la negativa evolución de la perjudicada como supuesta prueba de tales imputaciones. En relación con ello, ya hemos subrayado que no es exigible al servicio público sanitario la obtención de un resultado favorable, sino que únicamente se le puede exigir el empleo de los medios adecuados a tal fin, y los informes técnicos que obran en el expediente revelan, sin que advierta este Consejo error alguno en tales afirmaciones, que se pusieron a disposición de la paciente los medios diagnósticos y las terapias adecuadas en cada momento, en función de la sintomatología que presentaba. A este respecto muestran que el lipoma fue diagnosticado de acuerdo con el resultado coincidente de las pruebas radiológicas y analíticas realizadas, y, ante tales evidencias, no podemos estimar relevante la manifestación del interesado de que se efectuó una “punción a ciegas, sin utilización de ninguna prueba radiológica”, y que fueron necesarios dos pinchazos. Lo cierto es, según consta en la documentación clínica, que se practicaron una ecografía y una punción, y ambos informes resultaron coincidentes, diagnosticándose un lipoma. Por tanto, tales afirmaciones, sin soporte probatorio alguno, no permiten considerar acreditado que el resultado de las pruebas fuese erróneo, y, por otra parte, los informes técnicos referidos advierten que, tratándose de un nódulo palpable, no se precisaba asistencia radiológica para efectuar la punción. En último término, esos mismos informes cuestionan incluso el error diagnóstico al que alude el interesado, evidenciando que el carcinoma se encontraba en un lugar diferente a aquél en el que se había diagnosticado en su momento el lipoma.

De igual manera, los distintos informes técnicos recogen el proceso asistencial que permitió diagnosticar finalmente la metástasis ósea. En dicho proceso se detallan las sucesivas pruebas realizadas, sin que exista indicio de empleo de medios inadecuados o defecto asistencial alguno. Los informes médicos que figuran incorporados al expediente consideran que se emplearon en todo momento los necesarios, sin escatimar esfuerzos, afirmando que fue la perseverancia del servicio asistencial la que permitió diagnosticar, en definitiva, la metástasis ósea. El informe del Servicio de Oncología Médica del Hospital "Y", de fecha 11 de abril de 2006, detalla el proceso asistencial prestado en este punto de la evolución de la enfermedad, señalando que el 30 de diciembre de 2004 se solicita una gammagrafía ósea, donde no se observan signos de metástasis, precisando a continuación que "a pesar de un marcador normal, fosfatasa alcalina normal, analítica normal y gammagrafía ósea en la que no se demostraban metástasis óseas se solicita una RNM de columna lumbar", cuyo resultado también descarta dicha patología tumoral. Sin embargo, unos meses más tarde, y utilizando las mismas pruebas diagnósticas referidas (radiografía, gammagrafía ósea y analítica con marcador), el servicio público sanitario sí detecta una nueva lesión tumoral, lo que nos lleva a razonar, contrariamente a lo que defiende el interesado, que los medios utilizados en el primer momento fueron los correctos.

Por último, en cuanto a la asistencia recabada en un centro hospitalario privado, hemos de destacar que no guarda relación temporal con el retraso en la aplicación del tratamiento de radioterapia en el servicio público sanitario, no apreciándose entre ambos hechos la inmediatez que se desprende de las alegaciones del reclamante y de su esposa en el procedimiento de reintegro de gastos incorporado a éste como antecedente.

En consecuencia, este Consejo Consultivo entiende que, tanto en el estudio del nódulo axilar como en todo el proceso posterior, el servicio público sanitario se ajustó al criterio de la *lex artis* y, por ello, no existe relación de causalidad con el fallecimiento de la perjudicada, ni con los daños morales derivados del mismo. Tampoco se ha acreditado relación causal entre la muerte

de aquélla y el retraso de seis semanas y media en el inicio del primer tratamiento radioterápico.

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 don .....

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.