

Expediente Núm. 232/2016
Dictamen Núm. 254/2016

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 2 de noviembre 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 9 de septiembre de 2016 -registrada de entrada el día 16 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por el daño moral derivado del fallecimiento de su madre que achacan a la demora diagnóstica del proceso metastásico que presentaba.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 26 octubre de 2015, un letrado, en nombre y representación de los interesados, presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños originados a consecuencia del fallecimiento de su madre.

Expone que la paciente “se sometió en el año 2001 a una mamografía con ocasión de su participación en un programa de screening de cáncer de mama en (el) que se le detecta (...) una lesión nodular en mama izquierda”, y que tras realizar una biopsia el informe de Anatomía Patológica “informa de la presencia de un carcinoma ductal infiltrante grado II con márgenes libres”. Indica que el 29 de agosto de 2001 “se le practica una amplia resección de bordes del lecho tumoral y una linfadenectomía axilar izquierda”, recibiendo el alta hospitalaria el 4 de septiembre de 2001 y pautándosele Tamoxifeno.

Señala que el 13 de noviembre de 2009 “se le efectúa una mamografía bilateral” en la que no se aprecian “signos que sugieran malignidad y/o recidiva”, significando que “no es sino hasta transcurridos más de dos años desde la expresada mamografía cuando se le vuelve a repetir esta prueba diagnóstica (mamografía bilateral), manteniéndose la misma impresión diagnóstica que en el estudio previo realizado en noviembre de 2009”.

Refiere que “en enero de 2013 (...) comienza a presentar algias cada vez más acusadas a nivel de su columna vertebral dorsolumbar, motivo por el cual tras consulta con su médico de Atención Primaria (...) es enviada al Servicio de Traumatología del Hospital “X”, donde (...) se le solicita una radiografía de pelvis y caderas y, ante la presencia de una posible lumbalgia a estudio (...), una resonancia magnética (RMN) lumbar; prueba diagnóstica que se realiza el 3 de septiembre de 2013 (es decir, ocho meses después del comienzo de la sintomatología clínica dolorosa)”, apreciándose en el informe de esta última “una marcada alteración con infiltración difusa por reemplazamiento celular de la médula ósea en todo el esqueleto óseo visualizado. Se visualizan focos de edema óseo de aspecto parcheado y de forma difusa. Estos hallazgos obligan a considerar la posibilidad de una infiltración tumoral metastásica o afectación ósea primaria, además de otro tipo de patología ósea”. Añade que “con fecha 1 de octubre de 2013 se practica a la paciente un TAC toraco abdomino-pélvico con contraste, que informó de (...) un derrame pleural derecho (...), pequeñas adenopatías a nivel mediastínico (...), hígado aumentado de tamaño con

múltiples lesiones hipodensas compatibles con metástasis (...); en todo el esqueleto visualizado presenta múltiples lesiones de tipo blástico indicativas de metástasis”.

Reseña que “la paciente presenta un malestar general (...), iniciando tratamiento con Paclitaxel (medicación anticancerosa para el cáncer de mama) a dosis reducidas”, y que el 5 de febrero de 2014 “se realiza un nuevo TAC toraco abdominal con contraste donde se apreció a nivel torácico una desaparición del derrame pleural derecho y a nivel abdominal sobre el hígado una menor afectación difusa del parénquima, visualizándose dos lesiones focales en parénquima esplénico y múltiples lesiones plásticas en todo el esqueleto (...). Nuevamente con fecha 18 de agosto de 2014 se vuelve a repetir esta prueba diagnóstica (...), no existiendo diferencias con el estudio anteriormente mencionado./ La paciente falleció con fecha 17 de noviembre de 2014”.

Manifiesta que tras la muerte de su madre sus representados han acudido a un especialista en Medicina Legal y Forense que ha elaborado un informe en el que se concluye que “en enero de 2013 (la paciente) comenzó con un proceso doloroso a nivel de su columna dorsal que, dados sus antecedentes médicos, hubiese sido conveniente una rápida realización de diversas pruebas diagnósticas que (...) no se le han efectuado. Así, se tardaron ocho meses en la realización de una RMN lumbar a partir de la cual se evidencian imágenes metastásicas en su columna lumbar, y se comenzó (con) una serie de pruebas analíticas cuando ya el proceso estaba muy avanzado y ya era de difícil control”.

Entiende el representante de los interesados que la asistencia prestada no se ha ajustado a la correcta praxis médica, “privando a la paciente del correcto tratamiento que hubiera evitado o, al menos, retrasado su fallecimiento a consecuencia de este tumor”.

Cuantifica los perjuicios sufridos, de acuerdo con el baremo establecido para las indemnizaciones derivadas de accidentes de circulación, en sesenta y

siete mil ciento tres euros con ochenta y seis céntimos (67.103,86 €), a repartir entre los dos hijos de la fallecida, “ambos mayores de 25 años y convivientes con su madre”.

Adjunta a su escrito, entre otros, copia de los siguientes documentos: a) Escritura de poder notarial para pleitos otorgada con fecha 6 de octubre de 2015 por los reclamantes a favor del letrado que actúa en su nombre. b) Libro de Familia. c) Certificado de defunción. d) Copia de la historia clínica de la paciente obrante en el Hospital “X” y remitida a uno de sus hijos desde el Servicio de Atención al Usuario del citado centro. e) Informe pericial privado, de 22 de septiembre de 2015, en el que se concluye que “con las debidas precauciones (...), desconociendo (en) su totalidad los procesos de revisiones que la paciente ha efectuado, sí podemos decir, según la documentación y las referencias de sus familiares, que en enero de 2013 comenzó con un proceso doloroso a nivel de su CV dorsal, que dados los antecedentes médicos de la misma hubiese sido conveniente una rápida realización de diversas pruebas diagnósticas que (...) no se le han efectuado./ Se tardaron 8 meses en la realización de una RMN lumbar a partir de la cual se evidencian imágenes metastásicas en su CV lumbar y se comenzó (con) una serie de pruebas analíticas cuando ya el proceso estaba muy avanzado y ya de difícil control; por tanto, existe desde nuestro punto de vista una falta de atención para esta paciente con esta patología inicial que ha originado un desencadenamiento de un cuadro que ha llevado a la muerte de la misma”.

2. Mediante oficio de 9 de noviembre de 2015, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado para elaborar el informe técnico de evaluación solicita a la Gerencia del Área Sanitaria I una copia de la historia clínica obrante en el Hospital “X” y en Atención Primaria relativa al proceso de referencia, así como un informe del Servicio de Ginecología y de su médico de Atención Primaria sobre el concreto contenido de la reclamación.

3. Con fecha 11 de noviembre de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. El día 9 de diciembre de 2015, la Gerente del Área Sanitaria I remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica de la paciente junto con los informes librados por el Servicio de Ginecología del Hospital "X" y por el médico de Atención Primaria.

En el primero de ellos, fechado el 1 de diciembre de 2015, el Responsable del Servicio señala que los controles tras el diagnóstico se siguieron "adecuadamente", ya que se realizaron cada seis meses durante los primeros cinco años y anualmente en los años siguientes. Refiere que "la paciente acude el 2 de enero de 2013 a recoger el resultado de las pruebas solicitadas en la revisión de noviembre de 2012:/ Citología cervicovaginal: negativa para malignidad./ Analítica: normal (...). Mamografía bilateral: sin evidencia de malignidad (...). Ante la normalidad de todos los resultados se deja pedida cita para revisión en 1 año./ El 25-9-2013 acude a nuestra consulta por los hallazgos en RMN de imágenes sospechosas de infiltración ósea. Se realiza exploración y se solicita estudio de extensión, con marcadores tumorales, TAC y escáner óseo./ Hay elevación de los marcadores tumorales (...) y de las transaminasas (...). El TAC indica la presencia de posibles metástasis hepáticas y óseas. El Servicio de Radiología realiza biopsia de hígado (...), que es informada como metástasis hepática de carcinoma ductal de mama./ Se realiza interconsulta al Servicio de Oncología Médica, que a partir de ese momento asume el caso y establece pauta de tratamiento".

En el informe de Atención Primaria, fechado el 18 de noviembre de 2015, se señala que "la paciente (...) fue vista (...) el 06-05-2013, consultó por cuadro de lumbalgia irradiada a cadera izquierda que, según me refirió, no mejoraba con Ibuprofeno, le solicité una Rx de columna y extremidades inferiores que

vino informada como: / leve espondilolistesis grado 1 L4-L5 y L5-S1, probablemente de origen degenerativo por importantes cambios degenerativos en interapofisarias lumbares en dichos niveles. / No se observan de forma definida imágenes sugestivas de metástasis, aunque dados los antecedentes de la paciente valorar gammagrafía ósea si no mejoría (desconozco historia y fechas de últimas pruebas realizadas a la paciente). / Posteriormente, el 15-05-2013 la derivé a Traumatología. / Volvía a tener noticias de ella el 27-01-2014, momento en que le extendí una receta de Tardyferon 80 solicitada por medio del buzón de recetas, presentando ya diagnóstico de adenocarcinoma de mama con metástasis a nivel lumbar. / A partir de esa fecha tuve conocimiento de la paciente a través de sus hijos, porque la familia no deseaba que fuese visitada en domicilio y solo le extendía recetas que (...) entregaba a los hijos. / Le realicé dos visitas domiciliarias en noviembre de 2014, encontrándose ya (...) en estado terminal, falleciendo el día 17-11-2014 horas después de ser vista en domicilio”.

5. El día 2 de marzo de 2016, la Directora General de Política Sanitaria remite el expediente a la correduría de seguros “a fin de que se recabe e incorpore al mismo el dictamen pericial de la compañía aseguradora”.

6. Con fecha 28 de marzo de 2016, un especialista en Obstetricia y Ginecología libra un informe a instancia de la compañía aseguradora. En él, tras detallar el protocolo de seguimiento del cáncer de mama, señala que el realizado a la paciente “se ajusta a las guías actuales”, precisando que la primera consulta en Atención Primaria por lumbalgia “fue en mayo de 2014, donde el facultativo solicitó una Rx de columna y cadera” que “no encontró datos de metástasis”. Indica que a continuación el médico de Atención Primaria “envió a la paciente al traumatólogo, quien tras el fracaso del tratamiento habitual solicitó una RMN de columna que se llevó a cabo el 3 de septiembre”, y que en ella se evidenció la metástasis. Subraya que “entre el resultado de la Rx y la RMN transcurrieron

algo más de 3 meses, que no modifica la evolución natural de la enfermedad, ya diseminada”, concluyendo que la atención prestada “se ajustó a (la) *lex artis* en el protocolo de seguimiento recomendado por las guías. Cuando comenzó con un cuadro de dolor lumbar se siguieron los pasos adecuados para su diagnóstico, tanto por el (médico de Atención Primaria) como por el traumatólogo”.

7. Con fecha 14 de junio de 2016, emite informe un gabinete jurídico privado también a instancia de la compañía aseguradora. En él se concluye que “la actuación del equipo médico del Servicio de Salud del Principado de Asturias ha sido conforme a la *lex artis*”, y que “no es aplicable la doctrina de la pérdida de oportunidad, ya que solamente transcurrieron 3 meses entre la realización de la Rx y de la RMN, los cuales no son suficientes para que se produzcan cambios en el estadio de la metástasis”, por lo que se propone desestimar la reclamación.

8. Con fecha 20 de junio de 2016, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios solicita al Servicio de Archivo y Documentación Clínica del Hospital “Y” una copia de la historia clínica de la paciente obrante en ese centro relativa a la asistencia prestada por el Servicio de Radioterapia, que se le remite al día siguiente.

9. Mediante escrito notificado al representante de los interesados el 30 de junio de 2016, la Directora General de Política Sanitaria 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.

10. El día 1 de julio de 2016, el representante de los interesados se persona en las dependencias administrativas y obtiene una copia completa del expediente.

El día 21 del mismo mes, presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que señala que “la historia clínica (...) nos lleva a ratificarnos en las manifestaciones efectuadas en nuestro escrito de reclamación patrimonial, al estimar que ha existido un retraso en el diagnóstico de la metástasis finalmente padecida por la paciente (...), a quien se priva de la oportunidad de un tratamiento que podría haber evitado o, al menos, retrasado su fallecimiento a causa del cáncer”. Entiende que tal conclusión deriva de los informes librados a instancias de la compañía aseguradora, en los que -a su juicio- se reconoce la existencia de un retraso diagnóstico de tres meses, aun cuando este no tenga relevancia, como se afirma, para alterar el curso de la enfermedad. Se opone a esta última consideración, precisando que la misma no se sustenta “a la vista de la historia clínica”. Significa que “ya desde febrero de 2013 (la paciente) refiere importantes dolores lumbares y de columna, acudiendo por tal motivo a su médico de cabecera. Sobre este particular, hemos de llamar a la atención al hecho de no constar en el expediente facilitado más asistencia al (médico de Atención Primaria) que la consulta de 6 de mayo de 2013, en la que la paciente refiere lumbalgia irradiada a la cadera izquierda que no mejora con Ibuprofeno, y ello pese a que fueron varias las consultas realizadas por (...) desde febrero a mayo de 2013, como demuestran tanto el hecho de estar (...) bajo tratamiento farmacológico (Ibuprofeno) por dichos dolores, así como el (...) de ser solicitada inmediatamente la Rx de columna y cadera por el (médico de Atención Primaria). Es más, esta consulta de 6 de mayo (...) no aparece registrada en la (historia) clínica, como tampoco el volante para la radiografía solicitada, ni estas radiografías, pese a constar el resultado de las mismas”.

Subraya que, “aun obviando a efectos dialécticos las consultas efectuadas (...) a su (médico de Atención Primaria) entre febrero y mayo de 2013, desde que se sospecha la presencia de metástasis (Rx informada el 15 de mayo de 2013) hasta el diagnóstico de la metástasis (18 de octubre de 2013) han transcurrido más de cinco meses en los que no se instauró tratamiento

alguno (...), permitiendo que el cáncer se diseminara por su organismo y privando a la paciente de la oportunidad de ser correctamente tratada de su grave dolencia con mejores opciones de supervivencia”.

Concluye que, “si bien estamos de acuerdo con lo señalado, tanto en el informe médico realizado a instancia de la compañía aseguradora del (Servicio de Salud del Principado de Asturias) como en el dictamen de los servicios jurídicos de dicha compañía, en relación a la existencia de un retraso en el diagnóstico de la metástasis, hemos de mostrar nuestro desacuerdo en que dicho retraso fuera de tan solo 3 meses y sin relevancia ni entidad para poder hablar de una pérdida de oportunidad del paciente en su curación, mejoría o capacidad vital. Muy al contrario, dicho retraso fue de más de cinco meses y, desde luego, privó a la madre de mis representados de la oportunidad de ser sometida a tratamiento que le hubiera permitido una mayor esperanza y calidad de vida”.

11. Con fecha 24 de agosto de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en la que analiza las alegaciones formuladas en el trámite de audiencia por el representante de los interesados. Señala al respecto que “la paciente comenzó con lumbalgia en febrero de 2014, pero la primera atención por su (médico de Atención Primaria) por este tema fue en mayo de 2014, donde el facultativo solicitó una Rx de columna y cadera”. Niega que esta prueba “sugiriese la posible existencia de metástasis, sino que si el cuadro no cedía debería estudiarse. El (médico de Atención Primaria) envió a la paciente al traumatólogo, quien tras el fracaso del tratamiento habitual solicitó una RMN de columna, que se llevó a cabo el 3 de septiembre. Ante el resultado de la misma, con evidencia de metástasis, fue atendida en la consulta de Ginecología el 25 de septiembre, donde se procedió a completar el estudio de extensión y derivar a Oncología para tratamiento paliativo. Entre el resultado de la Rx y la RMN transcurrieron algo más de 3 meses, tiempo que a pesar de las

afirmaciones de los reclamantes no modifica la evolución natural de la enfermedad, ya diseminada”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de septiembre 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, 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.

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 de los interesados presentada en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 26 de octubre 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, 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 26 de octubre de 2015, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el fallecimiento de la madre de los perjudicados- el día 17 de noviembre

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. 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, constatamos la ausencia del informe técnico de evaluación, documento que habitualmente venía incorporando la Consejería instructora a los expedientes de reclamación de responsabilidad patrimonial. Si bien tal informe no resulta preceptivo, este Consejo considera que su falta empobrece el análisis de las materias propias de la ciencia médica que se cuestionan por los interesados.

Asimismo, 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.- Se somete a nuestra consideración el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por una reclamación de daños que los interesados atribuyen a la asistencia sanitaria dispensada a su madre en relación con la recidiva de un cáncer de mama. Los perjudicados solicitan una indemnización por el daño moral derivado de su fallecimiento, que atribuyen a un retraso diagnóstico y a la consecuente pérdida de oportunidad terapéutica.

Consta en el expediente que la paciente falleció el 17 de noviembre de 2014 a causa de las metástasis de un cáncer de mama que fueron tratadas paliativamente, dada su diseminación a la fecha del diagnóstico, por lo que debemos presumir en sus allegados un daño moral susceptible de reclamación con independencia de cuál haya de ser su valoración económica; cuestión esta que solo abordaremos más adelante de concurrir el resto de requisitos generadores de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

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

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y

técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, 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 los reclamantes 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 en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con

la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar los hechos en los que funda su pretensión, así como de probar 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.

Los reclamantes reprochan al servicio público una demora de ocho meses en el diagnóstico de la metástasis que su madre presentaba. En su escrito inicial refieren que aquella comienza a sufrir "algias cada vez más acusadas" en la columna "dorsolumbar" en "enero de 2013" y que, sin embargo, no es hasta "ocho meses después del comienzo de la sintomatología clínica dolorosa" -el 3 de septiembre de 2013- cuando se le realiza una RMN que evidencia "múltiples lesiones" metastásicas.

La propia historia clínica viene a desdecir que tal retraso sea imputable al servicio público, al menos en su totalidad. Sabemos que la paciente comenzó a sufrir dolor en la columna vertebral a principios de 2013, más concretamente, en el mes de febrero, pues así lo manifestó ella en su día a los especialistas que la atendieron (folios 126 y 132). Ahora bien, siendo cierto lo anterior, no lo es menos que la enferma no solicita la primera asistencia por tal proceso en su centro de salud hasta principios de mayo del mismo año, con lo que, prestándose la atención sanitaria a demanda de los pacientes, no correspondería al servicio público asumir las consecuencias derivadas de la libre decisión de la enferma de no consultar por tales síntomas hasta transcurridos tres meses desde el inicio de la clínica dolorosa. Por esta razón, la demora diagnóstica imputable al servicio público, de existir, nunca podría ser de ocho meses, como pretenden los interesados.

Probablemente por haberse percatado de esta circunstancia al tener ocasión de consultar el expediente, y con él la historia clínica completa de la

paciente, el representante de los interesados se afana en justificar en el trámite de audiencia que “fueron varias las consultas realizadas” por aquella a su médico de Atención Primaria “desde febrero a mayo” aunque estas no aparezcan registradas en la historia clínica. Para tratar de explicar tan insólita omisión documental sugiere que no todos los episodios asistenciales habrían sido objeto del pertinente reflejo en la historia clínica, manifestando que la consulta de 6 de mayo de 2013, cuya realidad es admitida por ambas partes, “no aparece registrada (...), como tampoco el volante para la radiografía solicitada, ni estas radiografías, pese a constar el resultado de las mismas”. Aduce, asimismo, que a falta de prueba de las supuestas consultas su realidad podría inferirse del hecho de “estar la paciente bajo tratamiento farmacológico (Ibuprofeno) por dichos dolores” y de “ser solicitada inmediatamente la Rx de columna y cadera” por el médico de Atención Primaria.

Frente a estas afirmaciones ha de señalarse, en primer lugar, que no es cierto que no consten en la historia clínica la consulta del día 6 de mayo de 2013 o la solicitud o “volante” para la realización de la prueba radiológica. Tales actuaciones figuran anotadas en el expediente administrativo -folio 121-, que, por cierto, es el mismo en el que se reproduce el informe de los resultados de la radiografía cuyo contenido transcribe el representante de los interesados en su escrito de alegaciones. En segundo lugar, debe descartarse que de las consultas supuestamente realizadas entre febrero y mayo se pueda deducir la prescripción de Ibuprofeno, así como la petición por el facultativo de Atención Primaria de una prueba radiológica en la primera consulta. Por un lado, no consta que se haya pautado a la paciente ningún tratamiento por dolor lumbar antes del 6 de mayo de 2013; al contrario, de la anotación obrante en el expediente administrativo que hemos mencionado anteriormente -“el (Ibuprofeno) le hacía poco efecto, probaremos Pazital”- cabe deducir, habida cuenta del tiempo verbal empleado, que el facultativo no se refiere a un tratamiento en curso en aquel momento, sino que constata la experiencia adquirida con ocasión de un proceso patológico anterior. Por otro, la premura

en la solicitud de la prueba radiológica no constituye algo anormal, sino un signo de la diligencia máxima con la que actuó el facultativo responsable considerando los antecedentes de la paciente, a los que hace referencia en la propia petición (“lumbalgia irradiada a cadera izda., antecedente de ca. de mama (dada de alta en Oncología, expl.: N; solicito Rx”).

En cuanto a la realidad del retraso diagnóstico que se reprocha al servicio público sanitario, no ha acreditado la parte perjudicada, sobre la que recae la carga de la prueba, que la atención prestada haya sido deficiente, contraria a la *lex artis* o ajena a los tiempos establecidos en los protocolos de diagnóstico del dolor lumbar en casos similares. El perito que informa a instancia de parte se limita a afirmar que “hubiese sido conveniente una rápida realización de diversas pruebas diagnósticas que a esta paciente no se le han efectuado”, pero tal apreciación es excesivamente genérica, pues no especifica qué pruebas deberían haberse practicado, según qué protocolo y en qué tiempo, y, además, no explicita los fundamentos científicos en los que se sustenta, con lo que no puede considerarse que acredite en debida forma la demora diagnóstica que se reprocha al servicio público.

Tampoco ha de tenerse por probada, por las mismas razones, la afirmación del perito conforme a la cual se ha producido una “falta de atención (...) que ha originado un desencadenamiento de un cuadro que ha llevado a la muerte de la misma”.

A mayor abundamiento, la manifestación contenida en el escrito de reclamación conforme a la cual una más pronta realización de las pruebas diagnósticas “hubiera evitado o, al menos, retrasado su fallecimiento a consecuencia de este tumor” está también huérfana de toda prueba, ya que ni siquiera el informe pericial recabado por los interesados alcanza a declarar tal extremo.

Frente a lo señalado por los reclamantes, los documentos obrantes en la historia clínica prueban que la paciente no estuvo en ningún momento desasistida, toda vez que tras la pauta inmediata de una Rx que no evidenció

signo alguno de metástasis su médico de Atención Primaria la remitió al servicio especializado competente para realizar el seguimiento de su dolor lumbar, alcanzándose el diagnóstico de la dolencia en un plazo razonable, por más que, dado el grado de diseminación de la enfermedad, fuera ya tarde para alterar su curso, según se desprende de los distintos informes obrantes en el expediente.

Por último, hemos de hacer referencia al reproche de demora en el tratamiento del tumor que se introduce por los perjudicados en el trámite de audiencia al señalar que “desde que se sospecha la presencia de metástasis (Rx informada el 15 de mayo de 2013) hasta el diagnóstico de la metástasis (18 de octubre de 2013) han transcurrido más de cinco meses en los que no se instauró tratamiento alguno (...), permitiendo que el cáncer se diseminara por su organismo y privando a la paciente de la oportunidad de ser correctamente tratada de su grave dolencia con mejores opciones de supervivencia”. Nuevamente yerra la parte perjudicada en sus manifestaciones. Como señala el autor de la propuesta de resolución, “no es cierto” que la Rx realizada en mayo de 2013 “sugiriese la posible existencia de metástasis, sino que si el cuadro no cedía debería estudiarse”. Así resulta del tenor literal del propio informe de resultados (folio 121), en el que consta “leve espondilolistesis grado 1 L4-L5 y L5-S1, probablemente de origen degenerativo por importantes cambios degenerativos en interapofisarias lumbares en dichos niveles. No se observan de forma definida imágenes sugestivas de metástasis, aunque dados los antecedentes de la paciente valorar gammagrafía ósea si no mejoría”. En efecto, no puede hablarse de sospecha de recidiva hasta que el 3 de septiembre de 2013 el informe de resultados de la RMN pautada por el Servicio de Traumatología concluye que los “hallazgos obligan a considerar la posibilidad de una infiltración tumoral metastásica o afectación ósea primaria”, que se confirmaría en el TAC realizado el día 1 del mes siguiente.

Como viene señalando este Consejo reiteradamente, no resulta exigible en buena praxis, con carácter general, anticipar el tratamiento al diagnóstico definitivo de los síntomas del paciente, por lo que en el caso que analizamos ha

de rechazarse que haya existido retraso alguno en el inicio del tratamiento, ya que este comienza solo unos días después de establecerse el diagnóstico, más concretamente, el 21 de octubre de 2013, según se evidencia en las hojas de las correspondientes notas de progreso (folio 132) del expediente administrativo.

En suma, no habiendo prueba de la existencia del retraso diagnóstico ni de la consecuente pérdida de oportunidad terapéutica que los interesados reprochan al servicio público sanitario, no puede atribuirse a la Administración responsabilidad alguna en relación con los daños alegados.

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.