

Expediente Núm. 190/2009
Dictamen Núm. 27/2010

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 11 de febrero de 2010, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 10 de febrero de 2009, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados de lo que consideran una insuficiente asistencia sanitaria pública.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 20 de diciembre de 2007, los perjudicados formulan, mediante escrito presentado en una oficina de correos, una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del fallecimiento de su esposa y madre, respectivamente, derivados de una insuficiente e inadecuada atención sanitaria. Dirigen su reclamación a la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios del Principado de Asturias, al Servicio de Salud del Principado de Asturias (Sespa) y al Hospital

“X”. Dicho escrito tiene entrada en el Registro General del Principado de Asturias el día 26 de diciembre de 2007.

Los reclamantes manifiestan que en el año 2002 la ahora fallecida “pasó a formar parte del ‘Programa de Prevención del Cáncer de Mama’”, llevado a cabo en el Hospital “X”, en colaboración con el Sespa. Especifican que el programa ofrece y recomienda la realización de las mamografías con una periodicidad de dos años, salvo que se encontraran anomalías en el resultado de las mismas, y cuyo objetivo es la detección precoz del cáncer de mama y que su esposa y madre se sometió a las revisiones periódicas y atendió “de forma escrupulosa todas las recomendaciones médicas”.

Los reclamantes consignan la realización, dentro del programa referido, de una primera mamografía en junio de 2002, “sin que de la misma los facultativos extrajeran anomalía alguna”; otra, en mayo de 2004, en la que se detectaron “alteraciones de carácter benigno, practicándosele en el mes de julio siguiente dos PAAF (punción-aspiración con aguja fina)”, siendo el diagnóstico en ambas “`negativa para células malignas””; una tercera, en noviembre de 2004 por recomendación facultativa, con el resultado de “alteraciones de carácter benigno”, realizándosele otra punción-aspiración con aguja fina ese mismo mes, con el diagnóstico de “`fibrolipoma’ (alteraciones de carácter benigno”.

Refieren que en los primeros meses de 2005 comenzó a encontrarse mal, sufriendo intensos dolores de espalda que le impedían la normal realización de sus quehaceres, y su preocupación aumentaba por la existencia de un bulto en la mama izquierda y que, en mayo de 2005, realizó otra mamografía que dio como resultado “`alteraciones de carácter benigno`”.

Siguen relatando que, simultáneamente a la realización de las mamografías, la paciente acudió en varias ocasiones a su médico de cabecera durante los años 2005 y 2006 debido a la sintomatología que presentaba y, concretamente, el día 23 de enero de 2006 consultó con motivo del “preocupante aumento del bulto que tenía en la mama izquierda”. La facultativa que la atiende informa de “cambios en la morfología (retracción) y en la

palpación de la mama izquierda. También se palpa adenopatía menor de 1 cm. en la axila izquierda” y aconseja la realización de una mamografía, adelantándose la cita prevista para el mes de mayo, al mes de febrero de 2006.

Dicen que por entonces “ya había perdido más de 5 kilos, los dolores eran muy intensos, no pudiendo casi ni moverse ni levantarse de la cama sola” y el bulto había aumentado de forma relevante. Consideran que a estos síntomas “otra vez más, no se les prestó atención”. Indican que esta última mamografía dio como resultado “no se han detectado tumoraciones malignas, repetir a los dos años” y que el posterior informe de ésta, fechado el 24 de abril de 2006, señalaba: “‘control mamográfico normal, no exploración clínica, no ecografía, no citología’. No obstante ello, y habiendo arrojado dicha prueba un resultado positivo, se la citó para que volviera en 24 meses”.

Afirman los reclamantes que “nadie parecía hacer caso” ni a los dolores ni a las dificultades funcionales que manifestaba la paciente, aunque, “paradójicamente (...), sí se entregó a la familia un volante para llamar a una ambulancia en caso de que fuera necesario”.

En enero y marzo de 2006, se realizaron a la paciente radiografías de la columna lumbar y dorsal en las que no se hallaron alteraciones significativas, y el 23 de marzo de ese año su médico de cabecera determina: “dorsolumbalgia mecánica de un mes de evolución, distintos tratamientos analgésicos y AINEs con muy escasa mejoría”. Ante la persistencia de estos dolores, acudió -el 4 de abril siguiente- al Servicio de Urgencias de un centro hospitalario, donde informan: “no patología urgente en la actualidad, algias a estudio” y después a la consulta de un traumatólogo privado quien, vistas las radiografías antes descritas, realizadas en enero y marzo de 2006, concluyó: “fractura de la vértebra T12, en principio debido a osteoporosis (...) adelgazó cinco kilos en tres meses”.

Afirman que, el día 19 de abril de 2006, la paciente -“que ya no se podía ni mover”- acudió al Servicio de Urgencias de un hospital de la red pública, que detecta entre otros síntomas “múltiples fracturas de columna, retracción de la piel en la mama izquierda que sugiere malignidad, nódulo de naturaleza

ganglionar en axila izquierda visible parcialmente". Desde entonces permaneció internada para la realización de pruebas hasta el 4 de mayo siguiente, en que ingresa en el Servicio de Oncología, con el diagnóstico de "ni adenocarcinoma ductal de mama con metástasis óseas múltiples", que afectaba ya al 80% de su esqueleto. Destacan que el informe de la última mamografía -de fecha 24 de abril de ese año- "decía todo lo contrario".

Consideran que hubo un clarísimo error en el diagnóstico, porque en la radiografía del mes de marzo de 2006, en la que los especialistas del Sespa "no apreciaron alteraciones significativas", un traumatólogo privado detectó una fractura de la vértebra T12; y que en una mamografía realizada el 2 de febrero de 2006 no extrajeron ninguna consecuencia negativa cuando, en enero, ya se aprecia una retracción de la piel de la mama izquierda y adenopatía en zona axilar izquierda y, sólo dos meses después, los facultativos del servicio de urgencias del Hospital "Y", detectan múltiples fracturas de vértebras, retracción de la piel en la mama izquierda y nódulo de naturaleza ganglionar. Estiman que debía haberse realizado alguna prueba que permitiera esclarecer el origen de los intentos dolores de espalda, progresiva pérdida de peso y el bulto en la mama izquierda, que presentaba la paciente a principios del año 2005. Dicen ignorar si el error se produjo en la lectura del resultado de las pruebas diagnósticas o en la elección de las mismas, pero afirman que su esposa y madre recibió una atención insuficiente e inadecuada, a consecuencia de la cual no recibió tratamiento alguno de la enfermedad que desarrolló, falleciendo el día 14 de enero de 2007, a los 56 años.

Solicitan una indemnización total, por el fallecimiento y perjuicio moral, en la cuantía de trescientos mil euros (300.000 €), desglosada de la siguiente forma: 160.000 € para el esposo de la fallecida, y 70.000 € para cada uno de sus dos hijos.

Adjuntan a su escrito copia de la siguiente documentación: a) Certificado de defunción de la paciente el día 14 de enero de 2007, en el Hospital "Y". b) Libro de familia acreditativo del matrimonio de la fallecida así como la inscripción de sus hijos. c) Hoja de informe radiológico de fecha 21 de mayo de

1999, relativa a la mamografía realizada el día 12 del mismo mes, que indica “no se definen formaciones nodulares de naturaleza tumoral, ni otros hallazgos que sugieran la existencia de patología neoplásica mamaria”.

2. Mediante escrito de fecha 15 de enero de 2008, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias (en adelante Servicio instructor), comunica a la Gerencia del Hospital “X” la entrada de la reclamación y solicita la remisión de la historia clínica de la fallecida obrante en ese centro, así como un informe del servicio implicado y certificación de la vinculación o no de los facultativos intervinientes con el Sespa.

3. Con fecha 22 de enero de 2008, el Jefe del Servicio instructor notifica a los reclamantes la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. Mediante escrito de 16 de enero de 2008, el Jefe del Servicio instructor comunica a una Inspectora de Prestaciones Sanitarias que ha sido designada para elaborar el preceptivo Informe Técnico de Evaluación.

5. El día 1 de febrero de 2008, el Subdirector del Hospital “X”, remite la historia clínica de la paciente así como un informe de la médica responsable de su asistencia en la Unidad Básica de Cribado (en adelante UBC). Respecto a lo interesado en cuanto a la vinculación de la facultativa con el Sespa, se aclara que, en la fecha a la que se refieren los hechos, prestaba servicios simultáneamente tanto para el Servicio de Radiología de un hospital público, como para la UBC del Hospital “X”.

La citada doctora, comienza su informe -datado el 5 de julio de 2007-, recordando brevemente algunos conceptos básicos de los Programas de Detección Precoz del Cáncer de Mama.

Refiere a continuación que la paciente “acude por primera vez al screening el 12-6-2002”, realizándose una mamografía bilateral y objetivándose unas mamas con abundante cantidad de tejido fibroglandular de densidad media, disposición simétrica y estructura heterogénea, todo ello enmarcado en una mastopatía fibroquística típica. El resultado de la prueba es entonces negativo (sin patología maligna). Siguiendo con los ciclos bianuales del programa, se repite la mamografía en mayo de 2004, “sin que se aprecie ningún cambio en las mismas y sin que se objetiven lesiones sospechosas”. Como en esas fechas la paciente indica “notarse un ‘bulto’ en la mama izquierda”, se le practica “una proyección CCI que también es normal y una ecografía. En esta última prueba, y como hallazgo casual (no coincidía con el ‘bultoma’ que notaba la paciente, se apreciaba una imagen seudonodular, de +- 8-10 mm, palpable y localizada en el cuadrante ínfero-interno de la mama izquierda”. Dicha imagen era inespecífica desde el punto de vista ecográfico, por lo que se le realizó una PAAF por palpación, con el resultado “negativo para células malignas” y, siguiendo las recomendaciones del informe anatómico-patológico, se le realizó una segunda PAAF, esta vez eco-guiada, donde el resultado volvió a ser el mismo.

Señala que, “ante una mamografía normal, una ecografía inespecífica y dos PAAF negativas, se le pautó un control en 6 meses, donde se le realizó solamente ecografía (puesto que en la mamografía no se veía nada)”. En ella “no se detectó ningún cambio ni en forma ni en tamaño”, pero se derivó a la paciente a su hospital de referencia para seguir su estudio, de cara a una mayor seguridad. Allí se le realizó una tercera PAAF, con el resultado de “fibrolipoma”.

A partir de aquí, continúa, “de forma muy lógica y correcta”, se asumió que la lesión era benigna y se le explicó esta conclusión a la paciente, “pautando controles en 12 y 12 meses, respectivamente, y ofreciéndole (...) la posibilidad de adelantarlos si notaba algún cambio”. En estos controles “no existió ningún cambio radiológico y el tumor siguió sin identificarse en la mamografía (último control el 2-2-06)”. Señala que no le consta que la paciente

acudiera a ese Servicio, ni dispone de informes clínicos donde se “notificara algún tipo de sintomatología o sospecha”.

Considera que la atención seguida con la paciente “se ha ajustado totalmente a los protocolos existentes” y que, cuando ésta ingresó en el hospital y se le hizo mamografía, donde también fue vista por ella, “lo que más llamaba la atención era engrosamiento cutáneo”, tal como “consta en el informe de 3-5-06”, que no se veía en las anteriores realizadas en el mes de febrero. Afirma que “no había una ‘masa mamográfica’ como se indica en la reclamación” y que “dicha imagen sólo se confirmó después con ecografía”.

Asimismo, recuerda que “los cribados, como cualquier intervención sanitaria, además de beneficios, tienen también sus riesgos”, tales como alargar la duración de la enfermedad cuando no haya modificaciones en el pronóstico, sobret ratamientos en las formas más leves de la enfermedad, falsos negativos (personas enfermas que se identifican como sanas) y falsos positivos que pueden generar preocupación y ansiedad, además de sometimiento a pruebas que no necesitan. Es también conocida y aceptada como inevitable, la “existencia de cánceres de intervalo”, que es “un cáncer primario que se presenta entre dos exploraciones rutinarias de cribado, en una persona descartada con resultado negativo en la prueba de cribado o con un diagnóstico de no malignidad tras la valoración adicional de una anomalía detectada en un cribado”.

Informa que los programas de cribado son un servicio de salud pública que incluye un número importante de personas que se sienten sanas y las mujeres sintomáticas -de acuerdo con las “Guías Europeas de Cribado Mamográfico”- deberían ser estudiadas a través de otras vías “incluso si las pruebas de imagen son negativas”.

Aclara, “en relación a la clínica que se menciona y a la falta de atención que se denuncia”, que el radiólogo de screening no hace la mamografía, no ve a la paciente, salvo que tenga que hacer una valoración, no realiza exploración física y, por tanto, “sólo valora las imágenes”.

Concluye añadiendo que, aunque cree haber hecho lo correcto y todo lo que estaba en su mano para establecer un diagnóstico, puede entender la frustración e impotencia de la familia que ella también ha sufrido como persona y como profesional. Refiere haber explicado todo lo expuesto a los familiares así como haberles facilitado los originales mamográficos y copias de informes que le solicitaron.

La historia clínica remitida por el Hospital "X" la componen copias de las distintas comunicaciones -la primera de ellas fechada el 22 de mayo de 2002, con cita para el día 12 de junio-, pruebas e informes realizados en ese centro y que se detallan en el informe precedente, así como los siguientes informes, emitidos por distintos servicios del Hospital "Y": a) Hoja de interconsulta de Atención Primaria al servicio de Traumatología y C. Ortopédica, fechada el 23 de marzo de 2006, por "dorso-lumbalgia mecánica de 1 mes de evolución". Constan los episodios activos de la paciente, figurando bulto en mama izquierda, abierto el 1 de agosto de 2002; lumbalgia sin irradiación el 28 de junio de 2004; dolor brazo músculo esquelético el día 20 de diciembre de 2004 y dorsalgia con fecha 4 de mayo de 2005. b) Informe del Servicio de Traumatología del Área de Urgencias, fechado el 4 de abril de 2006, en el que consta que la paciente acude por "cuadro de unos 4 meses de evolución de dolor en región lumbar-dorsal que se irradia hacia delante, que empeora", y tras realización de "Rx parrilla costal y tórax AP" normal, no se aprecia patología urgente en la actualidad. c) Informe del Servicio de Medicina Interna de traslado al Servicio de Oncología fechado el 4 de mayo de 2006. Consigna fecha de ingreso el día 19 de abril y en antecedentes que "en agosto comienza con dolores diversos articulares (...). Se asocia al síndrome general y en los últimos meses con pérdida de 7 kg de peso. (...) acude a Urgencias en el mes de abril por persistencia de los dolores dorso-lumbares, que no se irradian a MMII, últimamente dolor cervical". Consta la realización de exploración física, análisis, Rx tórax, Rx de abdomen y columna lumbar, TAC toraco-abdominal, RNM de columna dorsal, Mamografía, ecografía y PAAF, biopsia de ganglio linfático de cuello, ecografía abdominal y gammagrafía ósea y diagnóstico de

“adenocarcinoma ductal de mama con metástasis óseas múltiples./ Colelitiasis”.

d) Informe de Oncología Médica con fecha 5 de junio de 2006, relativo a ingreso de la paciente en el mismo desde el día 4 de mayo, en el que consta tratamiento de radioterapia administrado. e) Informe de alta en el Servicio de Hospitalización a Domicilio fechado el 5 de diciembre de 2006, tras ajuste de tratamiento analgésico.

Consta también en la historia clínica, informe emitido el día 11 de abril de 2006 por un médico privado especialista en Traumatología y Cirugía Ortopédica, en el que indica como impresión diagnóstica “fractura espontánea T12 (Rx de marzo 06)”, como plan: “RM columna dorsal (en principio es osteoporótica (...) adelgazó 5 kg en tres meses)”, y culmina pautándole calcio y medicación específica para el dolor.

6. Con fecha 27 de marzo de 2008, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él describe los hechos recogidos en la reclamación y procede a su valoración, señalando que “el cáncer de mama es el tumor más frecuente en las mujeres occidentales y es la primera causa de muerte entre los 35 y 55 años”, representando el 3,6% de las defunciones, según el análisis de la mortalidad en Asturias para el año 2001, “con una incidencia en aumento para los grupos de edad de 50 a 69 años” y, por ello, “el Consejo de Europa recomienda realizar mamografías periódicas en mujeres dentro de los llamados Programas de Detección Precoz del Cáncer de Mama, que en Asturias comenzaron en el año 1991 y en Gijón en 1998”. A continuación, indica cómo se establecen los protocolos que siguen dichos programas y cita la “`Guía de Recomendaciones Clínicas del Cáncer de Mama””, del año 2005, la última publicada. En ella se disponen las normas y pautas de conducta ante las diferentes lesiones, “que son seguidas de manera estricta por todos los programas de cribado de la Comunidad, para alcanzar el objetivo fundamental que es, reducir la morbilidad y mortalidad de la enfermedad”. Seguidamente resume las técnicas diagnósticas y recoge las dificultades de diagnóstico presentadas en este caso,

expuestas por la médica responsable de la asistencia en la Unidad Básica de Cribado, quien reitera que “todas las técnicas diagnósticas protocolizadas para la confirmación diagnóstica fueron practicadas a la paciente, ajustándose a la protocolización existente (mamografía-ecografía-punción diagnóstica negativa-control seguimiento-nueva punción negativa-derivación al hospital de referencia-nueva punción con resultado de benignidad-otros dos controles de seguimiento sin cambios), por lo que puede calificarse la asistencia que le fue proporcionada de adecuada, tratando de encontrar el origen y la etiología de la enfermedad sufrida por la misma”.

Valora, por último, “que no consta que (en) la UBS haya examen físico a la paciente” y que “se realizaron las pruebas diagnósticas precisas y fueron reiteradas, hasta que, fue en la sanidad privada donde se dio la alarma por el síndrome general que presentaba (pérdida de peso y grandes dolores), acudiendo de nuevo a la sanidad pública, donde (...) síntomas tan evidentes llevaron al establecimiento de un diagnóstico certero”.

Concluye el informe manifestando que la reclamación interpuesta debe ser desestimada puesto que “el fallecimiento de la paciente 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 tratada”.

7. Mediante escritos de 28 de marzo de 2008, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Sespa, y del expediente completo a la correduría de seguros.

Asimismo, el día 21 de abril de 2008, el Jefe del Servicio instructor remite a la Gerencia del Hospital “X” una copia del informe técnico de evaluación, señalando que “disponen de un plazo de 10 días para que efectúen las alegaciones que estimen pertinentes y propongan cuantos medios de prueba consideren pertinentes”.

8. Con fecha 27 de junio de 2008, una asesoría privada, a instancias de la entidad aseguradora, emite informe suscrito por cinco especialistas en Obstetricia y Ginecología. Tras realizar una síntesis de los hechos, señalar que el cáncer de mama es la neoplasia más frecuente entre las mujeres pues representa el 28% de los cánceres, siendo la principal causa de muerte por cáncer en dicho sector, y exponer los distintos métodos de diagnóstico existentes de acuerdo con el Protocolo de la Sociedad Española de Ginecología y Obstetricia, se resume que, "en este caso, se realizaron las exploraciones adecuadas con una cronología correcta, a la vista de los datos obtenidos. La falta de diagnóstico del carcinoma en un estadio más precoz, cabe relacionarse con la existencia de falsos negativos tanto en los medios de exploración mamográficos y ecográficos, como en el citológico (...). Pero existe una actuación que no podemos considerar correcta (...), un informe emitido, suponemos desde atención primaria (...), del 23-1-06, que señala literalmente que existen 'cambios de morfología (retracción) y en la palpación de la mama izda.; asimismo se palpa adenopatía <1 cm en la mama izda.'/ Estos datos en la exploración clínica orientan claramente el diagnóstico hacia malignidad. El hecho de que la mamografía se informara como normal no debió excluir la necesidad de completar el estudio con otra PAAF o biopsia, lo que, sin duda, hubiera adelantado el diagnóstico unos 2-3 meses", si bien este tiempo, "dentro del conocimiento actual de la historia natural del cáncer de mama, es irrelevante, pues el pronóstico de la enfermedad no hubiera cambiado en absoluto".

En cuanto a la valoración de la sintomatología de dolor de espalda, que refería la paciente desde un año antes del diagnóstico de carcinoma de mama y que los reclamantes asocian a la existencia de metástasis óseas, es evidente que, al no estar diagnosticado dicho cáncer, la orientación diagnóstica hacia unas metástasis óseas como origen de ese dolor no existiera. No obstante, se llama la atención acerca de la existencia de un informe radiológico de columna lumbar realizado en enero de 2006 -y que fue informado como normal-, ya que "resulta sorprendente que tan solo 3 meses más tarde, existieran lesiones líticas

(destrucción de tejido óseo) en vértebras del final de la columna dorsal e inicio de la lumbar. Estas lesiones, si hubieran existido en enero, sin duda, se hubieran descrito en la radiografía practicada”.

El informe concluye afirmando que, “a pesar de que el protocolo asistencial efectuado a (la paciente) fue correcto, no se detectó el cáncer de mama padecido por la misma. Este hecho no puede considerarse una negligencia por mala praxis si tenemos en cuenta los falsos negativos en la detección del cáncer de mama tanto en las técnicas de imagen como en las técnicas de estudio citopatológico. Dicho estudio, a su vez, presenta falsos negativos tanto si se realiza por punción aspiración como por biopsia, como verifican los amplios estudios que aparecen en la bibliografía científica. Aun en las mejores manos, los falsos negativos para la punción aspiración con aguja fina de lesiones mamarias, tiene un porcentaje de falsos negativos del 1 al 36%, por lo que no puede considerarse mala praxis un diagnóstico negativo, sino una limitación inherente a la propia técnica”. Por tanto, se puede asegurar que la actuación médica de los facultativos que intervienen en el proceso diagnóstico y terapéutico de la paciente, “fue acorde al conocimiento actual de la medicina basada en la evidencia y sujeta a la *lex artis ad hoc*, excepto en lo referente a la falta de estudios complementarios a la mamografía cuando existían datos en la exploración física muy sugestivos de malignidad, lo que pudo retrasar el diagnóstico 2 meses; este retraso, dada la evolución de la enfermedad, no tuvo repercusión alguna en cuanto al pronóstico”.

9. Con fecha 27 de agosto de 2008, se notifica a los reclamantes la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se les adjunta una relación de los documentos obrantes en el procedimiento.

Transcurrido el plazo señalado sin que los reclamantes formulen alegaciones, mediante escrito de 29 de septiembre de 2008, se comunican estos extremos a la compañía aseguradora, en aplicación del Protocolo de Instrucción y Tramitación de expedientes de responsabilidad patrimonial.

10. El día 30 de octubre de 2008, atendiendo a lo solicitado por el Servicio Jurídico del Sespa, a instancias de la Sección 3.^a de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, se remite copia foliada, indexada y autenticada del expediente administrativo relativo a este procedimiento.

11. Con fecha 25 de noviembre de 2008, el Jefe del Servicio instructor elabora la correspondiente propuesta de resolución en sentido desestimatorio, basándose en idénticos argumentos a los recogidos en el informe técnico de evaluación y el dictamen médico realizado a instancias de la compañía aseguradora, concluyendo que “no se encuentra negligencia en el proceso asistencial proporcionado a la paciente, que fue atendida conforme a la ‘lex artis ad hoc’, excepto en lo referente a la falta de estudios complementarios a la mamografía cuando existían datos en la exploración física muy sugestivos de malignidad, lo que pudo retrasar el diagnóstico y, dada la evolución de la enfermedad, no tuvo repercusión en cuanto al pronóstico”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de febrero de 2009, registrado de entrada el día 16 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), 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.

En orden a un pronunciamiento sobre la legitimación del Principado de Asturias, la primera consideración que debe efectuar este Consejo atiende al carácter de los centros y del servicio sanitario a los que se refieren los hechos.

La reclamación se dirige a la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios del Principado de Asturias, al Sespa y al Hospital "X", centro en el que la esposa y madre de los reclamantes era atendida dentro del Programa de Detección Precoz de Cáncer de Mama. Este centro resulta ser privado pero, como ha puesto de relieve este Consejo con ocasión de dictámenes anteriores, se encuentra vinculado a la red hospitalaria pública mediante un convenio singular suscrito el día 30 de abril de 2004 con el Sespa, y en virtud del cual dicho hospital -clasificado como Hospital de Agudos Área (V) por Resolución de 7 de abril de 2003, de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios- presta atención especializada médica, quirúrgica o médico-quirúrgica a los usuarios del Sistema Nacional de Salud en las condiciones establecidas en el mismo. En el supuesto examinado, como se deduce de los antecedentes expuestos, la atención prestada a la esposa y madre de los reclamantes lo ha sido en tanto que beneficiaria del sistema sanitario público.

Considerando tales circunstancias, el eventual resarcimiento de los daños que se pudieran haber ocasionado a la paciente en el Hospital "X" ha de ser

imputado a la Administración sanitaria con el mismo alcance y requisitos que si el daño se hubiera causado en las propias instalaciones de la sanidad pública. Nos encontramos ante una prestación sanitaria pública para cuya obtención el particular ha de acceder, por la propia organización de la red hospitalaria pública, a un centro privado con convenio al efecto; siendo así, tal hecho no permite excluir la aplicación de las reglas generales de la responsabilidad patrimonial de la Administración, ni puede limitar el ejercicio por los particulares del derecho que les reconocen los artículos 106 de la Constitución y 139 de la LRJPAC, ya que en definitiva se trata del funcionamiento de un servicio público.

El Principado de Asturias, por tanto, está pasivamente legitimado en cuanto titular del servicio público sanitario, que, en parte, ha sido prestado en virtud de concierto por un centro asistencial con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de determinados usuarios del Sistema Nacional de Salud, siempre sin perjuicio de la repetición de los costes a que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento legal que corresponda.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 20 de diciembre de 2007, habiendo tenido lugar el fallecimiento del que trae origen el día 14 de enero del mismo año, por lo que es claro que fue formulada 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, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en el Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

No obstante, dado que el procedimiento se encuentra sub iudice, sin que conste formalmente en el expediente que dicho procedimiento judicial esté aún pendiente de conclusión y sentencia, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en caso contrario habría de estarse al pronunciamiento judicial. Observación ésta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

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 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.- Los reclamantes interesan indemnización por el perjuicio moral y el fallecimiento de su esposa y madre, que atribuyen a la asistencia sanitaria que se le prestó en la red hospitalaria pública.

Aportan prueba del fallecimiento de quien fue su esposa y madre, ocurrido el día 14 de enero de 2007, por lo que debemos presumir que los interesados han sufrido un daño moral, sin perjuicio de la valoración más precisa del suportado por cada uno de ellos, que realizaremos en el caso de que concurran los requisitos para declarar la responsabilidad pretendida.

También consta que la actualmente fallecida estaba incluida en el programa de detección precoz de cáncer de mama desde 2002, dentro del cual se le realizaron varias mamografías, ecografías y PAAF, y que en mayo de 2006 se le diagnosticó adenocarcinoma ductal de mama con metástasis óseas múltiples.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

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

fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En 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 reclama.

Los reclamantes consideran que la causa del fallecimiento de su esposa y madre fue la atención sanitaria que se le prestó, que califican de insuficiente e inadecuada. A propósito de la misma reprochan un "clarísimo" error en el diagnóstico del cáncer porque la radiografía del mes de marzo de 2006 ya mostraba una fractura de la vértebra T12, añadiendo que de la mamografía realizada el 2 de febrero de 2006 no se extrajo ninguna consecuencia negativa, cuando en enero ya se apreciaba retracción de la mama izquierda y adenopatía, y 2 meses después -en abril- se detectaron múltiples fracturas de vértebras, retracción de la piel en la mama izquierda y nódulo de naturaleza ganglionar. Deducen de ello que debió haberse realizado alguna prueba que permitiera saber el origen de los intensos dolores de espalda, de la progresiva pérdida de peso y del bulto en la mama izquierda, síntomas que la paciente presentaba a principios del año 2005.

Hay en el expediente pruebas de la demora de 1 mes en el diagnóstico de fractura espontánea de T12 en una radiografía realizada a la paciente el día 15 de marzo de 2006. Por su parte, los especialistas en Obstetricia y Ginecología que informan a petición de la compañía de seguros del Principado de Asturias, aprecian omisión de la práctica de una prueba diagnóstica -PAAF o biopsia- en enero de 2006.

Sin embargo, los interesados no han aportado prueba alguna de que la demora y la omisión referidas hayan sido las causas del fallecimiento de su madre y esposa. De hecho, ni siquiera consta en el expediente que el fallecimiento se debiera al adenocarcinoma. Por ello, este Consejo Consultivo ha de formar su juicio al respecto de la posible existencia del nexo causal referido, sobre la base de la documentación que obra en el expediente, que no fue discutida por los reclamantes en el trámite de audiencia, en el que ni siquiera comparecieron.

A propósito de la relación de causalidad, los citados especialistas señalan que el adelanto del diagnóstico unos 2 ó 3 meses es irrelevante en este caso, pues el pronóstico de la enfermedad no hubiera cambiado en absoluto. También especifican que la sintomatología de dolor de espalda que la paciente presentaba no podía asociarse en 2005 -como los reclamantes pretenden- a la existencia de metástasis óseas, pues en ese momento no se había establecido el diagnóstico de carcinoma de mama. Añaden que hasta abril de 2006 las radiografías realizadas no mostraron destrucción de tejido óseo, de lo que cabe deducir que hasta ese momento no hubo tal lesión.

Además, tanto el informe técnico de evaluación, como el emitido colegiadamente por esos cinco especialistas, avalan la actuación de los profesionales del servicio público sanitario hasta enero de 2006, pues el protocolo asistencial seguido con la paciente fue correcto. La falta de diagnóstico del cáncer que padecía la enferma no puede atribuirse a mala praxis, sino a las limitaciones inherentes a las técnicas de diagnóstico.

A todo ello hay que añadir que, una vez realizado el diagnóstico, se dispensó a la paciente el tratamiento -radioterapia- acorde con la dolencia detectada y su estadio de desarrollo, al que los interesados no formulan reproche.

En definitiva, no podemos apreciar relación de causalidad entre el fallecimiento de la paciente y la asistencia sanitaria que se le prestó, pues la falta de diagnóstico de la enfermedad que padecía se debió a las limitaciones propias de las pruebas diagnósticas realizadas.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.