

Expediente Núm. 75/2011
Dictamen Núm. 327/2011

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 10 de noviembre de 2011, 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 18 de marzo de 2011, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su esposo y padre, respectivamente, en el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 10 de marzo de 2010, un letrado, en representación de los interesados, presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su familiar, que achacan a un retraso diagnóstico.

Inicia su relato refiriendo que la muerte se produjo el día 17 de enero de 2009 en un hospital de la red pública, y que es en el informe de alta, “fechado el 01-07-2009” cuando se informa por “primera vez” a la familia, “después de haberlo solicitado insistentemente a través del Servicio de Atención al Usuario, que el paciente sufría un cáncer maligno por el que, dada su situación al momento del diagnóstico, fue imposible siquiera empezar a tratarlo con fines curativos o paliativos, como en el propio informe de alta se indica. Es decir, no se le podía tratar el cáncer porque estaba en una situación muy avanzada y la situación del paciente (drenaje fistuloso desde el 09-01-2009) no permite el tratamiento”.

Continúa relatando que “con carácter previo había sido intervenido quirúrgicamente en (otro hospital público) el día 01-12-2008” y que allí “sufrió como complicación posoperatoria una peritonitis secundaria a perforación intestinal, que a pesar de la reintervención, nunca se llega a solucionar plenamente. Asimismo destacamos que ninguna de las pruebas previas realizadas -biopsias- fue capaz de diagnosticar el tipo de masa al que se enfrentaban, que solo se diagnosticó tras la intervención y análisis por el Servicio de Anatomía Patológica”.

Asimismo, destaca que “desde el mes de junio de 2008 este paciente sufre de dolores abdominales de tal intensidad que, a pesar de ser un hombre acostumbrado al trabajo fuerte (...), acude al médico, el cual le indica en un principio que podían ser gases (...); en el mes de septiembre incluso se le realizó una ecografía, de la cual no tenemos el informe a pesar de haber solicitado toda la historia (...). Todo ello se desarrolló en (el centro de salud que cita)./ De hecho, la primera vez que se detecta la masa abdominal fue mediante TAC solicitado el 14-11-2008 (...), del que se adjunta informe (...). Dado su tamaño 10x10x14 cm claramente tenía que estar muy presente en los meses anteriores. Destacamos de este informe (que) se recogió en la información clínica los síntomas de dolor abdominal y estreñimiento de 6 meses de evolución”.

Por ello, concluye que “existió una tardanza en el diagnóstico del cáncer que hizo que para cuando se detectó la masa abdominal y se decidió la cirugía, el estado era tan avanzado que era imposible cualquier tratamiento curativo o paliativo”.

Respecto al cómputo del plazo de prescripción para reclamar, afirman que “la familia solo tuvo acceso y conocimiento a este hecho (imposibilidad de realizar tratamiento alguno) cuando se le entrega el informe de alta (...) fechado el 01-07-2009 (...). Por tanto, el plazo para reclamar solo puede empezar a contarse desde esa fecha”.

Manifiesta que “el daño por el que se reclama no es el fallecimiento sino la pérdida de oportunidad del tratamiento del cáncer -con independencia de si el paciente no hubiere sobrevivido a largo plazo- para obtener al menos una remisión temporal en aceptables condiciones de vida. Y el conocimiento de ese daño, desde un punto de vista fáctico y jurídico, solo lo tiene la familia tras examinar el informe de fecha 01-07-2009 (...) que es cuando, por primera vez, el Servicio de Salud confiesa que no era posible iniciar tratamiento alguno dado lo avanzado del cáncer”.

Valora en “120.000 euros el daño moral causado a la esposa viuda y en 60.000 euros para cada hijo los (...) causados a ellos por el fallecimiento (...), inevitable dada la tardanza en el diagnóstico del cáncer”.

Adjuntan copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Poder notarial para pleitos otorgando por los reclamantes en favor del letrado que suscribe en su nombre el escrito de reclamación. b) Certificaciones de matrimonio y de nacimiento de uno de los dos hijos del fallecido. c) Informe del Servicio de Radiología del hospital en el que se practicó la cirugía, solicitado el día 14 de noviembre de 2008, en cuyo apartado “información clínica” se expresa lo siguiente: “dolor abdominal y estreñimiento de 6 meses de evolución, con marcado adelgazamiento en últimas semanas. A la exploración sensación de ocupación de hemiabdomen izquierdo. Descartar hernia inguinal/neoplasia de colon”. d) Informe de alta por “exitus” del Servicio de

Cirugía General del otro hospital, fechado el 1 de julio de 2009, en el que consta que, trasladado el paciente desde otro hospital de la red pública “por posoperatorio tórpido de tumor retroperitoneal”, “se mantiene el tratamiento conservador con dieta absoluta, nutrición parenteral y antibioterapia. Se solicita consulta al S^o de Oncología Médica que consideran inútil el tratamiento complementario y, dada la situación clínica del paciente, tampoco podría recibirlo”.

2. Mediante escrito de fecha 19 de marzo de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Con fecha 7 de abril de 2010, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios solicita al Director Gerente del hospital en el que se produjo el fallecimiento que le remita copia de la historia clínica del perjudicado. En idéntica fecha, solicita a la Gerencia del hospital en el que el paciente fue diagnosticado e intervenido una copia de su historia clínica, así como el informe de los facultativos intervinientes.

4. Con fecha 15 de abril de 2010, el Gerente del hospital en el que se intervino al paciente remite al Servicio instructor copia de la historia clínica solicitada, así como el informe del Servicio de Cirugía.

En el informe, de fecha 14 de abril de 2010, se refiere que “el paciente fue remitido desde Atención Primaria mediante interconsulta que lleva fecha de 27-10-2008. Fue visto en nuestra consulta externa (...) con fecha 11-11-2008 (...). Se nos solicita consulta por hemorroides y dolor abdominal. El paciente refiere dolor abdominal con las comidas y estreñimiento importante de 4-5 días de evolución que le impiden comer. Refiere también adelgazamiento en los

últimos 15 días. En la exploración física hay sensación de "ocupación abdominal" sin palpase claramente una masa". La doctora "solicita TAC abdómino-pélvico preferente que se realiza 3 días después (14-11-2008)". El radiólogo observa "una llamativa masa abdominal, hallazgo que comenta de manera inmediata" con la doctora que "ese mismo día informa al paciente y le propone ingresar para completar estudios diagnósticos y preoperatorios". El paciente ingresa en el hospital el día 17 de noviembre "para la realización de los citados estudios siendo dado de alta el día 21-11-2008" quedando pendiente de "reingreso para intervención quirúrgica el día 1-12-2008".

Continúa refiriendo que "a pesar de la realización del TAC y punción de la masa abdominal con control radiológico no se puede afinar más en el diagnóstico que en estos momentos es de 'masa abdominal'. La alergia al yodo del paciente impide la utilización de contraste radiológico con lo que disminuye la capacidad diagnóstica del TAC. Por otro lado la punción tampoco aporta otro dato que la presencia de material necrótico, fenómeno frecuente en este tipo de tumores que por su gran tamaño no reciben suficiente aporte sanguíneo". El paciente es intervenido el día 1 de diciembre de 2008, procediéndose a "la extirpación de la masa abdominal localizada en la raíz del mesenterio (que pesa 2.530 gr y mide 24 x 25 x 11 cm), y de los órganos que infiltra: varios metros de intestino delgado, un segmento de intestino grueso y varios implantes metastáticos intraabdominales. Se trata por tanto de una operación quirúrgica radical con una extirpación importante de vísceras abdominales que conceptualmente debe considerarse en principio con intención "curativa", al intentar eliminar todo o la mayor parte de la masa tumoral a la espera de poder completar el tratamiento con radioterapia y/o quimioterapia posoperatorias. A la finalización de la intervención quirúrgica se informó de los hallazgos a la familia". El día 9 de diciembre de 2008, "el paciente presenta dolor abdominal intenso por lo que se solicita TAC abdominal urgente (obligatoriamente sin contraste radiológico) en el que no se aprecia nada relevante a nivel abdominal. No obstante, ante la persistencia del dolor se le propone al paciente exploración

quirúrgica urgente que acepta. Fue intervenido ese mismo día (...), encontrando una peritonitis secundaria a perforación intestinal producida por decúbito de un drenaje de silicona de la intervención previa (...). Se reparó el intestino con puntos de sutura y como las condiciones locales no eran las ideales por la existencia de una gran inflamación, se reforzó la zona con el epiplón. Se colocó un nuevo drenaje en proximidad./ A las 48 horas de esta intervención se objetiva la presencia de una fístula intestinal (...) por lo que se inicia el tratamiento habitual (...). La tolerancia del paciente fue aceptable". El día 16 de diciembre de 2008, "el Servicio de Anatomía Patológica nos remite el informe anatomopatológico: histiocitoma fibroso maligno de grandes dimensiones con infiltración de vísceras intestinales y con focos metastáticos (...). El día 30-12-2009 (*sic*), el (doctor) realiza un informe a petición de la familia ya que quieren solicitar una segunda opinión. En dicho informe aparecen reflejados los diagnósticos y la evolución posoperatoria. El día 12-01-2009, se traslada al paciente (a otro hospital) a petición" de la familia.

Concluye el autor del informe que "a la vista de estos datos no parece razonable achacar a este hospital retrasos, ni en el diagnóstico inicial ni el diagnóstico de las complicaciones posoperatorias. Todos los plazos son más que razonables y mucho más cortos que en hospitales con mayor presión asistencial". Añade que "no es cierto que la familia no conoce el diagnóstico de enfermedad maligna hasta el día 1-07-2009 (...), primero porque siempre fue informada puntualmente de manera verbal y segundo porque también fue informada por escrito mediante el informe que realizó el (doctor) el 31-12-2008, que se les entregó en mano y en el que el 'apellido' de la masa tumoral es más que elocuente: histiocitoma fibroso maligno".

Finalmente, señala que "debe quedar bien claro que en la primera intervención se extirpó, si no toda, sí la mayor parte de la masa tumoral. Es decir, desde el día 01-12-2008 el tratamiento fundamental de este tipo de tumores estaba realizado a falta de un eventual apoyo con radio o quimioterapia administrables una vez conocida la identidad de la masa (...) y

solucionada la fístula intestinal (...). No es razonable pretender que con una pequeña muestra de material obtenido de una punción preoperatorio se pueda llegar a un diagnóstico que precisó el procesamiento de todo el material extirpado y dos semanas de trabajo. No se debe olvidar que se trata de una variedad de sarcoma, tumor raro, que representa menos del 1% de los tumores sólidos”.

En la historia clínica obran, entre otros documentos: a) Informe del Servicio de Urgencias, fechado el día 18 de septiembre de 2008, en el que se anota, en el apartado enfermedad actual, que el paciente presenta “dolor abdominal 8 días de evolución, visto por MAP le pautó laxante con lo que mejoró. Apareció de nuevo el dolor que dice que es continuo pero que en ocasiones aumenta”. Resulta del citado informe que se realizan, además de una exploración física en la que se aprecia “abdomen blando, depresible, sin masas ni megalias (...). Dolor a palpación a nivel de fosa ilíaca izquierda, sin otros datos de interés”, bioquímica de sangre, electrocardiograma, y placa de tórax y abdomen, mostrando esta última “abdomen inespecífico”. b) Hoja de curso clínico del Servicio de Cirugía en la que se anota, el día 11 de octubre de 2008, lo siguiente: “remitido por hemorroides, dolor abdominal y hernia (...). Dolor abdominal con las comidas y estreñimiento (...) de 4-5 días que le impiden comer. Refiere una pérdida de peso de 7-8 kg en 15 días”. A la exploración presenta “abdomen globuloso, distendido, con dolor a la palpación en hemiabdomen izquierdo, con sensación de ocupación sin palpar masa claramente (...). Tumoración a nivel cordón inguinal izdo. que no impresiona de hernia (...). Pido TAC abdomino pélvico”.

5. Con fecha 20 de abril de 2010, el Jefe del Servicio del Área de Reclamaciones del hospital en el que falleció el paciente remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica solicitada.

En ella consta una hoja de curso clínico, en la que figura anotado, el 14 de enero de 2009, “TC → masas recidivadas”; el 15 de enero de 2009,

“hablado con la familia les comento que no hay opciones terapéuticas, no obstante hablaré con Oncología directamente (...). Si no hay opciones como parece creo indicada la sedación”; el 16 de enero de 2009, que el tratamiento “no sería efectivo y el paciente tampoco estaría en situación de recibirlo con lo que la única opción sería cuidados sintomáticos”, y el 17 de enero de 2009, “10:30” se produce “exitus”.

6. Con fecha 28 de mayo de 2010, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En el mismo afirma que “en este caso se aplicaron las técnicas precisas en atención a sus dolencias tanto en la fase de diagnóstico como después”, por lo que “se rechaza el ‘diagnóstico tardío’ que reclama la familia, así como la pérdida de oportunidad, pues no se evidencia negligencia en el proceso asistencial proporcionado al paciente”. Considera que “la práctica médica aplicada se revela como correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles”, y destaca que “el tiempo transcurrido entre la primera consulta en atención primaria y el fallecimiento del enfermo fue de seis meses”.

7. Mediante escritos de 12 de junio de 2010, 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.

8. Con fecha 17 de noviembre de 2010, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por cinco especialistas en Cirugía General y Digestivo. Señalan, respecto al diagnóstico de los tumores como el que presentaba el paciente, que “clínicamente, el síntoma inicial suele ser el dolor del flanco afecto, aunque a veces puede presentarse como síndrome constitucional con astenia, anorexia y adelgazamiento o síndrome febril. Otros signos son los derivados del incremento de la presión abdominal, como distensión abdominal, varicocele y/o hernia de la pared abdominal.

Ocasionalmente podemos detectar masa abdominal a la palpación, al igual que anemia, leucocitosis, elevación de la VSG y/o productos ureicos nitrogenados, en los análisis sanguíneos. (...). Las pruebas radiográficas simples en ocasiones muestran calcificaciones -10% de los casos- con distribución focal o difusa”.

Respecto al tratamiento de este tipo de tumores, refieren que el abordaje “quirúrgico continúa siendo la única terapia con posibilidades curativas, aunque para ello es necesaria la resección completa de la neoformación (...). La tasa de recurrencia de los tumores retroperitoneales es alta, entre un 50-82%, dependiendo particularmente de su naturaleza, del tamaño tumoral, grado y estadio. Por ello el pronóstico suele ser malo, con tendencia a metastatizar”, y que en el caso de que se trata, cuando el paciente es trasladado al hospital en el que falleció ya “presentaba una recidiva precoz con carcinomatosis”.

En cuanto a la aplicación de “radioterapia y quimioterapia” para el tratamiento de los tumores retroperitoneales, manifiestan que “sigue siendo motivo de opiniones controvertidas aunque no parece aumentar la supervivencia global”, si bien precisan que “el hecho de un posible aumento del periodo libre de enfermedad hace que sea propugnada en la mayoría de los casos ante las dificultades que entraña la exéresis completa”.

Asimismo, consideran que “de no haberse presentado la fístula intestinal la evolución, en base a la histopatología del tumor, hubiera sido la misma”, y concluyen que “todos los profesionales que trataron al paciente lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la lex artis ad hoc”.

9. Mediante escrito de fecha 7 de enero de 2011, se comunica a los reclamantes la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el procedimiento. El día 14 de enero uno de los reclamantes se presenta en las dependencias administrativas y obtiene una copia íntegra del mismo.

10. Con fecha 28 de enero de 2011, el representante de los interesados presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que afirma que “se ha dejado de investigar y evaluar una cuestión ya planteada en la reclamación administrativa y que consideramos fundamental./ A saber, la asistencia en Urgencias el día 18-09-2008” en la que se realiza al paciente una exploración, analítica general, EKG, Rx de tórax y abdomen y se le diagnostica estreñimiento. No tenemos la Rx para comprobar si se pasó algo por ver. No se le realizó una ecografía, un método diagnóstico de imagen barato y accesible en un centro hospitalario”. Seguidamente, se reafirma en los términos del escrito inicial, considerando que se produjo un “retraso de dos meses en el diagnóstico, (lo cual) no es justificable, puesto que hubiera bastado realizar más pruebas (o valorar mejor la Rx hecha) en el ingreso en Urgencias el 18-09-2008, para que se hubiera alcanzado un diagnóstico más precoz, mejorando eventualmente sus oportunidades de curación o de remisión temporal de la enfermedad con condiciones aceptables de vida”.

11. Con fecha 11 de febrero de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al no haberse producido infracción alguna de la *lex artis*.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de marzo de 2011, registrado de entrada el día 23 del mismo mes, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo 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 la esposa e hijos del fallecido activamente legitimados 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.

Ahora bien, uno de los interesados se presenta como hijo del fallecido, sin que tal vínculo haya resultado acreditado. No obstante, la Administración ha tramitado el procedimiento sin poner objeción alguna a la mentada carencia. Ante esta ausencia de prueba de la filiación, entendemos que, si en el pronunciamiento que finalmente se dicte, se apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, no cabría una estimación de la reclamación sin que esta, por el procedimiento legal oportuno, verifique aquella circunstancia.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- 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 audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución. En cuanto al informe de los servicios afectados, la instrucción ha recabado el del Servicio de Cirugía que atendió al paciente a partir del día 11 de noviembre de 2008, pese a que el reproche central de los reclamantes no se limita a la atención prestada por aquel Servicio. En efecto, los reclamantes imputan a la Administración sanitaria una "tardanza en el diagnóstico del cáncer", argumentando que aquel no se produjo hasta mediados de noviembre, pese a que el paciente había recurrido en varias ocasiones, desde el mes de junio de 2008, a distintos servicios de la sanidad pública -tanto a su centro de salud, según indican los reclamantes, como al Servicio de Urgencias del hospital público del Área correspondiente, según consta en su historia clínica-, para consultar por dolor abdominal. Sin embargo, no se ha solicitado el informe de ninguno de estos servicios sanitarios, ni siquiera después de que el representante de los interesados pusiera de manifiesto, en el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia, la ausencia de consideración de aquellos hechos por parte del instructor.

La omisión del informe de los servicios afectados por la reclamación -preceptivos a tenor de lo dispuesto en el artículo 10.1 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial- obligaría a retrotraer las actuaciones al objeto de

subsanaar aquel defecto. No obstante, en este caso no juzgamos imprescindible la emisión de aquellos informes, en aplicación del principio de eficacia reconocido constitucionalmente, y teniendo en cuenta lo que razonaremos en la siguiente consideración quinta de este dictamen.

Por último, 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.

CUARTA.- 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 concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) que la acción se ejercite en plazo; b) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; c) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, y d) que no sea producto de fuerza mayor.

QUINTA.- En el examen de los requisitos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, hemos de identificar, en primer lugar, los supuestos daños alegados y su naturaleza jurídica, para luego examinar si la reclamación ha sido ejercitada dentro del plazo establecido al efecto.

El objeto de la pretensión que analizamos se dirige, tal y como se expresa en el escrito de reclamación, al resarcimiento del daño moral causado a los interesados “por el fallecimiento” de su esposo y padre, respectivamente.

En lo que al plazo para el ejercicio de la reclamación se refiere, 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”.

Tratándose del resarcimiento de los daños morales derivados del fallecimiento, el *dies a quo* para iniciar el cómputo del plazo señalado en el artículo 142 de la LRJPAC es aquel en el que se produce la muerte por la que se reclama, pues desde ese momento los interesados disponen de todos los datos precisos para la imputación y cuantificación de la eventual responsabilidad patrimonial de la Administración.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, el óbito se produjo el día 17 de enero de 2009 por lo que, presentada la reclamación el día 10 de marzo de 2010, ha de concluirse que esta fue presentada fuera del plazo de un año legalmente establecido.

Para tratar de salvar la prescripción, el letrado que actúa en nombre de los interesados recurre al artificio de invocar la pérdida de oportunidad de tratamiento del cáncer por retraso diagnóstico como causa de la reclamación, argumentando que los allegados del fallecido no conocieron hasta el 1 de julio de 2009 -esto es, casi seis meses después de la muerte-, que, por causa de aquella supuesta demora, se había perdido la oportunidad de recibir tratamiento oncológico complementario al quirúrgico y así “obtener una remisión temporal (de la enfermedad) en aceptables condiciones de vida”.

Las anotaciones obrantes en la historia clínica y los informes recabados durante la instrucción vienen a contradecir, no obstante, las afirmaciones de la parte reclamante. En primer lugar, porque del informe de alta fechado el día 1 de julio de 2009, que la representación de los interesados propone como prueba, no resulta acreditado el hecho que constituye el presupuesto de su argumentación, esto es, que el paciente no pudo recibir tratamiento oncológico al haberse producido el diagnóstico del servicio público sanitario más allá de los límites temporales que, en buena praxis médica, pueden considerarse razonables. En segundo lugar, porque no es cierto que los interesados tuviesen conocimiento “por primera vez” de que se había descartado en su momento la

aplicación de tratamiento complementario al recibir el informe de alta de fecha 1 de julio de 2009, pues consta en las anotaciones de la hoja de curso clínico del hospital en que se produjo el fallecimiento que el día 15 de enero de 2009 el doctor encargado comunicó a la familia que no existían “opciones terapéuticas”.

En definitiva, la reclamación resulta extemporánea y debe ser desestimada. No obstante, aunque la extemporaneidad de la reclamación pudiera obviarse, nuestro dictamen habría de ser igualmente negativo.

En efecto, se achaca a la Administración sanitaria el daño derivado de la pérdida de oportunidad terapéutica como consecuencia de una mora en el diagnóstico; sin embargo, el retraso que constituye el presupuesto de la pérdida de oportunidad no ha sido acreditado por la parte reclamante, a la que corresponde la carga de la prueba. Los interesados simplemente infieren la existencia del retraso diagnóstico de los siguientes datos: el paciente presentaba molestias abdominales en los meses previos al diagnóstico del tumor y, por aquel síntoma, había acudido tanto a su centro de salud, según refieren, como al Servicio de Urgencias del hospital correspondiente a su Área Sanitaria, sin que ninguno de estos Servicios diagnosticase la neoplasia de colon que padecía.

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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la 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.

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 -aunque no siempre pueda garantizarse que este sea exacto- 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.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

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.

Se atribuye en este caso a la Administración la existencia de una atención sanitaria contraria a *lex artis* por tardía. Sin embargo, los interesados no han desarrollado la menor actividad probatoria de aquel nexo causal, limitándose a aducir de forma genérica en el escrito de alegaciones que “hubiera bastado realizar más pruebas (o valorar mejor la Rx hecha) en el ingreso de Urgencias el 18/09/2008, para que se hubiera alcanzado un diagnóstico más precoz”. Ante la falta de acreditación de los extremos en que funda la parte su imputación, este Consejo Consultivo ha de formar su juicio al respecto de la posible existencia de la relación de causalidad referida, sobre la base de la documentación que obra en el expediente y que no ha sido discutida por la misma mediante la aportación de documentación o pericia alguna contradictoria.

Resulta del informe del Servicio de Urgencias fechado el día 18 de septiembre de 2008 que, ese día, el paciente demanda asistencia sanitaria por “dolor abdominal de 8 días de evolución, visto por su MAP (que) le pautó laxante con lo que mejoró”. Esto es, presentaba en aquel momento, de entre todos los signos clínicos con los que se suelen manifestar el tipo de tumores como el que el paciente tenía y a los que se refiere el informe elaborado a instancias de la aseguradora de la Administración, únicamente un síntoma tan inespecífico como es el dolor abdominal. No refería síndrome constitucional, con astenia, anorexia y adelgazamiento, ni síndrome febril. No presentaba distensión abdominal ni tenía masas, megalias o hernias. Las pruebas de bioquímica en sangre no mostraban alteraciones. La radiografía abdominal no ponía de manifiesto ninguna anomalía, situación que no resulta insólita ni puede achacarse a una valoración no idónea de la placa, como los reclamantes pretenden, pues, según explican los especialistas autores del informe antes citado, estas pruebas arrojan evidencias del tumor solo en un “10% de los casos”.

Como este Consejo ha manifestado en anteriores dictámenes, no es posible exigir a los profesionales médicos un diagnóstico precoz e indubitado antes de que aparezcan los síntomas que lo evidencien con certeza, por lo que en el asunto que analizamos no cabe demandar del personal que atendió al paciente en el Servicio hospitalario de urgencias el diagnóstico de un tumor que no se manifestaba a la exploración ni en las pruebas practicadas y que, además, era “raro” por infrecuente, según señala el Servicio de Cirugía en su informe. Tampoco se imponía la realización indiscriminada de pruebas al objeto de descartar todas las patologías que pueden cursar con dolor abdominal, actitud esta que la correcta praxis médica no ampara.

La situación es totalmente distinta cuando el paciente acude a las consultas externas de Cirugía el día 11 de noviembre de 2008. En efecto, como muestra la hoja de curso clínico correspondiente a aquella consulta, ese día se apreciaba a la exploración un “abdomen globuloso, distendido, con dolor a la palpación en hemiabdomen izquierdo, con sensación de ocupación de hemiabdomen izquierdo”, y con una “tumoración a nivel cordón inguinal izquierdo que no impresiona de hernia”. El paciente refería, además, anorexia junto con un adelgazamiento importante (7-8 kilos) en los últimos 15 días. Ante estos signos se solicita un TAC urgente y, a partir de ese momento, todos los informes recabados durante la instrucción del procedimiento de responsabilidad patrimonial coinciden en destacar que la actuación sanitaria fue acorde con las exigencias de la *lex artis ad hoc*, señalando los especialistas autores del informe elaborado a instancias de la aseguradora que “de no haberse presentado la fístula intestinal la evolución, en base a la histopatología del tumor, hubiera sido la misma”.

En resumen, no consideramos acreditado el retraso diagnóstico que se imputa a la Administración sanitaria, y por ende no cabe hablar de pérdida de oportunidad terapéutica ni de daños asociados a la misma.

Todo ello ha de conducir a que se desestime la reclamación presentada por extemporánea y porque los daños alegados no guardan relación causal con el funcionamiento del servicio público sanitario.

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.