

Expediente Núm. 339/2017
Dictamen Núm. 48/2018

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José 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 15 de marzo de 2018, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 12 de diciembre de 2017 -registrada de entrada el día 20 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 esposa que atribuye a un tumor no detectado oportunamente.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 24 de marzo de 2017, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del fallecimiento de la esposa del interesado como consecuencia de un tumor pancreático no detectado en el servicio público sanitario.

Expone que ingresó en el Hospital "X" el 29 de enero de 2014 aquejada de "fuerte dolor abdominal", y que en el TAC realizado se apreciaron "hallazgos compatibles con apendicitis aguda con plastrón apendicular" y "cambios pancreáticos en relación con posible pancreatitis crónica", a pesar de lo cual "no se le controló esa posible pancreatitis en ningún momento posterior", siendo dada de alta el día 4 del mes siguiente por "mejoría". Subraya que "no se le da más que una cita dos meses después para realizarle una colonoscopia", con resultado "totalmente normal", sin prescribirle "ningún tratamiento (...) ni citándola ninguna vez más a consulta del Servicio de Cirugía".

Manifiesta que el 9 de junio de 2014, "debido a que los dolores no cesaban (...) y ante la larga espera y la 'normalidad' diagnosticada por el Hospital 'X', la paciente acude a la medicina privada", desplazándose "hasta 'V' (...) para someterse a determinadas pruebas" que arrojaron el diagnóstico de "adenocarcinoma ductal de páncreas con metástasis". Alude a una "pérdida de confianza" en la sanidad pública, por lo que acudió a un centro privado que "determinó que se trataba de un tumor no quirúrgico que precisaba tratamiento con quimioterapia".

Indica que tras un ingreso en el Hospital "Y" para "la realización de distintas pruebas médicas" inicia el tratamiento de quimioterapia en la medicina privada, hasta que con ocasión de un cuadro de "apendicitis aguda" que requirió cirugía retorna al sistema público, y reseña que con el agravamiento del proceso canceroso ingresa en la Fundación Hospital "Z" el 26 de abril de 2016, falleciendo el día 3 del mes siguiente.

Argumenta que la atención dispensada en el Hospital "X" "fue claramente defectuosa, realizándosele pruebas inútiles (véase la colonoscopia), o que desde luego no dieron luz (...), quedando demostrado que poco tiempo después (...) con una atención más intensiva y con pruebas más específicas se podía diagnosticar rápidamente el verdadero problema". Insiste en que "no se le citó en ninguna ocasión para consulta externa del Servicio de Cirugía" y que "se

desatendió el informe del TAC de abdomen practicado durante el ingreso hospitalario que aconsejaba un control evolutivo”.

Solicita una indemnización de ciento siete mil doce euros con noventa y cuatro céntimos (107.012,94 €), de los cuales 80.000 € corresponderían al daño moral y el resto a la compensación de los gastos de la medicina privada.

Acompaña diversa documentación clínica y copias del certificado de defunción (en el que consta el vínculo conyugal con el reclamante), del testamento de la finada y de las facturas de la sanidad privada.

2. Mediante oficio de 4 de abril de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Previa solicitud formulada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, se incorpora a las actuaciones el historial clínico de la paciente y el informe del Jefe del Servicio de Cirugía General del Hospital “X”.

En el referido informe, fechado el 27 de abril de 2017, se indica que la paciente “fue ingresada en enero de 2014 por un cuadro clínico de plastrón apendicular que se trató médicamente, con buena evolución./ Al alta se dejó solicitada una colonoscopia, como está protocolizado, para descartar que pudiera tratarse de un tumor a dicho nivel, así como cita para revisión en consultas (...). La colonoscopia fue normal y en la historia no consta que la enferma haya acudido a la revisión prevista, ni obviamente los motivos de su incomparecencia (...). Durante su ingreso no presentaba sintomatología de otra patología añadida, ni en el TC realizado el 29-1 se objetiva patología tumoral a otros niveles”.

4. Con fecha 23 de agosto de 2017, y a instancia de la entidad aseguradora, emiten informe colegiado cuatro especialistas en Cirugía General. En él se concluye, a la vista de la historia clínica, que la paciente ingresa de "urgencia (...) en enero de 2014 por un cuadro de dolor abdominal (...). Tras las oportunas exploraciones clínicas, analíticas y de imagen es diagnosticada de plastrón apendicular, motivo por el cual queda ingresada con tratamiento conservador. Hay que señalar que este manejo del plastrón es correcto y acorde con el estado de la ciencia (...). Entre las pruebas diagnósticas realizadas a su ingreso figura un TAC que, aparte de diagnosticar el plastrón apendicular, señala la existencia de una pancreatitis crónica y un hígado esteatósico. No se apreció en la prueba de imagen la existencia de neoplasia alguna ni de patología que pudiera evolucionar hacia un adenocarcinoma de páncreas (...). Tras el tratamiento durante una semana aproximadamente es dada de alta con antibióticos orales y remitida a consulta de su (médico de Atención Primaria) para seguimiento clínico, fue citada unas 2 semanas más tarde en la (consulta externa de Cirugía General) para evaluar evolución. Se solicita de manera correcta una colonoscopia para descartar que el plastrón en (fosa ilíaca derecha) fuera secundario a una neoplasia de ciego, dada la edad de la paciente y los antecedentes familiares de carcinoma colorrectal. Consideramos que la petición de la prueba estaba plenamente justificada (...). Nuevamente es citada en (consulta externa de Cirugía General) a los 2 meses de la primera consulta para evaluar el resultado de la colonoscopia. Al ser negativa se solicitan los preoperatorios y se incluye en (lista de espera quirúrgica) para apendicectomía electiva (...). No podemos estar de acuerdo con las afirmaciones que se realizan en la reclamación sobre la inutilidad de las pruebas solicitadas y con el intento de justificar que tras el alta no fue nunca citada en consulta, tal como se pretende demostrar (en el folio 89 del expediente se relacionan las citas programadas para los días 20 de febrero, 27 de marzo y 24 de abril de 2014) (...). Posteriormente la paciente abandona los servicios de la sanidad pública acudiendo a ('V'), en donde (tras un TAC

realizado el 1 de julio de 2014) es diagnosticada de carcinoma avanzado de páncreas. Se decide tratamiento por Oncología en otro centro privado en donde se inicia (quimioterapia) (...). Fallece por progresión de la enfermedad a los 21 meses aproximadamente del diagnóstico de adenocarcinoma (...). De acuerdo con la documentación examinada (...), todos los profesionales que trataron a la paciente en el (Hospital `X´) lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la *lex artis*".

5. Mediante oficio notificado al interesado el 26 de octubre de 2017, 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.

El día 16 de noviembre de 2017, este presenta un escrito de alegaciones en el que reitera que "no se hizo un control adecuado de los hallazgos descritos en el TAC de 29-01-14" y que tras el alta por ese episodio "no se le solicitó una TAC de control como hubiera sido preceptivo".

Tras aludir a "la última revisión de Cirugía General de 24-4-14", en la que "no se programaron futuras revisiones (...) ni se solicitó un control de TAC abdominal", concluye que "no se discute aquí la actuación del plastrón apendicular ni la oportunidad de otras pruebas practicadas, sino la omisión del debido seguimiento y control de los hallazgos descritos en el TAC abdominal inicial".

6. Con fecha 27 de noviembre de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella razona que la asistencia prestada "fue acorde con la *lex artis*", pues "en la TAC realizada el 29-01-2014 no se apreció ninguna imagen sugestiva de neoplasia pancreática. Consta en el historial de citas que la paciente tenía consulta el 20-04-2014 para continuar su seguimiento, consulta a la que (...) no acudió. También hay que tener en cuenta que entre el primer y el segundo TAC transcurrieron cinco meses".

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de diciembre 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 según lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las

Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 24 de marzo de 2017, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el fallecimiento de la esposa del interesado- el 3 de mayo de 2016, 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 rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, 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 91.3 de la Ley 39/2015. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida LPAC.

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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. 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 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

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

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

normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Reclama el interesado el resarcimiento del daño derivado de la pérdida de su esposa, que imputa a la negligencia del servicio público sanitario, pues fallece como consecuencia de un tumor pancreático no detectado oportunamente, según se afirma en el escrito de alegaciones, por “la omisión del debido seguimiento y control de los hallazgos” descritos en una prueba de imagen practicada cinco meses antes que la que objetiva el carcinoma.

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

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

Como ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. También hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente en la fase de diagnóstico tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento. El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*.

En el supuesto planteado el interesado se limita a afirmar -sin referencia documentada ni soporte pericial alguno- que "no se hizo un control adecuado de los hallazgos descritos en el TAC de 29-01-14", y que tras el alta por el

episodio de plastrón apendicular en el que se le practicó la referida prueba, en la que se apreciaron “cambios pancreáticos (...) en relación con posible pancreatitis crónica”, no se le solicitó “una TAC de control como hubiera sido preceptivo”, denunciándose la “omisión del debido seguimiento y control de los hallazgos descritos en el TAC abdominal inicial”. En el escrito de reclamación alude a otras imputaciones, como la ausencia de citas para revisión por el Servicio de Cirugía o la práctica de “pruebas inútiles (véase la colonoscopia)” o ineficaces cuando con otras “más específicas se podía diagnosticar rápidamente el verdadero problema”, pero en el trámite de alegaciones y a la luz de lo actuado remarca que “no se discute (...) la oportunidad de otras pruebas practicadas, sino la omisión del debido seguimiento y control de los hallazgos descritos en el TAC”.

El enjuiciamiento del quehacer médico ha de fundarse aquí en los criterios periciales obrantes en el expediente, todos ellos aportados por la Administración y su compañía aseguradora, pues, pese a la naturaleza señaladamente técnico-médica del extremo aducido por el reclamante -y cuya prueba le incumbe-, no ha desarrollado en vía administrativa ninguna actividad probatoria en relación con la supuesta infracción de la *lex artis*.

Así, frente a las afirmaciones del perjudicado -desprovistas de soporte pericial-, todos los informes técnicos incorporados al expediente se detienen en la asistencia dispensada a la paciente y concluyen que no hubo infracción alguna de la *lex artis ad hoc*. En efecto, en el que suscribe el Jefe del Servicio de Cirugía General del Hospital “X” se constata que “fue ingresada en enero de 2014 por un cuadro clínico de plastrón apendicular (...), con buena evolución./ Al alta se dejó solicitada una colonoscopia, como está protocolizado, para descartar que pudiera tratarse de un tumor a dicho nivel, así como cita para revisión en consultas (...). La colonoscopia fue normal y en la historia clínica no consta que la enferma haya acudido a la revisión prevista (...). Durante su ingreso no presentaba sintomatología de otra patología añadida, ni en el TC realizado el 29-1 se objetiva patología tumoral a otros niveles”. Igualmente, en

el informe que suscriben los especialistas en Cirugía General se observa, a la vista de la historia clínica, que “entre las pruebas diagnósticas realizadas a su ingreso figura un TAC que, aparte de diagnosticar el plastrón apendicular, señala la existencia de una pancreatitis crónica y un hígado esteatósico. No se apreció en la prueba de imagen la existencia de neoplasia alguna ni de patología que pudiera evolucionar hacia un adenocarcinoma de páncreas (...). Tras el tratamiento durante una semana aproximadamente es dada de alta con antibióticos orales y remitida a (su médico de Atención Primaria) para seguimiento clínico, fue citada unas 2 semanas más tarde (...) para evaluar evolución. Se solicita de manera correcta una colonoscopia (...), dada la edad de la paciente y los antecedentes familiares de carcinoma colorrectal (...). Nuevamente es citada (...) a los 2 meses de la primera consulta para evaluar el resultado de la colonoscopia. Al ser negativa se solicitan los preoperatorios y se incluye en (lista de espera quirúrgica) para apendicectomía electiva (...). Posteriormente la paciente abandona los servicios de la sanidad pública acudiendo a (‘V’), en donde (tras un TAC realizado el 1 de julio de 2014) es diagnosticada de carcinoma avanzado de páncreas”. Concluyen los peritos informantes que “todos los profesionales que trataron a la paciente en el (Hospital ‘X’) lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la *lex artis*”, poniendo de relieve además su disconformidad con la pretendida ausencia de citas de seguimiento, que aparecen relacionadas en el expediente (folio 89). En el mismo sentido, el técnico que elabora la propuesta de resolución aprecia que la asistencia prestada “fue acorde a la *lex artis*”, pues “en la TAC realizada el 29-01-2014 no se apreció ninguna imagen sugestiva de neoplasia pancreática”, constando en la historia clínica las citas “para continuar su seguimiento”, y reparando además en que “entre el primer y segundo TAC (el que sirvió para detectar el tumor) transcurrieron cinco meses”, toda vez que uno se realiza el 29 de enero y el otro el 1 de julio de 2014. Desechada la mala praxis, no es preciso detenerse en la incidencia en el resultado final del retardo diagnóstico que se imputa al servicio público.

En definitiva, del análisis del expediente en su conjunto no resulta acreditada ninguna actuación de los profesionales sanitarios contraria al buen quehacer médico, revelándose que el fatal desenlace es consecuencia de una patología cuyo foco no fue detectado antes a pesar de haberse aplicado las técnicas oportunas, sin que quepa suplantar el parámetro de la *lex artis* por el de una obligación de resultado.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.