

Expediente Núm. 34/2017  
Dictamen Núm. 81/2017

**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 23 de marzo de 2017, 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 18 de enero de 2017 -registrada de entrada el día 30 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios que atribuye al retraso diagnóstico de un carcinoma de colon.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** El día 19 de mayo de 2016, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que atribuye al retraso diagnóstico de un carcinoma de colon.

Expone que en el “mes de julio de 2014” acudió al centro de salud con síntomas de “malestar, molestias en la zona digestiva, vómitos continuos (...),

diarrea, temblores, dolor abdominal, ataques de ansiedad y un continuo proceso de pérdida de peso durante varios meses”, y que una vez valorada por el facultativo “se le dio cita para marzo de 2015 (nueve meses más tarde) para el Servicio de Digestivo”, sin que en ningún momento se le mencionara “la posibilidad de que se tratase de un caso del que pudieran derivar problemas graves de salud (...) o que tuviera urgencia de algún tipo”.

Manifiesta que tras esa primera revisión, “durante los meses siguientes, continuó padeciendo los síntomas” anteriores, que se fueron agravando con repercusión “en la vida diaria y laboral, con pérdida de peso de 25 kg, lo que le condujo a una situación de incapacidad temporal”. Ante esa situación “decidió acudir en diciembre de 2014 a un médico privado”, que después de practicarle una serie de pruebas le diagnostica una “neoformación del colon izquierdo”, por lo que acude de nuevo al servicio público “para hacer los trámites para valoración por cirugía preferente”.

Reseña que como consecuencia del diagnóstico fue sometida a una intervención quirúrgica urgente, y posteriormente (...) a quimioterapia. Afirma que “si (...) hubiera sido atendida correcta y adecuadamente en la primera entrevista, en julio de 2014, no hubiera sido necesaria una intervención urgente”, lo que a la postre desembocó en una “situación de incapacidad permanente total para su profesión habitual”.

Por lo que se refiere a la indemnización, afirma que todavía “no puede determinar definitivamente” su importe, “dado que aún se siguen manifestando los padecimientos físicos (...). No obstante, se efectúa una primera valoración que asciende a la cantidad de, al menos, doscientos veinte mil euros (220.000 €)”, todo ello “sin perjuicio de la terminación convencional del procedimiento”.

**2.** Con fecha 25 de mayo de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias una copia de la reclamación presentada.

**3.** El día 21 de junio de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios notifica 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.** Mediante oficio de 8 de julio de 2016, el Gerente del Área Sanitaria V remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el parte de reclamación al seguro de responsabilidad sanitaria, junto con un CD que contiene el informe de su Médico de Atención Primaria (con la historia clínica), el informe de la Jefa del Servicio de Atención al Ciudadano, el informe del Jefe del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo y la historia clínica de la paciente obrante en el Hospital .....

El informe del Médico de Atención Primaria se limita a recoger las consultas realizadas por la interesada, sin dar respuesta a los reproches concretos que formula. Así, se reseñan apuntes, el 24 de septiembre de 2014, por "síntomas de ansiedad y vómitos en relación a trabajo por turnos. Ese mismo día se pide una analítica general (...) para descartar afección celíaca y alérgica a alimentos"; el 8 de octubre de 2014, por "vómitos frecuentes y diarreas episódicas de larga duración. Se realiza ese día una derivación a consulta de Digestivo, haciendo referencia a la sintomatología referida y a la analítica practicada, donde no aparecen signos de alarma, pensando posiblemente en una colitis o colon irritable"; el 12 de diciembre de 2014, en que la interesada aporta el resultado de una colonoscopia privada, por lo que "ese mismo día se deriva a Urgencias ..... e ingresa en planta", y los relacionados con el subsiguiente proceso diagnóstico y terapéutico, que concluyó el 12 de enero de 2015 con una intervención quirúrgica y "quimioterapia posterior". Junto con el informe acompaña una copia de la historia clínica correspondiente a esas consultas.

La Jefa del Servicio de Atención al Ciudadano informa, el día 8 de junio de 2016, que "no hay ninguna" anotación en "la historia clínica de Atención

Primaria (...) referida a julio 2014”, y que la primera “es de mayo 2014. Posteriormente consta una petición de analítica en septiembre de 2014 y una nota clínica el 8 de octubre” del mismo año. También indica que “el 8 de octubre de 2014 se cita a la paciente en Digestivo, asignándole la fecha de 24 de marzo de 2015”, anulada posteriormente, dado que “ya había sido intervenida”.

Por su parte, el Jefe del Servicio de Cirugía General y Digestivo informa el 5 de julio de 2016 que, “solicitada consulta por Atención Primaria el 15-12-14 con colonoscopia realizada en centro privado y diagnóstico de tumoración” en el colon, ingresa “por suboclusión intestinal” ese mismo día, “siendo dada de alta el día 23-12-2014 con fecha programada de intervención quirúrgica”, que se practica el 12 de enero de 2015. Tras la última revisión, realizada el día 3 de mayo de 2016 “sin signos de recidiva (...), se le solicita consultas a los Servicios de Ginecología y Digestivo, y al referir la enferma clínica de vómitos y adelgazamiento se solicita gastroscopia informada el día 30-05-16 como gastritis crónica”.

**5.** Con fecha 14 de julio de 2016, el Inspector designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, tras analizar la documentación incorporada al expediente, niega que, “como indica la reclamante (...), haya sido derivada desde Atención Primaria al Hospital ..... en julio de 2014. Cuando acude refiriendo vómitos es en el mes de septiembre y dentro del contexto de un cuadro de ansiedad. El 8 de octubre de 2014 consulta por vómitos frecuentes y diarreas episódicas de larga evolución, y ese día se deriva a Digestivo, no habiendo signos de alarma, orientándose el diagnóstico hacia una posible colitis o colon irritable, por lo que se cita a ritmo normal para el 24 de marzo de 2015, al no haber sospecha de que su cuadro pudiese ser urgente o preferente, por lo que no estaba justificado haber hecho la derivación con tal carácter./ La paciente acude por iniciativa propia a la medicina privada y tras la realización de una colonoscopia se evidencia una masa tumoral que es atendida de manera inmediata en la sanidad pública”.

Sobre los daños, afirma que resulta sorprendente que la interesada impute “su situación actual y su incapacidad” al “retraso en la asistencia prestada por el (Servicio de Salud del Principado de Asturias) cuando realmente no hubo retraso alguno, ya que la paciente acudió en el mes de diciembre a la medicina privada, con lo cual el tumor que padecía no pudo tener un comportamiento diferente al que tuvo. La situación de la paciente es la que se corresponde con su tumor y el mismo tratamiento que se le hizo es (el) que se le hubiese tenido que hacer en cualquier momento (...). Llega a afirmar que si se le hubiese diagnosticado antes el cáncer (...) no hubiese sido necesario someterse a la intervención quirúrgica (...); manifestación que carece de toda lógica, ya que el tratamiento es obvio que hubiese sido el mismo”.

Finalmente, señala que la reclamante “tiene conocimiento del presunto retraso que alega y del diagnóstico de su patología desde el 12 de diciembre de 2014 en (...) que se realiza la colonoscopia”, y que, presentada la reclamación el 19 de mayo de 2016, considera que ha de entenderse prescrita, por lo que “debe ser desestimada”.

**6.** Mediante escritos de 18 de julio de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios 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.

**7.** Con fecha 26 de septiembre de 2016, emiten informe dos especialistas en Aparato Digestivo a instancias de la compañía aseguradora. En él señalan que la interesada acude “en septiembre del año 2014 por cuadro de dos años de evolución, vómitos recurrentes y diarrea de forma episódica, además de un cuadro de ansiedad generalizada que relaciona con su proceso digestivo”. El “médico de Atención Primaria solicitó una analítica completa con el fin de descartar organicidad y posibles intolerancias alimentarias o celiaquía. La larga evolución del cuadro, la ausencia de síntomas de alarma y la asociación con un

cuadro de ansiedad hacían pensar como diagnóstico más lógico un cuadro de dispepsia funcional o intestino irritable. La normalidad de los parámetros analíticos apoyaba aún más esta hipótesis, por lo que el médico (...) inició tratamiento para cuadro ansioso-depresivo y derivó a la paciente (...) a estudio por médico de Aparato Digestivo./ La siguiente visita (...) es en diciembre del año 2014, aportando los resultados de una colonoscopia realizada en la medicina privada”, a donde había acudido “por iniciativa propia (...). A nuestro juicio, también corrobora lo inespecífico del cuadro clínico (...) el hecho de que en la consulta de Digestivo se le solicitaran varias pruebas diagnósticas, entre ellas una gastroscopia y una ecografía abdominal, por lo que parece poco probable que la sospecha diagnóstica fuera *a priori* la presencia de un cáncer de colon”.

Concluyen que la interesada acudió en septiembre de 2014 a su médico de Atención Primaria “por un cuadro clínico de larga evolución sin síntomas de alarma asociados y que impresionaba de probable origen funcional, por lo que se inicio tratamiento sintomático y se remitió de forma habitual a consultas de (...) Aparato Digestivo”, y que por su propia iniciativa acudió a la medicina privada, “donde, dada la naturaleza inespecífica del cuadro, se le recomendó la realización de varias pruebas diagnósticas (...). Una vez que (...) fue diagnosticada de cáncer colorrectal, todos los médicos del Servicio de Salud del Principado de Asturias actuaron con diligencia y de acuerdo a la *lex artis ad hoc*”.

**8.** Mediante escrito notificado a la interesada el 21 de octubre de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

**9.** El día 3 de noviembre de 2016, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que solicita la ampliación del plazo “por un periodo de siete días” por los motivos que alega.

El 16 de noviembre de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la concesión de la ampliación solicitada, y el día 24 del mismo mes presenta un escrito de alegaciones. En él expone, "a modo de aclaración", que la primera consulta tuvo lugar el día 12 de mayo de 2014 "por diarreas, vómitos, malestar, dolor abdominal", y que se le pautó un tratamiento específico, que detalla, para tales síntomas. Las siguientes lo fueron el día 24 de septiembre de 2014, por persistencia de los síntomas, y en octubre del mismo año. Afirma, por ello, que "desde mayo venía aquejándose de problemas intestinales (vómitos y diarreas continuas, dolor abdominal, pérdida de peso), y que desde mayo hasta octubre de 2014 (cuatro meses después) lo único que se le hizo es pautar un tratamiento farmacológico y analítica", poniendo de manifiesto que tras la analítica "prácticamente normal (...) se le pautó primera consulta con Digestivo, con carácter ordinario, sin ningún tipo de preferencia". Reseña que "la primera consulta de Digestivo se le pauta para el día 24 de marzo de 2015 (más de diez meses después de la primera consulta en mayo de 2014)", y que "desesperada acude a consulta privada del especialista (...), quien informa sobre episodios anteriores: / ` vómitos de repetición de 6 meses de evolución. Etiquetada inicialmente de GEA. Vomita todo lo que come. Ha perdido 8 kg de peso en este tiempo (...). Coincide en el tiempo con empezar a trabajar por la noche. Le dan ataques de ansiedad". Con esos síntomas "se le hace lo que deberían haberle hecho los servicios de salud del Principado de Asturias: una gastroscopia, una colonoscopia y una ecografía abdominal (...) para saber el porqué de los vómitos, diarreas (...) desde hacía más de seis meses".

Sobre la atención prestada una vez conocido el diagnóstico de la colonoscopia privada, se pregunta "qué hubiera pasado si no hubiera acudido a la medicina privada y hubiera esperado a que le atendiera el especialista de la sanidad pública (...) cuatro meses después". También subraya que una vez que ingresa de urgencias el día 15 de diciembre de 2014, conocido el diagnóstico, "es dada de alta domiciliaria (...), la mandan para casa sin indicarle cuándo la intervendrán, a la espera de hueco para poder ser

intervenida, con un diagnóstico de cáncer de pulmón (*sic*), sin más recomendaciones que (...) dieta blanda". Tras la intervención, que tuvo una "evolución tórpida", se le reconoció una "incapacidad permanente total para su profesión habitual (...) por cuadro clínico de:/ afección colon. Reacción anímica".

Sobre el informe realizado a instancias de la entidad aseguradora, afirma en el informe de Digestivo de 5 de mayo de 2016 constan como antecedentes "madre pólipos colónicos", que -según se recoge en el mismo- "debería haberse tenido en cuenta de cara a un posible factor de riesgo", y que no ingresa el 23 de diciembre "para intervención. Lo cierto es que (...) a pesar de la urgencia (...) la mandan para su casa hasta el 11 de enero de 2015, fecha donde finalmente la ingresan para intervención el día 12-01-2015".

Sostiene que "lo relevante es que el diagnóstico que desencadenó la intervención quirúrgica con carácter de urgencia fue determinado por los informes médicos resultantes de las pruebas privadas y el diagnóstico del digestólogo, por lo que si (la paciente) no acude por su cuenta a un médico privado la consulta programada para marzo de 2015 hubiera podido conllevar un fatal desenlace, y eso es lo que hay que valorar, y se acredita una desatención y una omisión de la diligencia debida (...) y una pérdida de oportunidad", dado que de haber sido atendida "correcta y adecuadamente cuando comenzó a quejarse, en 12 de mayo de 2014, no hubiera sido necesaria una intervención urgente".

Finalmente se opone a que se considere prescrita la acción para reclamar, pues ha de tenerse en cuenta como *dies a quo* la fecha del alta médica, y consta que tiene "cita pautada para revisión y primera valoración colorrectal tras intervención para julio de 2015".

Junto con el informe aporta: a) Copia parcial de la historia clínica del centro de salud. b) Prospecto de los fármacos pautados en la primera consulta al centro de salud. c) Informes del especialista en Aparato Digestivo de la sanidad privada. d) Copia parcial de la historia clínica del Hospital .....



**10.** Mediante oficio de 29 de noviembre de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios remite una copia de las alegaciones formuladas a la correduría de seguros.

**11.** El día 19 de diciembre 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio sobre la base del informe técnico de evaluación. Argumenta, en primer lugar, que la reclamación “debe ser desestimada por extemporánea”, dado que la paciente conoció el “retraso diagnóstico” que imputa el 12 de diciembre de 2014, por lo que a la fecha de la reclamación (19 de mayo de 2016) había “transcurrido más de un año desde el *dies a quo*”.

Sobre el fondo, afirma que no es cierto, “como indica la reclamante, que haya sido derivada desde Atención Primaria al Hospital ..... en julio de 2014. Cuando acude refiriendo vómitos es el 24 de septiembre (...) y dentro de un contexto de un cuadro de ansiedad. El 8 de octubre de 2014 consulta por vómitos frecuentes y diarreas episódicas de larga evolución, y ese día se deriva a Digestivo, no habiendo signos de alarma, orientándose el diagnóstico hacia una colitis o colon irritable, por lo que se cita a ritmo normal (...). No es admisible que la situación actual y la incapacidad de la reclamante sean consecuencia de un retraso en la asistencia prestada por el (Servicio de Salud del Principado de Asturias) cuando realmente no hubo retraso alguno, ya que la paciente acudió en el mes de diciembre a la medicina privada; es decir, dos meses después de la derivación, con lo cual el tumor que padecía no pudo tener un comportamiento diferente al que tuvo. La situación de la paciente es la que se corresponde con su tumor, y el mismo tratamiento que se le hizo es el que le hubiese tenido que hacer en cualquier momento (...). La reclamante llega a afirmar que si se le hubiese diagnosticado antes el cáncer (...) no hubiese sido necesario someterse a la intervención quirúrgica que se le realizó en enero de 2015; manifestación que carece de toda lógica, ya que el tratamiento es obvio que hubiese sido el mismo”.

**12.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de enero de 2017, 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 autenticada 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 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 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), 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 la interesada registrada en la Administración del Principado de Asturias con fecha 19 de mayo de 2016, 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 la interesada activamente legitimada 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.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, letra b), de la referida LRJPAC.

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

A su vez, el artículo 139 de la LRJPAC establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. Y, en su apartado 2, que “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

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

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

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, 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.

**QUINTA.-** 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 el día 19 de mayo de 2016, y pese a que la Administración estima que resulta extemporánea, dado que la interesada habría tenido conocimiento del “retraso diagnóstico” el 12 de diciembre de 2014, este Consejo entiende que la consideración legal, como *dies a quo* del plazo de prescripción, del momento de la curación o de la determinación del alcance de las secuelas impide tomar como referencia de tal fecha inicial la del resultado de las pruebas diagnósticas realizadas en la sanidad privada, puesto que en ese momento, aunque ya fuera previsible la necesidad de una resección quirúrgica, no se podría conocer el alcance de las secuelas de esa cirugía. Este Consejo ha venido manifestando que, con carácter general, ha de tomarse como día inicial del cómputo del

plazo la fecha del alta hospitalaria de la intervención quirúrgica, que en este tipo de procesos ya permite un completo conocimiento por parte de los pacientes de las consecuencias del daño sufrido. Y ello con independencia de que, como sucede en este caso, con posterioridad al alta hospitalaria la interesada fuese sometida a un tratamiento coadyuvante de quimioterapia (8 ciclos de Xeloc, según consta en la historia clínica del hospital, pautados el día 10 de febrero de 2015, y que al menos el 16 de septiembre de 2015, a tenor de la historia del centro de salud, seguía siéndole aplicado). A estos efectos, el Tribunal Supremo ha declarado que “el día *a quo* para el ejercicio de la acción de responsabilidad por disposición legal ha de ser aquel en que se conozcan definitivamente los efectos del quebranto o aquel en que se objetivan las lesiones con el alcance definitivo de secuelas, y una vez establecido dicho alcance definitivo de la enfermedad y sus secuelas los tratamientos posteriores encaminados a obtener una mejor calidad de vida o a evitar ulteriores complicaciones en la salud del paciente o la progresión de la enfermedad no enervan la situación objetiva en que la lesión, enfermedad o secuela consisten” (Sentencia de 28 de febrero de 2007 -ECLI: ES:TS:2007:2796-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.<sup>a</sup>).

En definitiva, este Consejo estima que los tratamientos posteriores que recibe la paciente dirigidos fundamentalmente a evitar una progresión o una recidiva de su enfermedad no alteran el alcance de las secuelas ya objetivadas, y, en consecuencia, la fecha de finalización de esos tratamientos no puede tomarse en cuenta como *dies a quo* del cómputo del plazo de prescripción.

En el supuesto examinado el alta hospitalaria tiene lugar el día 28 de enero de 2015, y la reclamación se presenta con fecha 19 de mayo de 2016, por lo que habiendo transcurrido más de un año desde la fecha del alta la reclamación es extemporánea.

No obstante, aunque no considerásemos tal prescripción, el sentido de nuestro dictamen no se vería alterado.

En efecto, se reclama en el presente procedimiento una indemnización por los daños y perjuicios que la interesada atribuye al retraso diagnóstico de un carcinoma de colon; retraso que, afirma, tuvo como consecuencia la necesidad de realizar una resección del tumor, puesto que de haber sido atendida “correcta y adecuadamente cuando comenzó a quejarse, en 12 de mayo de 2014, no hubiera sido necesario una intervención urgente”.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, resulta indubitado que la perjudicada fue sometida a la intervención quirúrgica que refiere. Por ello, entendemos que existe un daño efectivo consistente en la cirugía de un cáncer de colon con las consecuencias posteriores que constan en la documentación clínica. Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido con ocasión 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.

Con carácter previo a cualquier análisis sobre el nexo causal entre estos daños y el actuar de la Administración, hemos de recordar que 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 la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo

de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Este criterio opera no 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.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama. Pese a ello, en el supuesto analizado la interesada no aporta ninguna pericia que justifique sus afirmaciones, por lo que este Consejo ha de formar su criterio acudiendo a los informes médicos obrantes en el expediente, todos ellos aportados por la Administración pública sanitaria o por la entidad aseguradora.

En su reclamación la perjudicada considera que existió un retraso en el diagnóstico de la enfermedad que finalmente se determinó debido a que en el centro de salud no se tuvieron en cuenta los síntomas que comenzó a manifestar en el mes de julio de 2014, cuando refirió "malestar, molestias en la zona digestiva, vómitos continuos (...), diarrea, temblores, dolor abdominal, ataques de ansiedad y un continuo proceso de pérdida de peso durante varios



meses”, y que como consecuencia de ello “se le dio cita para marzo de 2015 (nueve meses después)”. Sin embargo, el análisis de los datos que obran en el expediente no resulta coincidente con el relato de aquella. En efecto, en la historia clínica del centro de salud aparece reflejada una consulta el día 12 de mayo de 2014 en la que se anota “desde ayer diarrea”, y la pauta de tres fármacos al respecto. No vuelve a acudir hasta el 24 de septiembre de 2014, y en este caso -según informa el médico de Atención Primaria el día 16 de junio de 2016- por “síntomas de ansiedad y vómitos en relación a trabajo por turnos. Ese mismo día se pide una analítica general (...) para descartar afección celíaca y alergia a alimentos”. Acude de nuevo el 8 de octubre de 2014 por “vómitos frecuentes y diarreas episódicas de larga evolución”, realizándose en ese momento una derivación a la consulta de Digestivo sin apreciar “signos de alarma, pensando posiblemente en una colitis o colon irritable”.

A la vista de tales datos, estima este Consejo que en modo alguno puede tomarse en cuenta la fecha del 12 de mayo de 2014 como la de inicio de los síntomas de posible malignidad, dado que con el único manifestado (una diarrea de un día de duración) no es posible considerar que la actuación exigible al servicio público sanitario fuera la de iniciar un proceso diagnóstico para descartar una patología grave. Abunda en lo anterior el dato de que la interesada no acude de nuevo al centro de salud hasta el 24 de septiembre de ese mismo año. A este Consejo le resulta difícil de aceptar que si la perjudicada acudió a su médico de Atención Primaria por una diarrea del día anterior

-“desde ayer”- no lo hubiese hecho de nuevo, a lo largo de más de 4 meses, si los síntomas persistieran, o incluso se agravaran, durante ese largo periodo de tiempo, como señala ahora en su reclamación. Por tanto, solo cabría entender, en la hipótesis más acorde con lo que manifiesta, que los primeros síntomas de cierta entidad comienzan a manifestarse en la consulta del 24 de septiembre de 2014, y con mayor claridad el día 8 de octubre de 2014. Así las cosas, este Consejo puede comprender, en términos dialécticos, la

preocupación que la propia reclamante manifiesta en sus escritos al preguntarse qué hubiera pasado de no haber realizado privadamente una prueba diagnóstica que puso de manifiesto la patología que la aquejaba. Ahora bien, en el contexto de una reclamación de responsabilidad patrimonial no cabe plantearse ese interrogante, ni mucho menos exigir una reparación por lo que pudo haber pasado. Ya hemos señalado en la consideración anterior que el primer requisito de una reclamación de responsabilidad patrimonial es “la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas”; lesión que ha de estar relacionada causalmente con la actividad administrativa. Por ello, solo cabe exigir una reclamación por daños ciertos, efectivos, y no por los hipotéticos que pudieran haberse producido en otro curso causal.

En este caso, la interesada manifiesta que el daño habría consistido en la necesidad de someterse a una intervención quirúrgica para la resección del tumor que no hubiera sido necesaria de no haber mediado el retraso diagnóstico que imputa. Sin embargo, lo cierto es que por su propia iniciativa logró un diagnóstico más precoz (el 12 de diciembre de 2014) del que, en hipótesis (dado que tenía la consulta con el servicio especializado el 24 de marzo de 2015), hubiera podido alcanzar en la sanidad pública. Por tanto, como señala el informe técnico de evaluación, no hubo retraso en el abordaje quirúrgico del cáncer, “el tumor que padecía no pudo tener un comportamiento diferente al que tuvo. La situación de la paciente es la (que) se corresponde con su tumor y el mismo tratamiento que se le hizo es (el) que se le hubiese tenido que hacer en cualquier momento”; conclusiones que corrobora el informe realizado a instancias de la compañía aseguradora y reproduce la propuesta de resolución. Tales consideraciones médicas no han sido cuestionadas mediante una prueba pericial adecuada por la perjudicada, que pudo durante el trámite de audiencia aportar otros informes en apoyo de sus aseveraciones. Al no haberlo hecho así, este Consejo ha de concluir afirmando que la iniciativa de la propia interesada al acudir a los servicios

médicos privados evitó lo que podría haber sido un retraso diagnóstico -y consiguientemente terapéutico- del cáncer de colon, y que por ello no existe un daño efectivo que pueda ser indemnizable, dado que la intervención quirúrgica a la que fue sometida es la que se correspondía con el desarrollo de su tumor, y, según el Inspector que informa el expediente, “el mismo tratamiento que se le hizo es (el) que se le hubiese tenido que hacer en cualquier momento”.

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.