

Expediente Núm. 269/2014
Dictamen Núm. 289/2014

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 22 de diciembre de 2014, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 3 de octubre de 2014 -registrada de entrada el día 23 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del funcionamiento del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 11 de febrero de 2014, un abogado, en nombre y representación de la viuda y los hijos del perjudicado, presenta en el registro de una oficina de empleo de la Junta de Castilla y León una reclamación de responsabilidad patrimonial frente a la Administración sanitaria del Principado de Asturias por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de este, y que atribuyen a una infracción de la *lex artis* médica.

Señalan que el perjudicado ingresó el 5 de octubre de 2012 en el Hospital "X" "a consecuencia de (un) dolor torácico" y que, examinado "por el Servicio de Cardiología", se le detectó "una masa renal izquierda". Tras la realización de un tac abdominal se observó una masa en el "polo superior de riñón izquierdo (...) de 5,2 x 5 cm (...). No se identificaron adenopatías de tamaño patológico (...). El diagnóstico fue de neoplasia del polo superior en riñón izquierdo" en estadio I. Precisan que fue derivado al Servicio de Urología del Hospital "Y" "para valorar la opción de tratamiento quirúrgico", y que "ni a la familia ni al enfermo se les explicó que estaba en una situación de riesgo. Lo único que se les indicó (era) que había que quitar el riñón y que les llamarían para ser intervenido".

Exponen que el 1 de febrero de 2013 el paciente ingresó en el hospital "con motivo de una infección respiratoria", y que las pruebas diagnósticas mostraron "una evidente progresión del tumor diagnosticado previamente". Afirman que "la tumoración había evolucionado debido a la ausencia de tratamiento", y que "no existe ninguna justificación a ese abandono (...) desde que se le dio el alta el día 19 de octubre de 2012 indicando intervención (...). Finalmente la situación del paciente es irreversible. Reingresa en el Servicio de Medicina Interna" del Hospital "Y" "el día 12 de febrero de 2013, produciéndose su fallecimiento" al día siguiente.

Sostienen que "pudo comenzarse de inmediato un tratamiento que hubiera evitado el avance de la enfermedad. De haberse intervenido al paciente de forma inminente, tras el diagnóstico, la supervivencia habría aumentado de forma notoria (...). Existía un diagnóstico precoz, dado que la enfermedad estaba en un estadio I que pudo haber sido tratado, pero al dejarse a su evolución natural llevó a su fallecimiento (...). Es evidente que hubo un claro retraso asistencial y terapéutico en el tratamiento que necesitaba la patología (del perjudicado), lo que permitió el agravamiento progresivo del cuadro lesivo".

Concluyen que "con un correcto tratamiento es evidente que se hubiera salvado la vida (del perjudicado) o por lo menos alargado (...). La ausencia de

tratamiento desde el diagnóstico conllevó una grave pérdida de oportunidad terapéutica. Al no poner a su disposición los medios técnicos y humanos de los que disponía el servicio público sanitario se causó el fallecimiento del paciente”.

Por lo que se refiere a la valoración del daño, solicitan una indemnización de 86.018,34 € para la esposa y de 9.557,59 € para cada uno de los hijos, incrementando dichas cantidades en un “15,39% aplicado por regla de tres”, en concepto de “factor de corrección por ingresos económicos”. Sobre la cuantía así calculada solicitan un incremento “del 25%” por daños “sociales”, calificando como tales la “privación de la normalizada historia familiar”, la “crisis familiar no superada”, el “duelo patológico de todos los miembros de la familia”, la “pérdida de expectativas futuras”, etc., entendiendo que “el importe que fija el baremo de accidentes no recoge (...) todas las circunstancias que han de tenerse en cuenta para fijar la indemnización”. En definitiva, el importe de la indemnización que solicitan asciende a ciento sesenta y cinco mil cuatrocientos veintisiete euros con cincuenta y ocho céntimos (165.427,58 €), “más los intereses legales oportunos”, así como la correspondiente actualización.

Por último, solicitan que se aporte “la historia clínica completa del paciente” en ambos hospitales de la red pública “desde el día 05-10-2012 hasta su fallecimiento, y en concreto las pruebas de imagen que le fueron realizadas”, y que “sea llamada al procedimiento (...) la entidad aseguradora”.

Junto con la reclamación presentan una copia de la siguiente documentación: a) Poder para pleitos, otorgado por los reclamantes a favor del abogado que actúa en su nombre. b) Testamento del perjudicado. c) Informe del Servicio de Cardiología del Hospital “X”, de 18 de octubre de 2012. d) Informe del Servicio de Urología del mismo hospital, de 19 de octubre 2012. e) Informe de un Tc abdomino-pélvico con contraste efectuado en el mismo hospital el 17 de octubre de 2012. f) Informe de derivación del Servicio de Urología del Hospital “X”, de 19 de octubre de 2012. g) Informe de una prueba de tórax realizada en el Hospital “Y” el 15 de noviembre de 2012. h) Informe de una coronariografía, de 19 de noviembre de 2012. i) Informe del Área de Gestión Clínica de Medicina Interna del Hospital “Y” de 8 de febrero de 2013 e

informe de alta de la misma fecha. j) Informe de un Tc toraco-abdominal realizado el 7 de febrero de 2013. k) Informe del Servicio de Urgencias del Hospital "Y" de 9 de febrero de 2013 y hojas de historia clínica. l) Certificado de rentas correspondiente al año 2012. m) Siete fotografías.

2. El día 7 de marzo de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario comunica al representante de los interesados la fecha de recepción 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 del silencio administrativo.

3. Durante la instrucción del procedimiento se incorporan al expediente las historias clínicas del paciente remitidas por las Gerencias de las Áreas Sanitarias VII y IV, así como los informes librados por los Servicios de Cardiología y Urología del Hospital "X" y por el Servicio de Urología del Hospital "Y" en relación con el episodio objeto de reclamación.

En el informe del Servicio de Cardiología del Hospital "X", de 19 de marzo de 2014, se señala que como consecuencia de un ingreso el día 5 de octubre de 2012 por un "episodio torácico de perfil anginoso" el paciente presenta "episodios de hematuria", por lo que el Servicio de Urología "solicita ecografía abdomino-pélvica" y posteriormente un "tac abdominal", observándose una "lesión tumoral" en el riñón izquierdo. Con el tratamiento correspondiente al proceso cardiológico es trasladado al Servicio de "Urología para valoración y tratamiento de su neoplasia renal", no disponiendo dicho Servicio "de más información en relación con este paciente".

El Servicio de Urología del mismo hospital informa, también en dicha fecha, que se trata de un "paciente con antecedentes de neumoconiosis, pericarditis tuberculosa y fibrilación auricular crónica a tratamiento con Sintrom que ingresa el 5 de octubre de 2012 en el Servicio de Cardiología", que, "con fecha 9 de octubre, solicita interconsulta al Servicio de Urología". Tras las pruebas diagnósticas practicadas (ecografía y tac abdomino-pélvico), el día 17

de octubre de 2012 se objetiva una "lesión tumoral de 5,2 x 5 cm", que se cataloga como "neoplasia renal estadio I (...). Dado el resultado del Tac, el tratamiento (...) sería quirúrgico; se informa a los familiares de la situación del paciente y se deriva con carácter preferente al Servicio de Urología" del Hospital "Y" "para valoración de actitud quirúrgica, ya que dicha intervención no se realiza en este centro".

Finalmente, el Servicio de Urología del Hospital "Y" indica, el 2 de abril de 2014, que "en el Tc abdominal que aportaba ya se veía un tumor en polo superior de riñón izquierdo con afectación de pelvis renal, aunque no parecía que hubiera otra afectación. Se le hizo una hoja de preingreso con fecha noviembre de 2012, y estaba en lista de espera quirúrgica pendiente de intervención. Posteriormente tuvimos conocimiento (de) que en febrero de 2013 ingresó en Medicina Interna con un cuadro agudo de descompensación donde se había visto una progresión tumoral rápida". Considera que, a pesar de que "las pruebas no lo demuestren, es probable que el paciente ya tuviera pequeñas infiltraciones a nivel pulmonar y otros territorios, aunque en el primer escáner de control no se hubiera visto (...). No conozco ningún caso de un tumor diagnosticado en estadio I (...) que en tres meses haya evolucionado de esa manera. Los tumores renales normalmente tienen otra evolución./ Por otra parte, este paciente, debido a sus numerosas patologías, tenía un gran riesgo quirúrgico".

4. Con fecha 20 de mayo de 2014, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. Tras relatar la asistencia prestada al perjudicado en los dos hospitales de la red pública, afirma que la cirugía había sido programada para el 14 de febrero de 2013. Sin embargo, el 1 de febrero hubo de ingresar en Medicina Interna" con "hematuria y tos pertinaz (...). Las pruebas de imagen evidenciaban un hipernefroma izquierdo con adenopatías y afectación pulmonar bilateral que fue etiquetado como de grado IV y que hacía replantearse toda actuación quirúrgica, informando de ello a la familia (...). Causó alta hospitalaria el 8 de

febrero. Cuatro días después (...) ingresó” en el Hospital “Y” “por deterioro del estado general y disnea en reposo”, falleciendo al día siguiente.

Considera que “el manejo del caso y su derivación preferente a un centro sanitario de tercer nivel para valoración y tratamiento parece el adecuado (...). También parece adecuada la estadificación inicial del tumor”. Reitera que “las neoplasias renales tienen, por lo general, una larga latencia clínica y constituyen hallazgos incidentales en el curso de exploraciones por motivos diferentes. Se ha de concluir necesariamente, por tanto, en que nos hallamos ante una neoplasia renal ciertamente atípica que, contrariamente a lo que suele ser normal y habitual, era muy agresiva y de evolución muy rápida, que en un intervalo de tiempo muy corto, de apenas 2,5 meses, progresó a un estadio muy avanzado en el que el tratamiento quirúrgico era ya inviable y el fatal desenlace inevitable./ A la luz de los hallazgos clínicos y exploratorios (...) la familia fue puntualmente informada de la situación clínica del paciente y de cuáles eran las expectativas, pero nada hacía presagiar una evolución tan rápida y un comportamiento tan agresivo del tumor./ Debemos concluir, pues, que el fallecimiento del perjudicado no es consecuencia de una práctica médica inadecuada”, sino “fruto de la agresividad y la malignidad de un tumor renal con una evolución ciertamente atípica”. En consecuencia, propone la desestimación de la reclamación.

5. Mediante escritos de 28 de mayo de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario remite una 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.

6. El día 7 de julio de 2014, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por un especialista en Oncología Médica.

Señala que el perjudicado contaba en octubre de 2012 con 71 años de edad y “con antecedentes de tuberculosis (...) y de silicosis severa”. Sobre esta última enfermedad, afirma que “la radiografía de un pulmón silicótico puede

adoptar muchos aspectos y mimetizar otras enfermedades. En términos generales, existen zonas opacas y nódulos redondeados. Ambas pueden enmascarar otras imágenes pulmonares, en particular, los cánceres de pulmón y las metástasis pulmonares” de otros tumores. El “tac realizado sin contraste intravenoso ofrece las mismas dificultades diagnósticas que la radiografía de tórax. El empleo de contraste intravenoso facilita el diagnóstico, puesto que los tumores malignos captan el contraste aumentando el brillo de la imagen mientras que los nódulos de silicosis no lo hacen”.

Por lo que se refiere al tumor padecido por el perjudicado, afirma que “se trata de un cáncer de crecimiento lento y que ocasiona pocos síntomas, por lo que suele diagnosticarse en fase avanzada cuando aparece dolor, sangre en la orina o un tumor palpable en el costado (...). El diagnóstico típico incluye la realización de ecografías y escáneres tipo tac (...). Un tac con contraste intravenoso permite establecer la extensión del tumor”.

En relación con el caso concreto, pone de manifiesto que “consultó a principios de octubre de 2012 a causa de un episodio” cardíaco. No obstante, “los médicos se alarmaron ante alguna señales” y un “tac de urgencia mostró la existencia de un tumor en el riñón izquierdo (...). Esta forma de suceder las cosas es típica de los cánceres renales (...). La mayoría (...) se diagnostican de forma casual en el curso de procesos diagnósticos emprendidos por otras enfermedades. La mitad de los hipernefromas diagnosticados casualmente (...) ya están diseminados y son incurables./ El tac de octubre de 2012 tan solo se refiere al tumor y no señala la afectación de infiltración de ganglios linfáticos ni de vasos sanguíneos (estadio I); datos que sí aparecen en un tac realizado tres meses después. La demanda toma esta disparidad como evidencia de una rápida progresión del cáncer (...). En realidad, esto es un error de interpretación. El primer tac se trataba de una exploración de urgencia (...). Se realizó, por lo tanto, sin contraste intravenoso y con la técnica radiológica más directa y rápida posible. El tac de febrero de 2013 se lleva a cabo con el conocimiento de que existe un cáncer en el riñón izquierdo y la intención de estadiar con precisión su alcance. Se elige, en consecuencia, una técnica

radiológica más compleja (...). En otras palabras, y dada la lenta evolución de los hipernefomas, es altísimamente improbable una evolución tan rápida en apenas tres meses. En cambio, es un asunto cotidiano en la práctica oncológica que el tac de estadificación realizado con técnica precisa eleva notablemente el estadio del tac de sospecha, mucho más sencillo e impreciso./ Algo parecido sucede con la supuesta aparición de metástasis pulmonares en el plazo que media entre la consulta de urgencias de octubre de 2012 y el ingreso por infección respiratoria en febrero de 2013. El paciente padecía una silicosis severa que plagaba su pulmón de fibrosis y de nódulos pulmonares. En esas condiciones la radiografía simple de tórax no es válida para el diagnóstico de metástasis pulmonares, por cuanto estas pueden existir, incluso en abundancia, ocultas y camufladas por las cicatrices y tumores benignos de la silicosis. El tac posterior, sencilla y llanamente, puso de manifiesto unas metástasis pulmonares que debían de existir desde el principio”.

Afirma que “la progresión de un hipernefoma desde el estadio I al estadio IV en el plazo de tres meses, aunque teóricamente posible, es tan improbable que la juzgo prácticamente imposible. Dado el caso, inédito en la literatura oncológica, una cirugía precoz habría resultado de todo punto inútil, por cuanto un hipernefoma de tal agresividad extraordinaria se habría diseminado desde mucho antes a nivel microscópico, aun cuando la evolución de los tumores no hubiera alcanzado el umbral de tamaño necesario para resultar visibles al tac”.

Concluye que “la sospecha de la existencia de un tumor renal establecido” en el Hospital “X” “fue acertada y particularmente meritoria, por cuanto se basó en signos muy inespecíficos y en un contexto ajeno al diagnóstico urológico (...). La inexistencia de afectación linfática y vascular en el tac de octubre de 2012 depende más de la técnica radiológica de urgencia que de la verdadera naturaleza de la enfermedad. Dado el informe del tac de febrero de 2013 es altamente probable que la extensión del tumor fuera ya la misma en octubre de 2012 (...). Dada la severidad de la silicosis, la radiografía de tórax de octubre de 2012 no era válida para el diagnóstico preciso de las

metástasis pulmonares (...). El intervalo de un mes entre la consulta de urgencias y la primera visita en Urología es adecuado para un hipernefroma diagnosticado casualmente (...). El plazo de dos meses y medio para planificar la cirugía es correcto, habitual y no compromete el pronóstico de los pacientes con hipernefroma (...). Es prácticamente imposible que un hipernefroma en estadio I desarrolle metástasis pulmonares extensas en tres meses (...). Si se diera el caso adelantar la cirugía un mes no resultaría de ayuda con una alta probabilidad, por cuanto se trataría de un cáncer con diseminación microscópica”.

Con base en ello, sostiene que “el manejo diagnóstico y terapéutico del caso (...) se ajustó a la *lex artis ad hoc*”.

7. Con fecha 9 de julio de 2014, y también a instancias de la compañía aseguradora, emite informe un gabinete jurídico privado. A la vista de los informes médicos incorporados al expediente, considera que “no ha quedado acreditada la existencia de la omisión de un deber imputable al servicio asturiano de salud (...). No ha quedado acreditado el nexo causal entre el fallecimiento y el funcionamiento del servicio sanitario público, correspondiendo al reclamante la carga de la prueba (de) tal circunstancia”. En consecuencia, estima que “no procede otorgar indemnización (a) los herederos” del perjudicado.

8. Mediante escrito notificado al representante de los interesados el 28 de julio de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

9. El día 31 de julio de 2014, el representante de los reclamantes presenta un escrito de alegaciones en el que se reiteran en su reclamación inicial. Con base en los informes médicos incorporados al expediente, afirman que “el descubrimiento del tumor no fue accidental ni incidental”, dado que “había un

signo urológico y se descubrió una causa urológica”, por lo que sostienen que “era candidato idóneo para un intervención rápida que hubiera evitado el avance de la enfermedad”. Afirman que, “a pesar de la urgencia y necesidad de la misma, la intervención no se programó hasta el 14-02-2013, es decir 120 días desde el diagnóstico (desde el 17-10-2012); 101 días desde que se estableció la indicación quirúrgica (05-11-2012)”.

10. Con fecha 17 de septiembre de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio.

Afirma que “la atención dispensada” en el Hospital “X” “a la urgencia cardíaca fue acertada y eficaz, y particularmente acertada y meritoria la sospecha de tumor renal establecida en este centro, por cuanto se basó en datos muy inespecíficos (...). La inexistencia de afectación linfática y vascular en el tac de octubre de 2012 es más bien fruto de la técnica radiológica empleada que de la verdadera naturaleza de la enfermedad, por lo que, a tenor del informe del tac de febrero de 2013, es altamente probable que la extensión del tumor fuera ya esa meses antes. Además, dada la severidad de la silicosis que el paciente padecía, la radiografía de tórax de octubre de 2012 no era válida para diagnosticar las metástasis pulmonares. En otro orden de cosas, el intervalo de un mes entre la consulta de urgencias y la primera visita en Urología es adecuado para un hipernefroma diagnosticado de forma incidental, al igual que es adecuado y habitual un plazo de dos meses y medio para programar la cirugía, y no compromete el pronóstico de los pacientes con hipernefroma. Finalmente, la posibilidad de que un hipernefroma en estadio I desarrolle metástasis pulmonares extensas en tres meses es muy pequeña, pero si se diera el caso adelantar la cirugía un mes muy probablemente no sería de ayuda, porque se trata de un cáncer con diseminación microscópica”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 3 de octubre de 2014, 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 Sanidad, 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, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley citada.

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 11 de febrero de 2014, habiendo tenido lugar el hecho que la motiva -el fallecimiento del paciente- el día 13 de febrero de 2013, 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.- Interesan los reclamantes el resarcimiento del daño moral derivado de la muerte de su esposo y padre, respectivamente, invocando que “hubo un claro retraso asistencial y terapéutico en el tratamiento que necesitaba la patología (del perjudicado), lo que permitió el agravamiento progresivo del cuadro lesivo”, y que “con un correcto tratamiento es evidente que se hubiera salvado” su “vida (...) o por lo menos alargado”. Por ello, sostienen que “la ausencia de tratamiento desde el diagnóstico conllevó una grave pérdida de oportunidad terapéutica”. También afirman que “desde el primer momento se debió informar al paciente de la posibilidad de estar presentando un tumor cancerígeno en evolución”, y que no fue “hasta el mes de febrero”, al ingresar grave en el Hospital “Y”, cuando “la familia se enteró de la verdadera patología que sufría (...) y de la gravedad del cuadro”.

No existe controversia sobre la realidad del daño alegado, ni observamos divergencia sustancial en el relato de hechos en lo atinente al fondo de la cuestión debatida. Por tanto, acreditado el fallecimiento del paciente, cabe deducir que se ha producido un daño moral en los parientes cercanos que ahora reclaman.

Sentado esto, hemos de recordar, tal como viene reiterando este Consejo, que el servicio público sanitario debe procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de que se obtengan los resultados concretos pretendidos. Por tanto, para apreciar que el daño alegado

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 solo 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*.

Se atribuye a la Administración la prestación de una asistencia sanitaria con infracción de la *lex artis* que, en alguna medida no concretada, relacionan con la muerte del paciente. Sin embargo, pese a que incumbe a quienes reclaman la prueba de sus imputaciones, los interesados no han desarrollado la menor actividad probatoria de este nexo causal, ni siquiera en el trámite de

alegaciones, de modo que este Consejo Consultivo ha de formar su juicio al respecto de la posible existencia del nexo causal referido sobre la base de la documentación clínica y de los informes médicos que obran en el expediente.

En el caso concreto que analizamos, los reclamantes sostienen la existencia de una pérdida de oportunidad terapéutica, dado que un cáncer que en octubre de 2012 se encontraba en estadio I no fue extirpado de modo inmediato y evolucionó a un estadio IV con multitud de metástasis pulmonares en febrero de 2013, resultando en ese momento inabordable. Sin embargo, la propuesta de resolución de la Administración sostiene, con base en el informe del especialista en Oncología Médica que aporta la entidad aseguradora, que “es altamente probable que la extensión del tumor fuera ya esa (se refiere al estadio IV) meses antes”, porque “la inexistencia de afectación linfática y vascular en el tac de octubre de 2012 (que concluyó con una sospecha de estadio I) es más bien fruto de la técnica radiológica empleada que de la verdadera naturaleza del tumor”, y que “dada la severidad de la silicosis que el paciente padecía la radiografía de tórax de octubre de 2012 no era válida para diagnosticar las metástasis pulmonares”.

En cuanto a la hipótesis de un posible desarrollo anormalmente rápido del tumor (entre octubre de 2012 y febrero de 2013), considera que “la posibilidad de que un hipernefoma en estadio I desarrolle metástasis pulmonares extensas en tres meses es muy pequeña, pero (...) si se diera el caso adelantar la cirugía un mes muy probablemente no sería de ayuda, porque se trata de un cáncer con diseminación microscópica”.

Pues bien, a nuestro juicio, se constata la existencia de una infracción de la *lex artis* en el procedimiento diagnóstico, dado que no se emplearon los medios adecuados en el inicial estadiaje del tumor. En efecto, lo manifestado en el informe del especialista que aporta la compañía aseguradora de la Administración, y la propuesta de resolución basada en sus afirmaciones, nos permite concluir que el tac inicialmente empleado, sin contraste intravenoso, y la radiografía de tórax no resultaban adecuados en atención a la patología previa del paciente -la silicosis severa que padecía-, dado que, según se indica,

las lesiones que produce la silicosis pueden enmascarar distintos daños, como el cáncer de pulmón o las metástasis pulmonares de tumores primarios de otros órganos. Así las cosas, es claro que cuando el paciente es derivado al Servicio de Urología del Hospital "Y" se hace sin un diagnóstico preciso sobre el grado de extensión del tumor, pues no se habían utilizado las técnicas diagnósticas adecuadas en función de sus antecedentes personales.

No obstante lo anterior, hemos de recordar que corresponde a quien reclama no solo la prueba de la existencia de una infracción de la *lex artis*, sino también la del nexo causal entre esta y el daño por el que se reclama (en este caso se reclama por una pérdida de oportunidad terapéutica, aunque incomprensiblemente se pretenda que la Administración indemnice con el importe correspondiente al fallecimiento del paciente, como si hubiera sido esta responsable al cien por ciento del mismo). En este punto, los informes aportados por la Administración al procedimiento sostienen que tal nexo causal no existe en ninguna de las dos posibles hipótesis que analizan. La primera, que juzgan como más probable, es que la extensión del tumor objetivada en febrero de 2013 ya fuera la misma, aunque no se apreció en octubre de 2012, dado que se trataba de un tumor "de crecimiento lento" que "suele medirse en años" -informe del especialista en Oncología Médica-. En ese caso nada habría sido distinto si la intervención quirúrgica se hubiera programado con extrema urgencia, a la vista del hallazgo incidental. En la segunda hipótesis, que el mismo especialista califica de "prácticamente imposible" y de caso "inédito en la literatura oncológica", se contemplaría el supuesto de "la progresión de un hipernefroma desde el estadio I al estadio IV en el plazo de tres meses", y en esa tesis sostiene que "un hipernefroma de tal agresividad extraordinaria se habría diseminado desde mucho antes a nivel microscópico, aun cuando la evolución de los tumores no hubiera alcanzado el umbral de tamaño necesario para resultar visibles al tac".

Frente a tales afirmaciones y conclusiones, propias de la ciencia médica, los interesados no aportan prueba alguna que permita a este Consejo su cuestionamiento. En consecuencia, hemos de concluir que no se ha probado la

existencia de un nexo causal entre la actividad asistencial desplegada por la Administración sanitaria y el daño -aunque fuera este contemplado como una pérdida de oportunidad- por el que se reclama, por lo que la reclamación ha de ser desestimada.

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.