

Expediente Núm. 165/2016
Dictamen Núm. 244/2016

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 25 de octubre de 2016, 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 10 de junio de 2016 -registrada de entrada el día 15 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 fallecimiento de su padre como consecuencia del abordaje tardío de un tumor renal.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 11 de septiembre de 2015, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del fallecimiento del padre del interesado tras una “afectación metastásica hepática” no detectada meses antes por el Servicio de Urología del Hospital “X”.

Expone que en noviembre de 2013 se le detectó una “masa renal derecha con probable ocupación tumoral de las venas renales”, objetivándose una “neoplasia renal izquierda”, por lo que fue derivado el 26 de noviembre al Servicio de Urología del Hospital “Y” “para completar estudio e intervención programada”, recibiendo el alta el 26 de diciembre del mismo año. En enero del año siguiente se le realiza un estudio de la vena cava inferior con resultado “normal o sin hallazgos”, pero en el mes de abril el Servicio de Digestivo lo remite al de Urgencias al detectársele tras una ecografía abdominal una “afectación metastásica hepática”, falleciendo a consecuencia de ello.

Afirma que la actuación de los servicios médicos “no fue todo lo diligente que cabría esperar para con mi padre tras la intervención y alta de 26 de diciembre de 2013, máxime cuando no se apreció la afectación que finalmente ocasionó su fallecimiento unos meses más tarde. No habiendo recibido por ello un tratamiento que pudo, cuanto menos, haber demorado ese fatal desenlace”.

Cuantifica el daño reclamado en sesenta mil euros (60.000 €).

Acompaña a su escrito una copia del Libro de Familia que acredita su condición de hijo; del certificado de defunción, que tuvo lugar el 13 de septiembre de 2014, y de varios informes médicos que constatan el tratamiento dispensado a su padre en el episodio crítico, cuando contaba con 57 años de edad.

2. Con fecha 30 de septiembre de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al perjudicado la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Durante la instrucción se incorporan al expediente, remitidos por el centro hospitalario que atendió al fallecido, copias de su historial clínico y de los informes librados por los servicios a los que se imputa el daño.

En el suscrito por el Jefe del Servicio de Urología del Hospital "X", de 8 de octubre de 2015, se reseña que al paciente se le diagnostica el 22 de noviembre de 2013 una "neoplasia renal izda. con signos de infiltración local y trombo-tumoral que afecta a grandes vasos venosos, ocupando completamente la vena renal izda., así como la vena cava inferior, extendiéndose en sentido ascendente hasta la orejuela de la aurícula dcha./ Dado que se trataba de un caso que precisaba la intervención conjunta con el Servicio de Cirugía Cardíaca se habla ese mismo día con el Servicio de Urología" del Hospital "Y", "donde ingresa el día 26 de noviembre para completar estudios e intervención (...). En el momento de la cirugía era un paciente con un tumor localmente avanzado en estado pT3c, pero sin metástasis a distancias./ El paciente es visto de nuevo en nuestras consultas el 24 de febrero de 2014, encontrándose bien, asintomático, como así refleja la nota, y se le solicitan estudios de imagen y analítica de control". Concluye que tras el primer diagnóstico "se envía para tratamiento quirúrgico, que es el tratamiento de inicio y es el único tratamiento estándar para estas situaciones", observándose que en "las guías clínicas (guía clínica del cáncer renal de la EAU del año 2015) no (...) hay indicación para terapia adyuvante". Se acompaña copia de la documentación clínica relativa a este diagnóstico y tratamiento.

En el informe elaborado por el Jefe de la Sección de Aparato Digestivo del Hospital "Y", de 26 de octubre de 2015, se señala que "no puede ser admitido como cierto que `la actuación de los servicios médicos no fuera diligente´ por no haber apreciado en diciembre de 2013 la afectación hepática que ocasionó su fallecimiento unos meses más tarde, pues el desarrollo y aparición de metástasis hepáticas es un hecho que acontece a lo largo del seguimiento de aquellos pacientes oncológicos en los que desgraciadamente el abordaje con tratamiento local no ha podido evitar la instauración de focos microscópicos a distancia que finalmente acaban manifestándose (...), encontrándose perfectamente establecido y protocolizado el tipo de tratamiento que debe aplicarse (...) en función del estadiaje (...); protocolos que deben

considerar tanto la efectividad de los tratamientos como su toxicidad". Concluye que "la desgraciada evolución de este caso se debe a la propia naturaleza de la enfermedad oncológica (...), para la cual el tratamiento quirúrgico no es siempre curativo", lo que "no quiere decir en modo alguno que todas las personas intervenidas de una neoplasia renal deban ser sometidas con carácter inmediato a un tratamiento quimioterápico que evite un desarrollo posterior de metástasis hepáticas".

En el informe librado por el Jefe del Servicio de Urología del Hospital "Y", con fecha 5 de noviembre de 2015, se constata que el paciente "fue diagnosticado de su patología renal en estadio localmente avanzado, *informe de AP: tumor renal Fuhrman III pT3b.* En las pruebas pre y posoperatorias (...) no se determinó la existencia de metástasis, lo cual no excluye, como ocurrió posteriormente, que puedan aparecer". Manifiesta que en lo que al Servicio de Urología concierne "el paciente fue tratado quirúrgicamente en los tiempos más cortos que su patología precisó, pero dado lo avanzado de su enfermedad su pronóstico era malo".

4. Con fecha 16 de marzo de 2016, y a instancia de la entidad aseguradora, emite informe un especialista en Urología y Andrología. En él se observa que "a fecha del alta, el 26 de diciembre de 2013, no existe ninguna evidencia de presencia patológica a distancia", y los estudios "no ponían de manifiesto ningún tipo de afectación que hiciese pensar en la posibilidad de una progresión del tumor a distancia". Añade que en febrero de 2014 "el paciente es revisado encontrándose asintomático", por lo que "no existe evidencia clínica que indique la necesidad de utilizar terapias adjuntas". Considera que "la actuación de los diferentes servicios médicos es acorde a la *lex artis*, no habiendo existido error diagnóstico, ni ausencia o defecto en la prestación de asistencia sanitaria".

5. El día 17 de marzo de 2016, emite informe un gabinete jurídico privado a instancia de la compañía aseguradora. En él se aprecia la falta de nexo causal entre el fallecimiento del paciente y la actuación de los profesionales sanitarios, siendo aquella consecuencia de las propias características de la enfermedad.

6. Evacuado el trámite de audiencia, el 10 de mayo de 2016 el reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que manifiesta escuetamente que la actuación de los servicios médicos “no fue todo lo diligente que cabría esperar”, máxime al no ser apreciada la dolencia con ocasión de la intervención y alta de 26 de diciembre de 2013, cuando su detección “pudo, cuando menos, haber demorado el fatal desenlace”.

7. Con fecha 24 de mayo de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al apreciar que la asistencia dispensada fue correcta y que el desenlace es consecuencia de la evolución de la enfermedad.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de junio de 2016, 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, adjuntando a tal fin copia del mismo en soporte digital.

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

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según 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, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante reclamación del interesado registrada en la Administración del Principado de Asturias el 11 de septiembre de 2015, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y al 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.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJPAC, está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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 septiembre de 2015, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el fallecimiento del paciente- el día 13 de septiembre de 2014, 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 Responsabilidad Patrimonial.

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, advertimos en relación con el registro en la Administración del Principado de Asturias los mismos problemas que ya pusimos de manifiesto en los Dictámenes Núm. 160/2015 y 136/2016, entre otros, por lo que nos remitimos a las consideraciones allí realizadas. Ahora bien, en este caso la Administración se cuida, en la práctica del trámite previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, de comunicar al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios -en su calidad de órgano competente para resolver- y no, de forma genérica, en la Administración del Principado de Asturias, como venía haciendo habitualmente.

Asimismo, apreciamos 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.- Reclama el interesado el resarcimiento del daño derivado de la pérdida de su padre que imputa a la negligencia del servicio público sanitario, pues fallece como consecuencia del abordaje tardío de un tumor renal; retardo que el perjudicado atribuye a que no se le detecta al tiempo de la cirugía de neoplasia renal "la afectación" que finalmente ocasionó su muerte.

Queda acreditado en el expediente el hecho del fallecimiento -que conduce a presumir un padecimiento moral en el descendiente que aquí reclama-, así como su origen en la metástasis hepática, tal como resulta de la historia clínica.

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

Como 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 favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el 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. También hemos de señalar 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 esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

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 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 la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*.

En el supuesto planteado, el interesado se limita a afirmar -sin referencia documentada ni soporte pericial alguno- que la actuación médica “no fue todo lo diligente que cabría esperar (...) tras la intervención y alta de 26 de diciembre de 2013, máxime cuando no se apreció la afectación que finalmente ocasionó” el fallecimiento; sosteniendo así que los focos desencadenantes de la metástasis debieron detectarse al tiempo de la cirugía de extirpación, o con anterioridad al diagnóstico de la dolencia irreversible, en abril de 2014. Omite, en su relato fáctico, la concreción de la asistencia que dejó de dispensarse en uno u otro momento, así como la referencia a la revisión practicada el 24 de febrero de 2014, cuando el paciente se encontraba asintomático.

Frente a esa imputación genérica de una negligencia, todos los informes técnicos incorporados al expediente se detienen en la asistencia dispensada y concluyen que no hubo infracción alguna de la *lex artis ad hoc*. Así, en el que suscribe el Jefe del Servicio de Urología del Hospital “X” se detalla que “en el momento de la cirugía era un paciente con un tumor localmente avanzado un estado pT3c, pero sin metástasis a distancias./ El paciente es visto de nuevo en nuestras consultas el 24 de febrero de 2014, encontrándose bien, asintomático, como así refleja la nota, y se le solicitan estudios de imagen y analítica de control”. Subraya que tras el primer diagnóstico “se envía para tratamiento quirúrgico, que es el tratamiento de inicio y es el único tratamiento estándar para estas situaciones”, observándose que en “las guías clínicas (guía clínica del cáncer renal de la EAU del año 2015) no (...) hay indicación para terapia adyuvante”. En el mismo sentido, el informe librado por el Jefe del Servicio de Urología del Hospital “Y” constata que “en las pruebas pre y posoperatorias (...)

no se determinó la existencia de metástasis, lo cual no excluye, como ocurrió posteriormente que puedan aparecer”. Finalmente, el elaborado por el Jefe de la Sección de Aparato Digestivo de este último hospital razona que “no puede ser admitido como cierto que `la actuación de los servicios médicos no fuera diligente´ por no haber apreciado en diciembre de 2013 la afectación hepática que ocasionó su fallecimiento unos meses más tarde, pues el desarrollo y aparición de metástasis hepáticas es un hecho que acontece a lo largo del seguimiento de aquellos pacientes oncológicos en los que desgraciadamente el abordaje con tratamiento local no ha podido evitar la instauración de focos microscópicos a distancia que finalmente acaban manifestándose (...), encontrándose perfectamente establecido y protocolizado el tipo de tratamiento que debe aplicarse (...) en función del estadiaje (...); protocolos que deben considerar tanto la efectividad de los tratamientos como su toxicidad”. En este mismo informe se explica que “la desgraciada evolución de este caso se debe a la propia naturaleza de la enfermedad oncológica (...), para la cual el tratamiento quirúrgico no es siempre curativo”, lo que “no quiere decir en modo alguno que todas las personas intervenidas de una neoplasia renal deban ser sometidas con carácter inmediato a un tratamiento quimioterápico que evite un desarrollo posterior de metástasis hepáticas”.

Estas mismas conclusiones se alcanzan en el informe emitido por un especialista en Urología y Andrología a instancias de la compañía aseguradora, en el que se recoge que “a fecha del alta, el 26 de diciembre de 2013, no existe ninguna evidencia de presencia patológica a distancia”, y los estudios “no ponían de manifiesto ningún tipo de afectación que hiciese pensar en la posibilidad de una progresión del tumor a distancia”, añadiendo que en febrero de 2014 “el paciente es revisado encontrándose asintomático”, por lo que “no existe evidencia clínica que indique la necesidad de utilizar terapias adjuntas”.

En definitiva, del análisis del expediente en su conjunto no resulta acreditada ninguna actuación de los profesionales sanitarios contraria al buen quehacer médico, revelándose que el fatal desenlace es consecuencia de una

patología cuyo foco no fue detectado antes a pesar de haberse aplicado las técnicas oportunas, sin que quepa suplantar el parámetro de la *lex artis* por el de una obligación de resultado.

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.