

Expediente Núm. 132/2015
Dictamen Núm. 156/2015

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 17 de septiembre de 2015, 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 20 de julio de 2015 -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 daños derivados del fallecimiento de su madre, que atribuye a la asistencia dispensada en un hospital público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 25 de abril de 2014, la reclamante presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida a la Consejería de Sanidad, por daños derivados del fallecimiento de su madre, que atribuye a la asistencia dispensada con ocasión de un carcinoma de mama.

Refiere que el día 22 de julio de 2003 se realizó a su madre "mastectomía tipo Madden derecha y vaciamiento axilar derecho" por un "carcinoma ductal infiltrante de grado 3, estado patológico T2 (4 cm) NOM0, con RE++, RP++, HER2 desconocido, Ki 67 30%". Se le pauta "quimioterapia adyuvante con CEF únicamente, sin administrársele ningún tipo de tratamiento hormonal, que es lo habitual en este tipo de tumores, a pesar de presentar 'ab initio' la paciente los dos receptores que determinan la hormonodependencia del tumor que se le extrajo en fecha 22 de julio de 2003, amén de la importancia de dicho tratamiento hormonal para limitar la recidiva o reproducción del tumor en otras partes del cuerpo".

Destaca que "tras las primeras sesiones de quimioterapia estuvo un mes sin menstruación, volviéndole no obstante la misma", lo que comunicó a los médicos a cargo de su tratamiento, que no tomaron ninguna medida al respecto. Siguió controles en los que los facultativos no dieron importancia al constante dolor referido por su madre en la pierna derecha.

En fecha 14 de junio de 2005 ingresa para la colocación de un expansor, intervención que se realizó el día 22 de dicho mes.

El 28 de marzo de 2006 se realiza recambio de expansor por prótesis anatómica de gel de silicona.

El "21 de diciembre de 2006, habiendo sido diagnosticada hiperplasia lobulillar atípica y carcinoma lobulillar insitu multifocal, se realizó mastectomía izquierda con reconstrucción bilateral, dándole como único tratamiento Ferplex. Se le sigue sin administrar tratamiento hormonal coadyuvante".

En fecha 24 de marzo de 2008 se le diagnosticó un pólipo endocervical.

El 31 de agosto de 2008 fue intervenida para realizar reconstrucción de CAP bilateral.

Sigue relatando que "con fecha 5 de noviembre de 2008 fue citada a su última revisión, puesto que se consideró por los facultativos que 'todo estaba bien'" y que no existe "dato alguno documentado de dicha valoración". El día 16 de enero de 2009, su madre se encuentra mal; acude "al Servicio de Urgencias, derivada por su médico de familia, decretándose su ingreso

hospitalario". Se le realizan pruebas diagnósticas y se le detectan "células tumorales en la pleura que son idénticas a las del cáncer de mama que se le trató, y del que había sido dada de alta dos meses antes, objetivando además implantes pleurales con quiste hepático y una lesión de 1,4 de aparente origen degenerativo sin compromiso de canal raquídeo". Es derivada de Ginecología "a Oncología donde deciden iniciar tratamiento anti hormonal con análogos de LH-RH y Tamoxifeno".

Afirma que "desde un primer momento el Servicio de Oncología mostró su extrañeza al observar que la paciente no había sido tratada con un tratamiento hormonal, dado el tipo de tumor padecido, hormono dependiente, puesto que con receptores RE y RP positivos es necesaria hormonoterapia adyuvante y ello por la meridiana razón que dichos receptores indican una relación causal entre el crecimiento tumoral y las hormonas, estrógenos y progesterona. Es decir, según los estudios médicos vigentes, desde los años 70 se determinó la importancia de los tratamientos hormonales al haber descubierto la relación entre dichas hormonas y el crecimiento tumoral".

Tras "realizar TAC toracoabdominal se diagnostica adenopatía en cadena ganglionar de 6 mm, mtx en cuerpo del esternón a nivel abdominal, hemangioma hepático, mtx que afecta al cuerpo vertebral de T1 D10 y L4 así como a 1 1/3 medio del sacro, mtx en cuello femoral izdo. y ceja cotiloidea izda". El diagnóstico principal es "mtx óseas múltiples, en progresión pulmonar. Estadio IV".

El día 26 de enero de 2009, su madre presenta "queja ante el Servicio de Salud del Principado de Asturias (...), que fue contestada en fecha 12 de febrero de 2009 (...) considerando que 'el tratamiento fue el adecuado'".

Su madre falleció el día 14 de marzo de 2014 dejando esposo y tres hijos, todos ellos mayores de edad.

Señala que la enfermedad de su madre, "y más desde enero de 2009 cuando le detectan la metástasis y le sugieren a través del Servicio de Oncología un posible error de tratamiento del cáncer padecido al no haberle

administrado el tratamiento hormonal pautado según los protocolos médicos en estos tipos de tumores, causó unos daños psicológicos y morales en su familia”.

Expone los fundamentos de derecho que sostienen su pretensión. Especifica que “en el caso que nos incumbe, se parte de negligencia omisiva en la aplicación del medio curativo. Y ello, porque teniendo en cuenta que desde el primer momento del diagnóstico se tuvo conocimiento que el carcinoma ductal infiltrante de grado 3, estado patológico T2 (4 cm) N0M0, presentaba receptores de estrogénicos y progesterona RE++, RP++, respectivamente (su madre) no fue sometida a tratamiento hormonal adyuvante a la quimioterapia recibida, que como se tendrá ocasión de demostrar, es de carácter esencial para limitar en gran medida una reproducción del cáncer en el otro seno como aquí lamentablemente ocurrió”.

Considera que no se ha cumplido la obligación de medios en que consiste la *lex artis*, que se ha incumplido “la obligación de utilizar cuantos remedios conozca la ciencia médica y estén a disposición del profesional del lugar y en el momento en que se produce la asistencia y el tratamiento suministrado”. Añade que “a pesar de ser un carcinoma con receptores RE++ y RP++ (...) aquellos en que resulta necesario hacer un tratamiento con hormonoterapia, este tratamiento utilizando el Tamoxifeno no se realizó hasta el año 2009, una vez que la paciente ya tenía metástasis”. Considera asimismo que “esta falta de atención en el paciente causó la muerte de” su madre.

Cita la Guía de Actuación en Cáncer del Servicio de Salud del Principado de Asturias, según la que -dice- “en su página 67 y siguientes se establece para canceres con los parámetros presentes en el caso de (su madre), un tratamiento adyuvante a base (de) Tamoxifeno, tratamiento que hasta 6 años después de la primera intervención no se le administró, lo cual (...) disminuyó en gran medida las posibilidades de (su madre) de seguir con vida”.

Señala que “ya desde el año 1973, cuando Engelsman describió la presencia de receptores de estrógenos en tumores de mama, se empezaron a tratar este tipo de tumores con medicamentos hormonales”. Que “el más utilizado, y recetado a (su madre) de forma tardía, lamentablemente, es el

Tamoxifeno, medicamento que se ha considerado el tratamiento estándar en la hormonoterapia en cáncer de mama, siendo recomendado como primera línea de tratamiento hormonal para cáncer de mama avanzado en mujeres premenopáusicas, que es el caso de (su madre) con ocasión de la primera intervención./ Este medicamento es el antiestrógeno más utilizado en el tratamiento hormonal del cáncer de mama. La tasa media de respuesta es del 34% en pacientes no seleccionadas. La respuesta aumenta según el nivel de receptores siendo de hasta un 68% cuando son RE y RP positivos, como en el caso de su madre. Y que "el Tamoxifeno es habitualmente la base del tratamiento para las mujeres con cáncer de mama que son pre o perimenopáusicas o con amenorrea inducida por la quimioterapia". Añade otros pormenores del tratamiento con dicho fármaco.

Reitera reproche de negligencia omisiva, relación de causalidad con el fallecimiento de su madre y padecimientos morales y psicológicos de su familia durante once años, que cifra en doscientos mil euros (200.000 €). Interesa indemnización en el citado importe.

Adjunta, entre otros, los siguientes documentos: a) Certificación de matrimonio de la hoy fallecida, así como tres certificaciones de nacimiento, en las que figuran la reclamante como hija y las personas a las que representa como esposo e hijos de aquella. b) Informe de Consulta Externa del Servicio de Ginecología del Hospital del día 29 de marzo de 2005, según el cual la paciente fue diagnosticada de "Ca. Ductal Infiltrante de mama dcha. mediante BAG". Se le realiza "mastectomía dcha. + VAX en julio de 2003 con informe anatomopatológico de CDI grado III de S-B y ganglios linfáticos axilares (20) libres de tumor". Consta en el mismo, entre otros datos que "el resultado inmunohistoquístico fue el siguiente: positividad ++ para RE y RP". c) Informe de Anatomía Patológica solicitado el día 3 de junio de 2003, relativo a "biopsia de cuadrante ínfero interno de mama derecha con carcinoma ductal infiltrante Grado 3 de S-B", según el cual "el resultado inmunohistoquístico revela una positividad de ++ para receptores de estrógenos y progesterona". d) Informe de Anatomía Patológica solicitado el día 22 de julio de 2003, relativo a "pieza de

mastectomía con carcinoma ductal infiltrante grado III de S-B” con ganglios linfáticos axilares (20) libres de tumor, en el que consta “inmunohistoquímica: R. E (+), RP (+)”. e) Queja formulada por la, en su día, paciente en enero de 2009, tras su ingreso en el Servicio de Patología Mamaria entre los días 16 y 23 de enero de 2009, en el que se le diagnosticó metástasis de pleura. En ella, la paciente entiende que hubo en su caso omisión de tratamiento, “lo que pone en conocimiento (...) a los efectos oportunos”, así como contestación a la misma según la que “en función de su edad y dado que el tratamiento quimioterápico causó amenorrea, no se consideró necesario tratamiento hormonal”. f) Guía para el diagnóstico y el tratamiento del Cáncer de Mama en el Principado de Asturias. Dedicar su apartado 7 a los “Criterios de actuación en el tratamiento adyuvante”. Refiere el punto 7.1 a los “Datos mínimos anatomopatológicos y biológicos necesarios para que el clínico pueda establecer el tratamiento adyuvante”. Se enumeran en el mismo los siguientes datos: “Estado de la afectación ganglionar axilar”, “Tamaño del primario”, “Grado histológico”, “Edad de la enferma”, “Tipo histológico”, “Receptores hormonales”, “Estado menopáusico”, en el que se especifica que “se consideran posmenopáusicas a aquellas mujeres que en el momento en el que se evalúa su estado posmenopáusico han pasado más de 12 meses desde su última regla. En los casos dudosos se recurrirá al análisis de sangre para determinar el perfil hormonal”, y “Otros factores pronósticos”. El punto 7.2 se refiere a la “Definición y clasificación de los grupos de riesgo”. Tal definición y clasificación se hace “según el estado de los ganglios, la edad de la paciente y las características histológicas y biológicas del tumor”. En cuanto a las indicaciones terapéuticas según subgrupos pronósticos (algoritmo terapéutico), se contemplan en el epígrafe 7.3. Se inicia la exposición con un “cuadro en el que de forma esquemática se especifica el tratamiento adyuvante indicado según el grupo de riesgo al que pertenezca (Consenso de S Gallen 2003)”. El subepígrafe 7.3.3 expone el tratamiento del grupo de alto riesgo-grupo al que pertenece la perjudicada-, distinguiendo en este según los receptores hormonales sean positivos -pacientes premenopáusicas y

posmenopáusicas- o negativos. En el caso de pacientes premenopáusicas, y con receptores hormonales positivos -como la madre de la reclamante- se contempla como tratamiento estándar “la ablación con agonistas de la LH-RH + tamoxifeno. La decisión de indicar tratamiento antihormonal dependerá exclusivamente del grado de hormonodependencia./ Otra opción es CMF seguido de tamoxifeno, teniendo en cuenta que a todas las enfermas menores de 40 años que reciban quimioterapia se les debe administrar agonistas de la LH-RH independientemente de que la quimioterapia haya producido amenorrea o no”.

2. Mediante escrito notificado el 7 de mayo de 2014, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario comunica a la reclamante 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 de la falta de resolución expresa. Asimismo le requiere para que proceda a acreditar la representación que alega.

3. El día 7 de mayo de 2014, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado para elaborar el informe técnico de evaluación solicita a la Gerencia del Área IV un informe de los Servicios de Obstetricia y Ginecología y Oncología Médica así como copia de la historia clínica de la paciente.

4. El día 20 de mayo de 2014 la reclamante presenta un escrito mediante el cual aporta poder notarial del día 15 de mayo de 2014, otorgado a su favor por su padre y sus dos hermanos.

5. Mediante oficios de 21 y 27 de mayo y 4 de junio de 2014, se remite la historia clínica y los informes solicitados.

En la historia clínica figuran, entre otros documentos, los correspondientes a las intervenciones quirúrgicas practicadas a la paciente, y los siguientes: a) Informe de seguimiento en Consultas de Oncología Médica,

en el que consta anotación del día 26 de febrero de 2009, según la que “el mes pasado todavía tuvo menstruación”. b) Hoja de órdenes terapéuticas en la que figura exitus el día 14 de marzo de 2014.

El informe del Servicio de Oncología Médica -fechado el 26 de mayo de 2014- en el que se relata la asistencia dispensada a la paciente.

El día 29 de mayo de 2014, el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología traslada un informe realizado en el año 2009 “que conserva toda su vigencia en tanto en cuanto la paciente no volvió a acudir al Servicio de Ginecología”. El informe del día 11 de febrero de 2009 está suscrito por el Jefe de Sección y considera que “la conducta terapéutica ha sido la correcta” exponiendo las razones que sostienen tal afirmación, entre las que consta que “el cáncer de mama es un tumor heterogéneo de pronóstico incierto, condicionado por ciertos parámetros o factores pronósticos./ El tratamiento adyuvante, cuya finalidad es evitar o retrasar recidivas o metástasis, se indica en base a dichos factores pronósticos. (...) el tratamiento adyuvante no garantiza la ausencia de recidivas o metástasis./ Dentro de los factores pronósticos, el tamaño tumoral, la afectación ganglionar, el grado histológico alto y el índice de proliferación elevado condicionan un peor pronóstico. Mientras que la positividad de los receptores hormonales es signo de buen pronóstico./ En el caso que nos ocupa, se trataba de un tumor con los siguientes datos: tamaño tumoral 4 x 2,5 cm, CDI grado III. De SBR. Axila con 20 ganglios negativos. Inmunohistoquímica: RE (+); RPG (+); Ki67 30%; P53 (-); BCL (+); herceptest (-)”. Señala que “valorado el tratamiento adyuvante, se decide tratamiento quimioterápico en función de los factores de mal pronóstico (tamaño tumoral, grado histológico e índice de proliferación), pautándose FEC 6 ciclos por 21 días”./ En función de la edad de la paciente y dado que la positividad de los RE y RPG es baja (1 (+) sobre 3), y teniendo en cuenta que la quimioterapia causó amenorrea, no se consideró necesario tratamiento hormonal adyuvante./ La paciente fue sometida a controles rigurosos, ofreciéndole además todo tipo de ayuda para solucionar la secuela de su mastectomía (reconstrucción plástica)”. Relata la asistencia posterior y concluye

lamentando "la mala evolución de esta paciente, pese al tratamiento adyuvante recibido, pero hemos de reiterar que esta terapia u otra, en ningún caso, garantiza la ausencia de recidiva o metástasis".

6. Con fecha 2 de octubre de 2014, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. Tras realizar consideraciones médicas relativas a los dos tipos de tratamiento estándar considerados en la actualidad, en los estadios I y II del cáncer de mama. "El tratamiento recomendado para las pacientes sin afectación axilar" consideradas de riesgo alto, con RH +, si son premenopáusicas está constituido por "QA + TAM./ Ooforectomía./ Análogo Gn RH" y si son postmenopáusicas, "TAM – QA", consideraciones que realiza apoyándose en las definiciones de la VI Conferencia de Consenso Internacional sobre tratamiento adyuvante de cáncer de mama (St. Galle, 1998). A continuación, realiza la valoración del caso. A propósito de la cita que la reclamante hace de la Guía para el Diagnóstico y el tratamiento del Cáncer de Mama en el Principado de Asturias, señala "en primer lugar, que uno de los colaboradores en la redacción de la Guía y miembro del Comité Editorial era el Jefe de la Unidad de Patología Mamaria del Servicio de Obstetricia y Ginecología del (Hospital) y que intervino en el tratamiento de la paciente fallecida./ En segundo lugar, esta Guía fue publicada en el año 2004, es decir, un año después de recibir la paciente el tratamiento adyuvante, objeto de la reclamación. En la página 68 de esta Guía, en relación con el tratamiento de pacientes premenopáusicas con receptores hormonales positivos, se dice lo siguiente: 'El tratamiento estándar es la ablación con agonistas de la RH–LH + Tamoxifeno. La decisión de indicar tratamiento antihormonal dependerá exclusivamente del grado de hormonodependencia'. Esto quiere decir que la hormonodependencia no es un valor absoluto, sino que tiene grados que, en aquella época se medía con una escala de una a tres cruces (en la actualidad con una escala de números del 0 al 8)". Y consigna "por último, el estudio histoquímico que se realizó en la pieza de la mastectomía realizada el 22-7-2003 se indica RE + y RP +, es decir,

existían escasos receptores hormonales, por lo que hubieran sido escasísimos los resultados obtenidos, por no decir nulos, con el tratamiento de Tamoxifeno, optándose por la quimioterapia con CEF en seis ciclos, de acuerdo a consenso científico internacional. En este mismo sentido se pronuncia el Jefe de la Unidad de Patología Mamaria. Por otra parte, las características del tumor que la paciente presenta (tamaño de 4 x 2,5 cm, grado histológico 3 y un índice de proliferación alto, con Ki 67 del 30 %), lo encuadraban entre los que calificaban de alto riesgo, con una tasa de recidiva del 15 al 40% en 10 años a pesar del tratamiento y de 'mal pronóstico', tal y como lo califica el Jefe de la Unidad de Patología Mamaria en su informe". Concluye que "la asistencia fue correcta y adecuada a la *lex artis*. El tratamiento aplicado era el que en ese momento se consideraba el adecuado para las características del tumor, de acuerdo al consenso científico internacional. El fallecimiento se debe a la gravedad y características del tumor que la paciente padecía".

7. Con fecha 16 de octubre 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.

8. El día 19 de marzo de 2015, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios una copia del expediente administrativo, al haberse interpuesto por la reclamante recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Consta en aquel que se da cumplimiento a dicho requerimiento el 31 de marzo de 2015.

9. Por oficio del 12 de mayo de 2015 suscrito por el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas se notifica a la

reclamante 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.

No consta presentación de alegaciones.

10. El día 30 de junio de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial e Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Razona que “la asistencia prestada (...) fue correcta y adecuada a la *lex artis ad hoc*. Dadas las características del tumor que la paciente presentaba, el tratamiento fue el adecuado, según el consenso científico internacional”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de julio de 2015, 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 tres de los interesados representados por una de ellos 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 25 de abril de 2014, habiendo tenido lugar el fallecimiento del que trae origen el día 14 de marzo del mismo año, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás

entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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

Ahora bien, 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.

Sin embargo, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios

públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se solicita indemnización por los daños dimanantes del fallecimiento de una paciente en 2014, que los reclamantes atribuyen a omisión de tratamiento hormonal coadyuvante en el cáncer de

mama que se le había diagnosticado en 2003 y por el que fue tratada quirúrgicamente.

Consta en el expediente que la esposa y madre de los interesados falleció en el Hospital el día 14 de marzo de 2014, por lo que debemos reconocer que esta pérdida ha originado en ellos un daño real y efectivo de naturaleza moral.

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 este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, 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 eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por los interesados 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.

Consta en el expediente que el día 22 de julio de 2003 se realizó a la hoy fallecida una mastectomía y vaciamiento axilar dcho., por carcinoma ductal infiltrante 3, y que no se le administró tratamiento hormonal.

También ha quedado acreditado que en diciembre de 2006 se le realizó mastectomía izquierda, por hiperplasia lobulillar, y que no se le administró tratamiento hormonal coadyuvante.

En enero de 2009 se le aprecia metástasis en la pleura. Es trasladada a Oncología "donde deciden iniciar tratamiento anti hormonal con análogos de LH-RH y Tamoxifeno".

Los reclamantes reprochan negligencia omisiva en la aplicación de un medio curativo y considera que "esta falta de atención (...) causó la muerte" de su madre.

En apoyo de su tesis citan la Guía de Actuación en Cáncer de Mama del Servicio de Salud del Principado de Asturias (en adelante Guía), en la cual -afirman- "se establece para cánceres con los parámetros presentes en el caso de (su madre) un tto. adyuvante a base de Tamoxifeno", que hasta 6 años después de la primera intervención quirúrgica no se le administró, lo cual -a su juicio- "disminuyó en gran medida las posibilidades de (su madre) de seguir con vida".

En el Informe Técnico de Evaluación, el Inspector de Prestaciones Sanitarias realiza varias consideraciones, cuya coherencia y aplicación al caso procede analizar con detalle. Describe el tratamiento recomendado para las pacientes como la del caso -sin afectación axilar, de riesgo alto y premenopáusicas-, que está constituido por "QA + TAM./ Ooforectomía./ Análogo Gn RH". Esto supondría avalar la tesis de la reclamante, por falta de indicación de TAM, lo que se contradice con la conclusión desestimatoria de la reclamación contenida en el mismo informe técnico de evaluación.

Para resolver la aparente contradicción, debemos profundizar en dicho informe. En primer lugar, hemos de considerar que se apoya la indicación de

ese tratamiento en las definiciones de la VI Conferencia de Consenso Internacional sobre tratamiento adyuvante de cáncer de mama (ST. Galle, 1998), que se considera aplicable en detrimento de la Guía alegada por la interesada. En relación con la aplicación de la Guía, el técnico refiere dos hechos: por un lado, que la Guía fue publicada en el año 2004, es decir, un año después de que se realizara a la paciente la primera mastectomía, con base en el cual parece excluir la aplicación de la misma. El segundo, que el facultativo que atendió a la paciente era miembro del Comité Editorial y uno de los colaboradores en la redacción de la misma.

En este punto de la exposición, debemos traer a colación el carácter evolutivo del conocimiento científico aplicado a los tratamientos de cáncer de mama. Los facultativos tienen la obligación de estar -razonablemente- al corriente de los progresos científicos, y debemos entender, dados los hechos consignados en el informe técnico de evaluación, que el facultativo que atendió a la paciente lo estaba, por lo que tenía la obligación médica de llevarlos a la práctica clínica, incluso aún antes de que se publicara la Guía en la que se plasmara formalmente dicho progreso, pues no nos encontramos ante una norma cuya eficacia esté sometida a publicación.

Teniendo en cuenta estos dos hechos, consideramos que resulta de aplicación al caso la Guía, tal y como aducen los reclamantes, y no lo acordado en 1998.

Examinada la citada Guía, aportada por los propios reclamantes, resulta que, según el epígrafe 7.3.3 dedicado al tratamiento del grupo de alto riesgo, para el caso de pacientes con receptores hormonales positivos y premenopáusicas, se indica que "El tratamiento estándar es la ablación con agonistas de la LH-RH + Tamoxifeno". Sin embargo, la indicación de este tratamiento no es incondicionada, como sostienen los interesados. Antes al contrario, a continuación de la descripción del tratamiento estándar, la Guía señala que "La decisión de indicar tratamiento antihormonal dependerá exclusivamente del grado de hormonodependencia". El informe técnico de evaluación añade que la hormonodependencia no es un valor absoluto, sino

que tiene grados que, en aquella época, se medía con una escala de una a tres cruces”.

Sobre la hormonodependencia, la reclamante afirma que el carcinoma ductal infiltrante de grado 3 “presentaba receptores” de “estrógenos y progesterona” “RE++ y RP++”. A propósito del nivel de receptores hormonales, el Jefe del Servicio de Obstetricia y Ginecología informa que, en el caso, el tumor tenía entre otros datos “inmunohistoquímica: RE (+); RP (+)”, es decir un grado inferior de hormonodependencia que el alegado por la reclamante.

Podemos determinar el origen de tales datos y explicar la discrepancia que existe entre ellos. Examinada la documentación adjunta a la reclamación, resulta que obran dos informes de Anatomía Patológica. Uno, de 3 de junio de 2003, es el relativo a la biopsia realizada antes de la intervención de mastectomía. Según el mismo, “el resultado inmunohistoquístico revela una positividad de ++ para receptores de estrógenos y progesterona”. El segundo, sin embargo, es el informe de Anatomía Patológica solicitado el día 22 de julio de 2003, que consigna un resultado de “inmunohistomía: RE (+); RP (+).” En el momento en que se formula la reclamación, tal resultado era ya conocido por los reclamantes. No obstante, de forma no justificada, optan por construir toda su argumentación con base en el anterior.

Habida cuenta que el informe más reciente corresponde al estudio anatomopatológico realizado tras la extirpación quirúrgica de la mama, su resultado es fruto del análisis acabado del tejido del seno extirpado y no de las muestras tomadas para el diagnóstico previo a la cirugía, por lo que debe considerarse determinante del grado preciso de positividad de los receptores, que era + y no ++, como sostienen los reclamantes.

En el trámite de audiencia, no se ha discutido el grado de hormonodependencia señalado en el informe del Servicio de Obstetricia y Ginecología, ni las consideraciones realizadas en el mismo a propósito de la no indicación de Tamoxifeno en el caso de receptores antihormonales +.

En definitiva, la paciente no era tributaria del tratamiento cuya omisión reprochan los interesados como una infracción de la *lex artis*, por lo que no

cabe vincular causalmente el fallecimiento con la asistencia sanitaria prestada por el servicio público. En efecto, no podemos olvidar que, como señala el informe técnico de evaluación, “las características del tumor que la paciente presenta (tamaño de 4 x 2,5 cm, grado histológico 3 y un índice de proliferación alto, con Ki 67 del 30%), lo encuadraban entre los que calificaban de alto riesgo, con una tasa de recidiva del 15 al 40% en 10 años a pesar del tratamiento y de ‘mal pronóstico’, tal y como lo califica el Jefe de la Unidad de Patología Mamaria en su informe”. Por ello, debemos concluir, como hace el informe técnico de evaluación, que “el fallecimiento se debe a la gravedad y características del tumor que la paciente padecía” y no a la asistencia recibida, que se ajustó a la *lex artis ad hoc*.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.