

Expediente Núm. 114/2017  
Dictamen Núm. 145/2017

**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 18 de mayo 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 22 de marzo de 2017 -registrada de entrada el día 29 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 de un retraso diagnóstico de un cáncer de pulmón.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 12 de julio de 2016, la interesada, que dice actuar “en nombre propio y en el de la comunidad hereditaria” del fallecido -su padre-, presenta en el Registro General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria una reclamación de responsabilidad patrimonial por la negligente actuación del

personal médico que atendió a su familiar al no detectarle un cáncer del pulmón.

Expone que su padre “falleció de un cáncer de pulmón tardíamente diagnosticado en el año 2015 cuando estaba ya muy avanzado, todo ello pese a que ya en el año 2011 fue (...) operado de un cáncer de garganta y desde esa fecha se supone que seguía con revisiones periódicas y controles, sin que en todos estos años desde (...) 2011 hasta (...) 2015 ninguna de las revisiones le hubiera detectado nunca ningún síntoma de dicho cáncer de pulmón o anomalía ninguna, lo que hace pensar que las revisiones efectuadas no fueron correctamente realizadas”.

Señala que “incluso los informes médicos del Hospital ‘X’ señalaron que no descartaban que se tratase de una metástasis del cáncer que había tenido de amígdala en el año 2011”.

Añade que “la demora no justificada de la Administración en alcanzar el diagnóstico correcto de la patología, y el error en el diagnóstico imposibilitando igualmente de la posibilidad de haber realizado el tratamiento a tiempo, supone la producción de un daño derivado de esa demora en conseguir un diagnóstico preciso y precoz (...). El hecho de que el cáncer llevara meses incubándose y desarrollándose es un hecho que (...) resulta esencial en cuanto que determina de una parte lo tardío de su diagnóstico y por otra que el mismo podía y debía haber sido localizado mediante una simple revisión de las que hacía rutinariamente”. Afirma que “la demora en la actuación sanitaria se ha traducido en una pérdida de expectativas”.

Solicita una indemnización de sesenta mil euros (60.000 €).

**2.** Mediante oficio de 19 de julio de 2016, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales de la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias traslada la reclamación de responsabilidad patrimonial al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios.

**3.** El día 27 julio de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a quien suscribe la reclamación que su “solicitud de iniciación no reúne los requisitos exigidos”, ya que carece de firma, por lo que le concede un plazo de diez días para que subsane la falta, con la advertencia de que si así no lo hiciera se la tendrá por desistida de su petición.

Igualmente, la requiere para que acredite debidamente su parentesco con el perjudicado, así como la existencia de la comunidad hereditaria y la representación de todos y cada uno de sus componentes para actuar en el presente procedimiento, por cualquier medio válido en derecho que deje constancia fidedigna.

Con fecha 4 de agosto de 2016, la interesada presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que precisa que actúa en nombre propio y “en interés de la comunidad hereditaria de mi fallecido padre (...). Es decir, no se hace en representación de dicha comunidad hereditaria, sino en nombre propio y en interés de dicha comunidad, por lo que no es necesario acreditar representación alguna”.

Adjunta a su escrito copia de los siguientes documentos: a) Justificante de presentación en el registro de los Servicios Tributarios del Principado de Asturias de la “declaración y autoliquidación *mortis causa*”. b) Libro de Familia. c) Documento nacional de identidad de la interesada, de sus dos hermanas y de su madre.

**4.** Mediante escrito de 17 de agosto de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios designa al Inspector de Prestaciones Sanitarias que se encargará de la instrucción del procedimiento.

**5.** El día 22 de agosto de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la perjudicada la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio -20 de julio de 2016-, las normas de

procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

Asimismo la informa de que, a la vista de "su respuesta de 4 de agosto de 2016, en (la) que indica que actúa en nombre propio", la única reclamante en el procedimiento en curso es ella.

**6.** Previa petición formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios, el 6 de septiembre de 2016 la Gerente del Área Sanitaria I traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia del parte del seguro de responsabilidad sanitaria y de la historia clínica del paciente obrante en el Hospital "X", así como el informe emitido por el Servicio de Neumología del referido hospital el 24 de agosto de 2016. En este último consta que se trata de un paciente que "trabajó en la mina de wolframio (...). Alergia al contraste yodado./ Exfumador desde hace 6 años, de aprox. 10 cig/día. Bebedor de vino, chupitos". Señala que el 24 de julio de 2015 consulta con su médico de Atención Primaria por "dolor en costado izdo. de características pleuríticas irradiado a escápula. No fiebre. Tos y expectoración amarillenta. Pérdida de apetito. No adelgazó. No disnea". El 27 de julio de 2015 se realiza una Rx de tórax apreciándose "en segmento anterior de LSI (...) una lesión cavitada, no visible en estudio previo (14-07-2011) (...). Tiene un tamaño estimado de 5 cm". Se comenta que "la primera posibilidad a considerar es que se trata de una lesión tumoral cavitada, si bien hay que descartar etiología infecciosa complicada". El 11 de agosto acude por primera vez a consulta de Neumología del Hospital "X" "por alteración radiológica", se realiza TAC torácico y se halla "lesión cavitada en segmento anterior de LSI y múltiples engrosamientos nodulares pleurales izquierdos. El diagnóstico diferencial incluye masa cavitada de origen neoplásico como primera posibilidad, sin poder excluir otras etiologías". En la broncoscopia que se practica el 14 de agosto se aprecia en el árbol bronquial izquierdo un "tumor de aspecto necrosado que ocupa el segmentario de LSI". Se efectúa una citología de esputo y una PET-TC y el 4 de

septiembre se deriva a Oncología Médica del Hospital "Y" para valoración con el diagnóstico de "carcinoma pulmonar epidermoide infiltrante, moderadamente diferenciado. Est. IV. ECOG 0-1". Acude a Urgencias por deterioro progresivo del estado general, ingresando a cargo del Servicio de Neumología el día 1 de diciembre. Siendo "la evolución desfavorable, fue exitus el 10-12-2015".

**7.** Con fecha 14 de octubre de 2016, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica del paciente obrante en el Hospital "Y" y el informe emitido por el Jefe del Servicio de Otorrinolaringología del mencionado hospital el 12 de octubre de 2016. En él señala que el paciente "siguió las revisiones pautadas con una frecuencia adecuada a las recomendadas en las guías clínicas (...), y se emplearon los medios también recomendados, incluyendo una prueba de imagen (TC) a los dos años de seguimiento, pues es cuando ocurren la inmensa mayoría (90%) de recidivas/metástasis./ Posteriormente se realizó un seguimiento clínico, con exploración completa (otorrinolaringológica) e interrogatorio de síntomas sospechosos, tal como se recomienda".

Tras explicar que "el uso de técnicas de imagen adicionales a intervalos regulares a partir de los 2 años sin tener síntomas, para descartar progresión de la enfermedad o nuevos primarios, no ha demostrado ser eficiente ni, lo que es más importante (...), aumentar la supervivencia de estos pacientes", concluye que "fue tratado adecuadamente (como demuestra el control de su enfermedad primaria), y se realizó un seguimiento clínico y con técnicas de imagen basándose en las recomendaciones científicas".

**8.** El día 20 de octubre de 2016, el Responsable del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el informe suscrito por el Jefe del Servicio de Oncología Radioterápica con esa misma fecha. En él consta que el paciente tras la finalización del tratamiento "fue seguido en

revisión” por los Servicios de Otorrinolaringología y Oncología Radioterápica del Hospital “Y” “alternando dichas revisiones”, que se realizaron “cada dos meses” durante el primer año, “entre 3-5 meses” durante el segundo “y a partir de ese momento cada 6 meses”, siendo la última revisión en el Servicio de Otorrinolaringología el 30 de octubre de 2014 y en Oncología Radioterápica el 8 de abril de 2015, “presentando en ese momento una exploración (...) dentro de límites normales y no especificando el paciente ninguna clínica sospechosa de enfermedad pulmonar”.

Añade que “durante el seguimiento al paciente, además de las exploraciones específicas de la esfera (otorrinolaringológica), se le realizó a fecha 23-9-2013 -dos años después de finalizado el (tratamiento)- un TAC de cabeza y cuello que no evidenciaba signos de recidiva y un TAC de tórax sin que se evidenciasen adenopatías patológicas en mediastino; en hilios pulmonares y a nivel del parénquima pulmonar se evidenciaban solo pequeños granulomas en ambos lóbulos inferiores”.

Afirma que el seguimiento realizado al paciente por ambos Servicios “cumple los criterios de la guía internacional, tanto en frecuencia como en los procedimientos que hay que realizar, que son fundamentalmente la historia clínica y exploración específica, y con estudio de imagen de la zona tratada, en este caso de la esfera (otorrinolaringológica), si existe algún síntoma que pueda hacer sospechar la existencia de una recidiva”.

En cuanto a la “realización de estudios de detección de segundos tumores de forma precoz”, señala que “no existen en nuestras guías clínicas recomendaciones definitivas, puesto que la Rx de tórax no es válida para dicho *screening* y no se realizan de forma sistemática estudios de TAC de baja dosis en pacientes a riesgo de tumor pulmonar”, precisando que en este caso al enfermo “se le había realizado un TAC de esfera (otorrinolaringológica) incluyendo tórax con fecha 27-9-2013, siendo dicha exploración normal”.

Finalmente, considera “que el seguimiento del paciente ha sido el adecuado y, en tanto en cuanto no exista un programa de detección precoz de

cáncer de pulmón en pacientes de riesgo, la actitud de los estudios realizados era correcta”.

**9.** Mediante escrito de 8 de noviembre de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios remite una copia del expediente completo a la correduría de seguros.

**10.** Con fecha 22 de enero de 2017, un especialista en Neumología emite un informe en el que, tras analizar el proceso asistencial del paciente, formula una serie de consideraciones médicas sobre el carcinoma de amígdala y los métodos de cribado en el cáncer de pulmón, significando que “los tumores del área (otorrinolaringológica) y de pulmón comparten una serie de factores de riesgo comunes, fundamentalmente el tabaquismo, por lo que de forma frecuente pueden aparecer en un mismo paciente tumores de ambas localizaciones sin necesidad de que uno sea una metástasis del otro (‘segundos primarios’)”.

En cuanto al carcinoma de amígdala, señala que fue “tratado con cirugía y quimioterapia y radioterapia posterior según las recomendaciones de las guías clínicas actuales, además de completar un seguimiento correcto con una exploración (otorrinolaringológica) reglada y una TC de control a los 2 años sin evidenciar enfermedad activa”.

Destaca que “la aparición del cáncer de pulmón no es secundaria a que quedase enfermedad activa en la amígdala no controlada, sino que el tabaco puede producir tumores en otras localizaciones de forma independiente, además del contacto con tóxicos laborales, como fue en este caso”, añadiendo que “el hecho de tener una enfermedad neoplásica del área (otorrinolaringológica) controlada no asegura la posibilidad (*sic*) de un segundo tumor y su aparición es impredecible”.

En cuanto a “los TC de baja radiación para la detección precoz de pacientes con factores de riesgo de un cáncer de pulmón”, explica que “no existe en el momento actual una evidencia fuerte sobre su recomendación

generalizada, demostrando únicamente en un estudio una mejora de la supervivencia de los pacientes, siendo en este momento una técnica no coste-efectiva./ De todos modos, se están realizando estudios más amplios a nivel mundial para obtener datos más contundentes sobre su aplicación clínica real, pero ahora mismo no se puede ofrecer como una alternativa de cribado de forma generalizada”.

**11.** Mediante oficio notificado a la reclamante el 16 de febrero de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 21 de febrero de 2017, la interesada presenta un escrito de alegaciones en el que reitera los argumentos esgrimidos en su reclamación inicial.

**12.** El día 27 de febrero de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la correduría de seguros una copia de las alegaciones presentadas.

**13.** Con fecha 2 de marzo de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella analiza la legitimación de la reclamante para actuar en nombre de la comunidad hereditaria y concluye que, “a pesar de habersele solicitado de manera expresa, no ha acreditado tener la representación de ninguno de sus miembros”, por lo que “carece de legitimación para actuar en nombre de los demás herederos (...), que tampoco se han personado en el expediente”, y en consecuencia “debe desestimarse la formulada por dicho concepto”, citando al efecto el Dictamen Núm. 263/2011 de este Consejo Consultivo.



En cuanto al fondo del asunto, llama la atención sobre el hecho de que “en fase de alegaciones, sin ejercer ni siquiera su derecho de vista, y sin conocer por tanto ninguno de los informes técnicos aportados (...), se limite a volver a repetir literalmente la misma reclamación inicial en la que considera que por haber estado en controles por un cáncer de garganta debió haberse diagnosticado, a pesar de no presentar clínica alguna, un cáncer de otra localización”, considerando que se trata de “una pretensión que carece de la más elemental base científica, tal como ha quedado reiteradamente señalado”.

Partiendo de la argumentación contenida en los informes incorporados al expediente, concluye que “el diagnóstico, tratamiento y seguimiento del carcinoma de amígdala sufrido por su padre fue correcto”, habiéndose cumplido “los criterios de la guía internacional tanto en frecuencia como en los procedimientos que hay que realizar, y con estudio de imagen de la zona tratada”. Sostiene que “se emplearon los medios también recomendados, incluyendo una prueba de TAC a los dos años de seguimiento, pues es cuando ocurren la inmensa mayoría (90%) de las recidivas/metástasis”.

En cuanto al cáncer de pulmón, aclara que “no tiene nada que ver con la enfermedad neoplásica previa y sí con el hábito tabáquico y la exposición laboral, siendo su aparición impredecible”.

Finalmente, señala que “el uso de técnicas de imagen adicionales a intervalos regulares a partir de los 2 años sin tener síntomas, para descartar progresión de la enfermedad o nuevos primarios, no ha demostrado ser eficiente ni, lo que es más importante (...), aumentar la supervivencia de estos pacientes. Además, ese tipo de controles encaminados (a) diagnosticar un posible cáncer de cualquier localización, que la reclamante considera que debieron llevarse a cabo, no se realizan en la realidad de la práctica clínica”.

En definitiva, entiende que la actuación del Servicio de Salud del Principado de Asturias ha sido “correcta y adecuada la *lex artis* (...), no habiendo nexos causales entre la misma y el fallecimiento” del perjudicado.

**14.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de marzo 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 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 la interesada presentada en el Registro General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria con fecha 12 de julio 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.-** Quien suscribe la reclamación -una de las hijas del finado- manifiesta actuar “en nombre propio y en interés de la comunidad hereditaria”, y solicita una indemnización de sesenta mil euros, pero no aclara en qué concepto formula su petición. Al respecto, debemos recordar que este Consejo mantiene que en los supuestos en los que la persona fallecida no inició ningún proceso dirigido a depurar la eventual responsabilidad del servicio público, aquella no adquirió derecho a la indemnización, de manera que no pudo haberlo transmitido a la “comunidad hereditaria”.

Ello no obsta al reconocimiento del daño moral -y, si procede, la pertinente indemnización- que corresponde a quienes hayan sufrido daños por el fallecimiento de otro, los cuales no han de ser necesariamente inherentes a la condición de heredero del finado.

Así las cosas, atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJPAC, está la interesada -hija del fallecido- activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

Ahora bien, la propia reclamante matiza que su actuación lo es, además de en su propio nombre, “en interés de la comunidad hereditaria de mi fallecido padre”, no en representación de dicha comunidad. En cualquier caso, este Consejo ya ha tenido ocasión de señalar que no cabe considerar que la familia

-como entidad independiente de sus miembros- haya podido resultar afectada por perjuicios morales ni, mucho menos, que puedan exigirse a título de herencia, pues son daños personalísimos propios de quienes los hayan sufrido (Dictamen Núm. 263/2011). En consecuencia, no cabe apreciar legitimación de la comunidad hereditaria para su reclamación y debe desestimarse la solicitada por dicho concepto.

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 12 de julio de 2016, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el fallecimiento del perjudicado- el día 10 de diciembre de 2015, 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.

Sin embargo, en lo que atañe al informe del Servicio de Neumología del Hospital "X" de 24 de agosto de 2016 -que se limita a reproducir el curso clínico del paciente-, este Consejo ha reiterado (por todos, Dictamen Núm. 293/2016) que el artículo 10.1 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial demanda la elaboración de un informe posterior a la presentación de la reclamación que no puede suplirse por la información que sobre el proceso asistencial consta en el historial clínico respectivo, ya que ello impide conocer la versión que el servicio implicado pueda tener sobre los datos y consideraciones que consten en la reclamación planteada. Sin embargo, en el caso examinado, a la vista del conjunto de la documentación contenida en el expediente, este Consejo, en aplicación de los principios de eficacia y economía procesal, no considera precisa la subsanación del defecto expuesto, pues la emisión de un nuevo informe por parte del servicio afectado no supondría variación en el sentido del presente dictamen.

Asimismo, observamos que en el escrito en el que se comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el órgano competente para resolver se señala erróneamente el 20 de julio de 2016, pues nos consta que se registró de entrada en dicho órgano el día 22 de ese mes.

Igualmente, 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.

**SIXTA.-** Se somete a nuestra consideración el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por una reclamación de daños que la interesada atribuye a la asistencia sanitaria dispensada a su padre en relación con un cáncer de pulmón.

Consta en el expediente que el paciente falleció en un centro sanitario el día 10 de diciembre de 2015 como consecuencia de un carcinoma pulmonar epidermoide, por lo que debemos presumir en aquella un daño moral susceptible de reclamación.

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*.

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. 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 un hipotético defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes. 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 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.

En su solicitud inicial la interesada reprocha al servicio público una demora en el diagnóstico del cáncer de pulmón, que se alcanza en el año 2015 "cuando estaba ya muy avanzado", lo que, a su juicio, determinó "una pérdida de expectativas" al privar al paciente "de la posibilidad de haber realizado el tratamiento a tiempo". Precisa que "ya en el año 2011 fue (...) operado de un cáncer de garganta y desde esa fecha se supone que seguía con revisiones periódicas y controles, sin que en todos estos años desde (...) 2011 hasta (...) 2015 ninguna de las revisiones le hubiera detectado nunca ningún síntoma de



dicho cáncer de pulmón o anomalía ninguna, lo que hace pensar que las revisiones efectuadas no fueron correctamente realizadas”.

Frente a estas afirmaciones, el Jefe del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital “Y” señala en su informe de 12 de octubre de 2016 que se realizaron “las revisiones pautadas con una frecuencia adecuada a las recomendadas en las guías clínicas (...), y se emplearon los medios también recomendados, incluyendo una prueba de imagen (TC) a los dos años de seguimiento, pues es cuando ocurren la inmensa mayoría (90%) de recidivas/metástasis./ Posteriormente se realizó un seguimiento clínico con exploración completa (otorrinolaringológica) e interrogatorio de síntomas sospechosos, tal como se recomienda”.

De los informes médicos obrantes en el expediente se desprende efectivamente que los Servicios de Otorrinolaringología y de Oncología Radioterápica del Hospital “Y” llevaron a cabo un seguimiento del paciente alternando la frecuencia de las revisiones, que se realizaron “cada dos meses” durante el primer año, “entre 3-5 meses” durante el segundo “y a partir de ese momento cada 6 meses”, como se indica en el informe del Servicio de Oncología Radioterápica de 20 de octubre de 2016. El Jefe de este Servicio precisa que la última revisión en el Servicio de Otorrinolaringología fue el 30 de octubre de 2014, practicándose a los seis meses la última revisión en el Servicio de Oncología Radioterápica el 8 de abril de 2015 (en cumplimiento del calendario anteriormente descrito), fecha en la que el paciente presentaba “una exploración (...) dentro de límites normales y no especificando (...) ninguna clínica sospechosa de enfermedad pulmonar”.

Además de las exploraciones específicas de la esfera otorrinolaringológica, se le efectuó el 23 de septiembre de 2013 (dos años después de finalizado el tratamiento del cáncer de amígdala) un TAC de cabeza y cuello que, según el Jefe del Servicio de Otorrinolaringología, “no evidenciaba signos de recidiva”, y un TAC de tórax, “sin que se evidenciasen adenopatías patológicas en mediastino; en hilios pulmonares y a nivel del parénquima

pulmonar se evidenciaban solo pequeños granulomas en ambos lóbulos inferiores”.

En cuanto a la realización de estudios de detección de segundos tumores de forma precoz, el Jefe del Servicio de Oncología Radioterápica manifiesta que “no existen en nuestras guías clínicas recomendaciones definitivas, puesto que la Rx de tórax no es válida para dicho *screening* y no se realizan de forma sistemática estudios de TAC de baja dosis en pacientes a riesgo de tumor pulmonar”. A la vista del curso clínico del paciente, considera “que el seguimiento (...) ha sido el adecuado, y, en tanto en cuanto no exista un programa de detección precoz de cáncer de pulmón en pacientes de riesgo, la actitud de los estudios realizados era correcta”. Al respecto, el Jefe del Servicio de Otorrinolaringología explica que “el uso de técnicas de imagen adicionales a intervalos regulares a partir de los 2 años sin tener síntomas, para descartar progresión de la enfermedad o nuevos primarios, no ha demostrado ser eficiente ni, lo que es más importante (...), aumentar la supervivencia de estos pacientes”. Estas consideraciones también son compartidas por el especialista que suscribe el informe médico elaborado a instancias de la compañía aseguradora, quien pone de manifiesto que en la actualidad se están realizando estudios más amplios a nivel mundial para obtener datos más contundentes sobre la aplicación clínica real de los TC de baja radiación para la detección precoz del paciente con factores de riesgo de cáncer de pulmón, “pero ahora mismo no se puede ofrecer como una alternativa de cribado de forma generalizada”.

Asimismo debe significarse, como señala el especialista en Neumología, que existen “factores de riesgo comunes” en los tumores del área otorrinolaringológica y de pulmón, por lo que “de forma frecuente pueden aparecer en un mismo paciente tumores de ambas localizaciones sin necesidad de que uno sea una metástasis del otro (‘segundos primarios’)”. Así, el tabaco -fundamentalmente- y el contacto con tóxicos laborales (factores ambos concurrentes en este paciente, que había sido fumador y trabajó en la mina de

wolframio) pueden producir tumores en otras localizaciones de forma independiente, por lo que, según el especialista, “el hecho de tener una enfermedad neoplásica del área (otorrinolaringológica) controlada no asegura la posibilidad (*sic*) de un segundo tumor y su aparición es impredecible”.

Por otra parte, no ha probado la interesada que una detección precoz del cáncer de pulmón hubiera permitido, no ya la curación del paciente, sino un aumento de su esperanza de vida, dado el mal pronóstico que presenta este tipo de carcinomas. Tampoco aporta ningún dato que nos permita apreciar alguna anomalía en las revisiones realizadas, o que el cáncer pudo haber sido localizado “mediante una simple revisión de las que hacía rutinariamente”, como sostiene en su reclamación.

A falta de pericia en sentido contrario aportada por la reclamante, todos los informes obrantes en el expediente coinciden en calificar como correcta la actuación sanitaria del sistema público, tanto en la fase de diagnóstico como en la del abordaje terapéutico de la enfermedad. Así, tras controlarse su enfermedad primaria -cáncer de amígdala- fue sometido al seguimiento y revisiones recomendados por las guías médicas, tanto en lo que respecta a la tipología de pruebas, como a su frecuencia, no presentando el paciente ninguna clínica sospechosa de enfermedad pulmonar. A ello debe añadirse la rápida actuación tanto del Hospital “X” como del Hospital “Y”, pues tan pronto el paciente manifestó los primeros síntomas a su médico de Atención Primaria -24 de julio de 2015- se le realizaron toda una serie de pruebas destinadas a la obtención de un diagnóstico en un breve espacio de tiempo, y tras confirmarse la existencia del carcinoma en agosto es derivado al Servicio de Oncología Médica el 4 de septiembre.

En definitiva, no ha quedado acreditado que haya existido pérdida de oportunidad terapéutica ni pueden apreciarse infracciones de la *lex artis* en el proceso diagnóstico o asistencial susceptibles de provocar un daño al paciente, por lo que no hay nexo causal entre el daño alegado y el funcionamiento del servicio público sanitario dispensado al familiar de la reclamante.

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.