

Expediente Núm. 264/2009
Dictamen Núm. 128/2010

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 8 de junio 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 23 de abril de 2009, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 8 de mayo de 2008, el reclamante presenta, en el registro de la Dirección General de Tributos de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid, una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que su representada como consecuencia del fallecimiento de su hijo, que atribuye a la asistencia que se le prestó en la red sanitaria pública.

Inicia su escrito exponiendo que “desde noviembre de 2004 (el hijo de su representada) acudió en diversas ocasiones al Centro de Salud, por

presentar fuertes cefaleas”, y que “en todas estas visitas, y sin realizar prueba diagnóstica alguna, únicamente se le recetó ibuprofeno”.

Consigna la realización de una “radiografía de senos paranasales” a finales de marzo de 2005, con el resultado de “neoplasia del desarrollo del seno maxilar izquierdo./ Ocupación de ambas fosas (nasales) por aparente hipertrofia de cornetes”; una TAC craneal sin “alteraciones significativas”, el día 6 de abril de 2005, así como una consulta a Neurología del Hospital, que le diagnostica “algia facial por probable patología a nivel de senos paranasales”, el día 28 de abril de 2005. Afirma que en “las semanas posteriores la evolución del paciente continuó siendo negativa”, por lo que el día 28 de junio de 2005 se le realiza una biopsia de cavum, con el resultado de “carcinoma epidermoide pobremente diferenciado e infiltrante”, y que el resultado de dicha prueba “no se dio a conocer, ni al paciente ni a los facultativos que le atendieron, hasta varias semanas después”. Cita una consulta en el Servicio de Urgencias del hospital el día 3 de julio y otra en el centro de salud el 13 de julio de 2005, día en el que el médico de Atención Primaria, “ante el deplorable estado que presentaba”, solicitó consulta al Servicio de Otorrinolaringología, sin referir el resultado de la biopsia realizada el día 28 de junio de 2005.

Añade que ese mismo día el paciente fue ingresado en este Servicio y pocos días después trasladado al de Oncología, donde se inicia tratamiento con quimioterapia y radioterapia.

Concluye señalando que “la evolución posterior del paciente no fue favorable, falleciendo (...) el día 3 de octubre de 2007”.

Considera que el perjudicado “sufrió un claro y evidente retraso en el diagnóstico del tumor que presentaba”, que se puede concretar en, “al menos, 10 meses (noviembre 2004 - julio 2005)” y que “impidió la adopción precoz del tratamiento pertinente y, por ende, permitió la progresión y extensión del tumor, mermándose con ello las posibilidades de curación y/o supervivencia del paciente”. Aduce, en particular, reiteradas visitas al médico de Atención Primaria desde el mes de noviembre de 2004 sin que se le realizara prueba

diagnóstica alguna; que no se le efectuara una biopsia hasta el día 28 de junio, a pesar del resultado de neoplasia en la radiografía de senos que se le hizo en marzo, así como el transcurso de varias semanas entre la práctica de la biopsia y la entrega de los resultados. En suma, entiende que la Administración debe responder del daño causado e invoca el principio de eficacia que ha de regir el funcionamiento de los servicios sanitarios.

En cuanto a la indemnización que demanda, manifiesta que “la cantidad a percibir se determinará en fase procesal posterior”. Por medio de otrosí, solicita que se reciba el procedimiento a prueba, incorporando el historial clínico del paciente.

Adjunta copia de los siguientes documentos: a) Poder general para pleitos a favor del reclamante, de fecha 17 de enero de 2008. b) Hoja de interconsulta del centro de salud al Servicio de Neurología del hospital, de fecha 26 de enero de 2005, en la que se consigna “paciente que refiere cefalea en área temporal izda. de cuatro meses de evolución, casi constante (...). Alivia con ibuprofeno. Exploración física y neurológica son normales (...) Entre los antecedentes, consume cocaína y ‘speed’ ocasionalmente y cannabis a diario (durante este periodo llegó a dejar los dos primeros y a fumar sólo un porro al día, pero no mejoró el dolor”. c) Informe del Servicio de Radiodiagnóstico II del hospital, de fecha 31 de marzo de 2005, solicitado por el Servicio de Neurología II en el que figura el diagnóstico de “neoplasia del desarrollo del seno maxilar izquierdo./ Ocupación de ambas fosas (nasales) por aparente hipertrofia de cornetes”. d) Informe del Servicio de Radiodiagnóstico I del hospital, de fecha 7 de abril de 2005, según el cual se realiza una TC de cráneo sin y con contraste, “no observándose alteraciones significativas”. e) Informe del Servicio de Neurología I del hospital, de 28 de abril de 2005, en el que consta como impresión diagnóstica “algia facial por probable patología a nivel de senos paranasales” y se recomienda solicitar consulta para el Servicio de Otorrinolaringología. f) Hoja de interconsulta preferente del centro de salud al especialista de Otorrinolaringología del Ambulatorio, de 13 de mayo de 2005, en la que se indica “algia facial atípica de muchos meses de evolución,

por la que fue visto por Neurología (...). Ruego valoración con la mayor brevedad posible". g) Hoja de interconsulta preferente del centro de salud al Servicio de Otorrinolaringología del hospital, de 6 de junio de 2005, en los mismos términos que la anterior. h) Dos informes del Servicio de Anatomía Patológica del hospital, de fecha 28 de junio de 2005, en los que se refleja, respectivamente, el diagnóstico de "biopsia de cavum con carcinoma epidermoide pobremente diferenciado e infiltrante" y "punción positiva". Consta en ellos que el informe fue pedido el día 24 de junio de 2005 por el Servicio de Otorrinolaringología. i) Informe del Área de Urgencias del hospital, de fecha 3 de julio de 2005, por dolor facial y ansiedad, que se etiquetó como "estado de ansiedad secundario a patología de base". Se anota en el mismo "masa en seno maxilar izquierdo en estudio" por Otorrinolaringología y Neurología. j) Informe del Servicio de Radiodiagnóstico I del hospital, de fecha 7 de julio de 2005, en el que aparece el diagnóstico de "tumoración de cavum con infiltración orbitaria, seno maxilar fosa nasal fosa infratemporal invadiendo cráneo". k) Hoja de interconsulta urgente del centro de salud al Servicio de Urgencias del hospital, de 13 de julio de 2005, en la que se indica que ha sido visto por Otorrinolaringología, "pero aún quedan varias semanas a la espera de resultados de una biopsia de senos paranasales..., su estado me parece tan grave, el dolor tan severo (...), que considero necesario que sea visto con urgencia" por dicho Servicio "para valorar ingreso hospitalario (lo he comentado telefónicamente (...) antes de enviarlo). l) Informes incompletos del Servicio de Oncología Médica del hospital. m) Informe del Servicio de Radiodiagnóstico II del hospital, relativo a un escáner de cuello y cráneo con contraste, de 11 de agosto de 2005. n) Informe de alta del hospital, de fecha 4 de octubre de 2007, por exitus, en el que se refiere paciente conocido del Servicio "desde julio de 2005, por (carcinoma) indiferenciado de cavum, estadio IV de inicio, por afección locorregional (...), que recibió quimio y radioterapia (...), con buena respuesta./ Recaída ósea y local de la enfermedad en el 2006, recibiendo varias líneas de quimioterapia y radioterapia a nivel óseo./ Ingresado por deterioro

general secundario a progresión tumoral. Precisó analgesia en aumento y, finalmente, sedantes, falleciendo a las 4:30 h del 3 de octubre de 2007”.

2. Mediante escrito notificado al reclamante el día 19 de junio de 2008, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios le comunica la fecha de entrada de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa. Asimismo le advierte que dispone de “diez días, contados a partir del siguiente al de la recepción de la presente notificación, para acreditar la condición de (su representada) como madre del perjudicado” y para “proceder a la cuantificación económica del daño o, en su defecto, indicar las causas que motivan la imposibilidad de realizarla”.

3. Con fecha 16 de junio de 2008, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a la Gerencia del hospital una copia de la historia clínica del perjudicado, así como un informe actualizado de los Servicios de Neurología y de Otorrinolaringología, y al Gerente de Atención Primaria del Área Sanitaria IV una copia de la historia clínica relativa al proceso asistencial, así como un informe actualizado del facultativo que le atendió.

4. Los días 20 de junio y 2 y 3 de julio de 2008, respectivamente, el Secretario General del hospital remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica del paciente, así como un informe de los Servicios de Neurología y de Otorrinolaringología.

En la historia clínica figuran, entre otros, los siguientes documentos: a) Hojas de curso clínico del Servicio de Otorrinolaringología, con anotaciones el día 23 de junio de 2005, en las que consta “tumefacción seno maxilar” y “tomo biopsia neoformación./ Solicito PAAF adenopatía, TAC muy preferente”. b) Informe del Servicio de Oncología Médica, relativo a un ingreso entre el 17 de julio y el 13 de agosto de 2005. Consigna las pruebas realizadas y que se trata de un “paciente de 23 años, diagnosticado recientemente de carcinoma

epidermoide de cavum pobremente diferenciado (...) (nódulo pulmonar de significado incierto, no puncionado, y dudosas ADP en tronco celíaco no confirmadas por ECO), trasladado a nuestro Servicio para inicio de tratamiento. Se administró el día 21-7-05 la primera dosis de cisplatino". c) Informe del Servicio de Oncología Radioterápica, en el que figura, el día 18 de julio de 2005, el diagnóstico de "(carcinoma) indiferenciado de cavum", pendiente de "estudios de extensión completos", y que "parece que comprende la gravedad de su (enfermedad) y asume los (tratamientos) que se le indican". d) Informe del Servicio de Otorrinolaringología, de 9 de noviembre de 2005, en el que se reseña que "en el momento de finalizar el (tratamiento) han desaparecido los signos clínicos de la enfermedad (...), el exoftalmos y la protusión ocular, con disminución también de la tumoración a nivel del cavum". En la TAC realizada hacia la 5ª semana del tratamiento "presenta una ostensible mejoría con una respuesta prácticamente completa de la lesión inicial". e) Informe de alta del Servicio de Oncología Médica, de 13 de marzo de 2006, en el que se hace constar "que ingresa para administración de 4º ciclo de quimioterapia tras demostrarse PD ósea" en diciembre de 2005. f) Informe de alta del Servicio de Oncología Médica, de 2 de mayo de 2006, después de ingreso para "administración de 6º ciclo de tratamiento citotóxico. Como antecedentes, se indica "neoplasia de cavum tratada con quimiorradioterapia. En la actualidad metástasis óseas en tratamiento quimioterápico citotóxico". g) Informe de alta del Servicio de Oncología Médica, de 7 de septiembre de 2007, relativo a ingreso el día 29 de agosto de ese mismo año por "deterioro general. Suboclusión intestinal", que se encuentra "en clara mejoría en el momento del alta".

En el informe del Servicio de Neurología, datado el 30 de junio de 2008, se expone que la valoración de la "clínica neurológica y el procedimiento diagnóstico fue correcto. El tiempo transcurrido desde la primera consulta y el informe médico emitido fue del 29-03-05 al 28-04-05, tiempo de realización de la TAC y Rx senos paranasales". En el informe se especifica la solicitud de consulta con el Servicio de Otorrinolaringología para tratamiento.

Con fecha 1 de julio de 2008, el Jefe del Servicio de Otorrinolaringología informa que el "paciente fue enviado de su centro de salud al Servicio de Neurología I" del hospital, pasando posteriormente al Ambulatorio, donde fue visto por un otorrinolaringólogo "en las siguientes fechas: 20-5-05, 26-5-05 y 6-6-05, siendo remitido a nuestro Servicio por observarse en una Rx de senos paranasales una neoformación que desde la coana progresaba hacia la fosa nasal". Añade que el primer día de consulta, 23 de junio de 2005, se "tomó una biopsia de la neoformación" y se solicitó "una punción biopsia de una adenopatía que presentaba (...), así como una TAC muy preferente (realizada el 6-7-05). La biopsia fue informada como carcinoma epidermoide pobremente diferenciado e infiltrante y la punción biopsia de la adenopatía fue positiva para metástasis". En cuanto a la TAC craneal, "mostró un tumor de rinofaringe con infiltración orbitaria del seno maxilar, fosa infratemporal y base del cráneo". El paciente fue ingresado el 13 de julio de 2005 en el Servicio de Otorrinolaringología, desde donde se le trasladó al Servicio de Oncología con el resultado de todas las pruebas realizadas para iniciar un tratamiento con quimio-radioterapia. Concluye indicando que "estuvo a nuestro cargo poco más de 15 días, tiempo mínimo necesario para practicar y conocer el resultado de la biopsia y TAC, por lo que no se puede atribuir a nuestra responsabilidad ningún tipo de demora en el tratamiento y diagnóstico del paciente".

5. Con fecha 26 de junio de 2008, el reclamante presenta en el registro de la Dirección General de Tributos de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid un escrito dirigido al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios en el que solicita, debido a "la imposibilidad de contactar con nuestra clienta (...), una ampliación del plazo para la aportación de la documentación requerida" y cuantifica la indemnización en trescientos mil euros (300.000 €).

6. Mediante oficios de 16 y 30 de julio de 2008, el Gerente de Atención Primaria del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Prestaciones y

Servicios Sanitarios una copia del historial clínico del perjudicado y un informe del Médico de Familia que le atendió.

En el historial clínico consta un episodio de carcinoma de cavum, abierto el día 19 de noviembre de 2004, en el que se especifica “un mes de (evolución) cefalea en la sien izda. y ahora la mandíbula y (...) ambos ojos”, aumenta con los movimientos, predominio “vespertino; aumenta al reirse, algo de dolor lumbar y del cuello, algo más estresado, ánimos bien (...). Duerme sólo seis horas, tiene una actividad académica frenética, pero en 15 días acaba”. A la exploración presenta “dolor sobre (músculos masticadores” y articulación temporomandibular. Se le pauta Tranxilium e ibuprofeno. En la consulta del 30 de noviembre se anota “mejora algo con la medicación” y, el día 16 de diciembre de 2004, figura “alivio con el ibuprofeno pero no acaba de mejorar, ya duerme más”; el día 7 de enero de 2005, que “continua la cefalea, a pesar de que ya duerme algo más, alivia con el (ibuprofeno), pero el dolor vuelve otra vez al pasarle el efecto./ Preguntando por otros factores desencadenantes, refiere consumir cocaína ocasionalmente y ‘speed’ con frecuencia y cannabis a diario (...). Acordamos suspender todas las drogas para ver si el dolor se relaciona con el consumo”.

El día 27 de julio de 2008, el Médico de Familia informa que ve al perjudicado por primera vez en su consulta “el 19-11-2004. Presentaba una cefalea de características nada específicas, en todo similar a una cefalea tensional, sin ningún síntoma ni signo exploratorio que orientase a una patología neurológica u otorrinolaringológica. El dolor era entonces de predominio vespertino (...), con una localización frontotemporal y coincidía con dolor sobre la articulación temporomandibular y músculos de la zona, lo cual, a falta de síntomas y signos más específicos (síntomas neurológicos, rinorrea, dolor sobre senos paranasales...), me hizo pensar inicialmente en un cuadro mixto de cefalea tensional y disfunción temporomandibular que frecuentemente se asocian y que son ambos altamente frecuentes. Concordaba también el hecho de que el paciente reconocía estar pasando una situación de cierto estrés que habitualmente se vincula con ambos cuadros patológicos./ En cada cita

quedábamos de vernos a los quince días para reevaluar y así ocurrió en las tres consultas subsiguientes (que fueron los días 30-11-2004, 16-12-2004 y 7-01-2005):/ En la primera (...) había un alivio parcial (...). En la segunda se confirmaba el alivio con el ibuprofeno, pero también una falta de mejoría sustancial. Esta evolución es frecuente en la cefalea tensional y también en la disfunción temporomandibular (...). La exploración (...) no presentaba ningún cambio significativo./ Por ello en la 3ª consulta evaluamos otros factores que pudieran estar relacionados y llegamos a la conclusión de que el consumo ocasional de cocaína, de `speed´ con frecuencia y de cannabis a diario (...), podría ser el factor que no habíamos detectado y que explicaría la falta de respuesta (...) al tratamiento. Por ello acordamos (...) la supresión absoluta de estas sustancias y una revisión en los próximos quince días./ Dado que en la siguiente entrevista (26-01-2005) no había mejoría, lo derivé inmediatamente a la consulta de Neurología (...). En resumen, ese periodo duró dos meses y 7 días, durante los cuales dediqué (al perjudicado) una atención profesional rigurosa y en absoluto descuidada, manteniendo en todo momento un consenso con él sobre las decisiones que tomábamos y siguiendo la línea de la sospecha clínica que entonces se presentaba como más probable”.

Añade que “a partir de ahí mi actitud fue la de agilizar lo más posible todas las interconsultas que iba precisando. El paciente me aportó el informe de Neurología el día 13-05-2005. Ese día, a la vista de que el informe ya señalaba la existencia de una posible neoplasia del seno maxilar izquierdo, lo remití, con carácter preferente” a la consulta de Otorrinolaringología del hospital y a la de cupo en el Ambulatorio, “para que pudiera recibir la atención que precisaba con la mayor celeridad posible por cualquiera de las dos vías (...). Asimismo, reclamé que fuera visto de nuevo por (Otorrinolaringología) en el ambulatorio el 6 de junio, al comprobar que seguíamos sin un diagnóstico claro./ Finalmente, cuando lo volví a ver el 13-07-2008, al ver que aún estaba pendiente de resultados de la biopsia de senos paranasales, y dado que su estado había empeorado notablemente (...), volví a llamar personalmente, esta vez al Servicio de Urgencias (...), para asegurarme de que se valoraría la necesidad de

un ingreso hospitalario y lo derivé inmediatamente a dicho Servicio con carácter de urgencia”.

7. Con fecha 5 de agosto de 2008, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, tras describir los hechos, expone que el perjudicado “comenzó con un cuadro de cefaleas que inicialmente fueron tratadas con ibuprofeno y se dudó si guardaban relación con consumo de drogas. La primera consulta se efectuó el 19 de noviembre de 2004 y el 26 de enero fue derivado al Servicio de Neurología, es decir, dos meses después del inicio del cuadro. Comenzó a ser estudiado en este Servicio el 29 de marzo de 2005”. Afirma que “los estudios complementarios que se pidieron al paciente fueron los acordes con la sospecha clínica que presentaba y no es hasta la aparición del proceso neoplásico cuando se plantea la necesidad de realizar una biopsia. Desde la confirmación anatomopatológica del diagnóstico tumoral (28 de junio de 2005) hasta el ingreso para el inicio del tratamiento con quimioterapia y radioterapia (13 de julio de 2005) transcurren quince días. No parece que las demoras que se van sucediendo con motivo de las sucesivas derivaciones y estudios complementarios realizados hayan podido influir en el pronóstico final del proceso patológico. Su evolución es la propia de la patología de base que padecía”. Por último, sostiene que “la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adaptada a los conocimientos científicos y a la *lex artis*”.

8. Mediante escritos de 5 de agosto de 2008, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

9. Con fecha 5 de septiembre de 2008, el reclamante presenta en el registro de la Dirección General de Tributos de la Consejería de Hacienda de la Comunidad de Madrid un escrito al que adjunta copia de la certificación literal de inscripción de nacimiento del perjudicado.

10. El día 4 de octubre de 2008, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por un especialista en Otorrinolaringología. En el se asegura que “el fallecimiento de este paciente por extensión sistémica de su enfermedad obedeció al comportamiento agresivo de su tumoración, que hizo imposible un tratamiento curativo, no se debió a un retraso en el diagnóstico, en casos así incluso tratamientos precoces consiguen los mismos resultados que cuando se tratan en los plazos habituales y además, en este caso, todos los procesos que condujeron al diagnóstico y posterior tratamiento deben considerarse dentro del rango permitido en este tipo de tumores”. Concluye que los plazos de atención al perjudicado “son razonables y en ningún caso suponen retraso en el diagnóstico (...). El pronóstico final del paciente no se ha visto afectado por su manejo diagnóstico y terapéutico; su diseminación y fallecimiento obedecen a causas de su propio sistema inmunológico y a la agresividad del tumor que padecía (...). No observo ningún tipo de lesión a la `lex artis ad hoc´ en el proceso diagnóstico y terapéutico de este paciente”.

11. Mediante escrito notificado al reclamante el día 23 de octubre de 2008, se le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

12. Transcurrido el trámite de audiencia sin haberse formulado alegaciones, con fecha 14 de abril de 2009, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella afirma que “no existe relación de causalidad alguna entre el fallecimiento (del perjudicado) y la praxis médica (...), que (...) se ajustó de forma rigurosa a la lex artis”.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de abril de 2009, registrado de entrada el día 4 de mayo del mismo año, 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 la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto.

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 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 8 de mayo de 2008, habiendo tenido lugar el fallecimiento del que trae origen el día 3 de octubre de 2007, 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 este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

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.- El reclamante interesa una indemnización para su representada por el fallecimiento del hijo de ésta, que atribuye al funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

El hecho del óbito consta en el expediente y, aunque no se especifican en la reclamación los daños y perjuicios soportados por ello, ni su naturaleza, cabe presumir que la madre del joven fallecido ha sufrido un daño moral, sin perjuicio de una valoración más precisa del mismo, que habremos de realizar en el caso de que concurren los requisitos para declarar la responsabilidad pretendida.

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 se extiende a la totalidad del servicio público sanitario, y por tanto a la fase de diagnóstico, sin quedar circunscrito a la del tratamiento médico del paciente, sin que ello comporte el derecho de éste a que se le garantice un diagnóstico acertado y precoz, sino a que se le apliquen las

técnicas precisas disponibles en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento. La declaración de responsabilidad se vincula, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado -aunque no siempre pueda garantizarse que éste sea exacto- de los síntomas manifestados.

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.

El reclamante sostiene que hubo un retraso de 10 meses en el diagnóstico del tumor que el paciente presentaba -desde noviembre de 2004 a julio de 2005-, lo que impidió la adopción precoz del tratamiento preciso, permitiendo su progresión y extensión, y mermando sus posibilidades de curación o supervivencia. Aduce, en concreto, que no se le realizó ninguna prueba en Atención Primaria; que hasta el día 28 de junio de 2005 no se le practicó una biopsia, a pesar de que en marzo se le había apreciado una neoplasia, y el transcurso de varias semanas hasta que se entregaron los resultados de aquélla.

Sin embargo, el reclamante no aporta prueba alguna de un retraso diagnóstico y este Consejo Consultivo debe formar su juicio en cuanto al respeto de la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada al perjudicado sobre la base de la documentación que obra en el expediente, la cual no ha sido discutida.

A la luz de los hechos acreditados documentalmente y de los informes emitidos, no cabe apreciar una mala práctica médica del servicio sanitario público en forma de diagnóstico tardío, lo que por sí solo impide apreciar el nexo causal invocado y conduce a la desestimación de la pretensión indemnizatoria.

Así, el especialista en Otorrinolaringología niega que el fallecimiento del hijo de la interesada se debiera a un supuesto retraso en el diagnóstico,

sosteniendo que obedeció al comportamiento agresivo de su tumoración, que hizo imposible un tratamiento curativo.

De hecho, el administrado a partir del día 21 de julio de 2005 fue efectivo, pues en la consulta del 7 de noviembre de 2005 en el Servicio de Otorrinolaringología habían desaparecido los signos clínicos de la enfermedad, con disminución también de la tumoración a nivel del cavum. En la TAC realizada hacia la quinta semana del tratamiento el paciente mostraba una ostensible mejoría, con una remisión prácticamente completa de la lesión inicial.

Esta consideración sería suficiente para rechazar la reclamación; no obstante, procederemos al análisis de los reproches formulados en ella en relación con el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios.

En cuanto a la asistencia recibida en Atención Primaria, el médico actuante explica que no se realizaron pruebas diagnósticas por la ausencia de síntomas de patología neurológica u otorrinolaringológica en el paciente, así como por la concurrencia en el mismo de otros factores -escasas horas de sueño, estrés y consumo de drogas- que podrían explicar la cefalea que presentaba, por lo que le pautó un ansiolítico y un analgésico y se le atendió cada quince días hasta que quedaron descartados dichos factores, momento éste (26 de enero de 2005) en el que fue remitido a Neurología, y aclara que dicho periodo tuvo una duración de dos meses y siete días.

Por lo que se refiere al plazo de realización de la biopsia, que el reclamante computa desde que se le efectuó la radiografía de senos, advertimos que en dicha radiografía se informa de una "neoplasia del desarrollo del seno maxilar izquierdo./ Ocupación de ambas fosas (nasales) por aparente hipertrofia de cornetes" y que el Servicio de Neurología le practica una TAC craneal en el que no se observan alteraciones significativas, terminando su actuación con la emisión del informe de 28 de abril de 2005 -al mes de la primera consulta el día 29 de marzo-, en el que se deriva al paciente al Servicio de Otorrinolaringología.

El informe técnico de evaluación señala que los estudios complementarios que se pidieron fueron los acordes con la sospecha clínica que

presentaba el paciente y el especialista en Otorrinolaringología estima que los plazos de atención son razonables y que en ningún caso suponen retraso en el diagnóstico, explicando que las tumoraciones del tipo de la padecida suelen crecer de forma silente y que su sintomatología es muy poco aparente, produciéndose síntomas adjudicables a simples procesos inflamatorios, destacando la reacción favorable del paciente al tratamiento instaurado, que “consiguió una remisión completa de su tumor de rinofaringe”, aunque “meses después sufrió una diseminación de su enfermedad, que cuando ocurre hace prácticamente imposible el salvar su vida a medio (o) largo plazo”.

Al margen de lo anterior, y para que este Consejo pudiera apreciar relevancia jurídica a un posible retraso diagnóstico (que ya hemos señalado que no se observa) desde la óptica de una pérdida de oportunidad terapéutica, habría que acreditar también que aquel retraso ha influido en alguna medida en el curso de la enfermedad, empeorando, en esencia, sus posibilidades de tratamiento y curación. En lo que atañe a este aspecto concreto tampoco se ha probado nada por la interesada o su representante, limitándose a invocar un principio de eficacia de funcionamiento del servicio que, lamentablemente, no alcanza para exigir una medicina de resultado preventivo de toda enfermedad o curativo en todos los casos; y, por otra parte, los informes técnicos incorporados al procedimiento sostienen que el tratamiento y la evolución de la enfermedad no se habrían modificado aunque el juicio diagnóstico definitivo se hubiese alcanzado con antelación. En este sentido, el especialista en Otorrinolaringología aclara que, en casos como el que examinamos, “incluso tratamientos precoces consiguen los mismos resultados que cuando se tratan en los plazos habituales” y concluye que “el pronóstico final del paciente no se ha visto afectado por su manejo diagnóstico y terapéutico; su diseminación y fallecimiento obedecen a causas de su propio sistema inmunológico y a la agresividad del tumor que padecía”.

En definitiva, no cabe apreciar relación de causalidad entre el fallecimiento del hijo de la interesada y la asistencia sanitaria que se le prestó, que todos los informes técnicos obrantes en el expediente consideran conforme

con la *lex artis*, no quedando acreditado un retraso diagnóstico, ni la pérdida de oportunidad terapéutica a la que podría haber dado lugar.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.