

Expediente Núm. 84/2018
Dictamen Núm. 121/2018

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 7 de junio de 2018, 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 6 de abril de 2018 -registrada de entrada el día 11 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños morales que atribuyen a un error diagnóstico de una pancreatitis crónica que se calificó como neoplasia de cabeza de páncreas.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 30 de junio de 2017, la interesada, que manifiesta actuar en su propio nombre y derecho, en el de su hermano y “en beneficio de la comunidad hereditaria” de su padre, presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños morales que sufrieron, y que atribuyen a un error diagnóstico de lo que en realidad era una pancreatitis crónica y que se calificó en un primer momento como “neo de cabeza de páncreas”.

Reseña que el "29 de septiembre de 2015" su padre "ingresó en la Fundación Hospital, con quien el Servicio de Salud del Principado de Asturias tiene suscrito el correspondiente convenio para la prestación de atención sanitaria", por "un fuerte dolor abdominal que tras (...) las pruebas diagnósticas consistentes en ecografía abdominal y TAC torácico-abdominal se diagnosticó como neo de cabeza de páncreas (...). No siendo operable dicha lesión (...) se le dio de alta el día 28 de octubre siguiente, acordándose el seguimiento" por parte del Equipo de Soporte de Atención Domiciliaria.

Indica que "habiendo transcurrido unos meses, ante la mejora en el estado de salud del paciente", desde el referido Servicio "se solicitó una revisión del diagnóstico inicial", y "tras las pruebas oportunas, en fecha 1 de julio de 2016, nueve meses después del diagnóstico inicial de neo de páncreas, se rectificó este por el de pancreatitis crónica".

Señala que esa creencia de padecer una enfermedad terminal provocó en el paciente, "además de los perjuicios físicos por la medicación pautada para una enfermedad que no padecía (...), una indudable angustia" que le ocasionó "el correspondiente daño moral. Asimismo (...) produjo tanto en mi persona como en la de mi hermano (...) un indudable sufrimiento, también susceptible de indemnización. Esta puede cuantificarse prudencialmente en la cantidad total de 15.000,00 euros, a razón de 8.000,00 euros que corresponderían a la comunidad hereditaria (...) y 3.500,00 euros que nos corresponderían, respectivamente, a cada uno de sus dos hijos".

Afirma que los médicos del referido hospital "realizaron un diagnóstico erróneo (...) sin agotar los medios de evaluación que el estado de la ciencia permite", porque "es sobradamente conocido" que el "TAC, pese a ser uno de los métodos más empleados para el diagnóstico, no es definitorio, debiendo combinarse para alcanzar un diagnóstico certero con otros, como, por ejemplo, la biopsia./ Esta no se le practicó" al paciente.

Finalmente, en cuanto a la prueba, solicita "que se tenga por reproducida la que se acompaña al presente escrito" y que se "requiera a la Fundación Hospital la historia clínica completa" del enfermo.

Junto con la reclamación aporta: a) Certificación literal del fallecimiento. b) Certificación de la Dirección General de los Registros y del Notariado. c) Testamento Notarial. d) Informe clínico de alta de la Fundación Hospital e) Informe de alta del Servicio de Medicina Interna. f) Hojas de notas de progreso. g) Informe clínico de consulta externa. h) Nota informativa de la Asociación Española Contra el Cáncer.

2. Mediante oficio de 5 de julio de 2017, 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. Con fecha 10 de julio de 2017, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto solicita a la Gerencia de la Fundación Hospital una "copia de la historia clínica relativa al proceso de referencia, así como un informe del Servicio de Medicina Interna sobre el concreto contenido de la reclamación".

Con la misma fecha, solicita a la Gerencia del Área Sanitaria correspondiente al hospital público donde se produjo el fallecimiento del paciente una "copia del informe de alta relativo al proceso asistencial que finalizó en exitus".

4. El día 17 de julio de 2017, 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.

Igualmente, la requiere para que justifique la representación que dice ostentar de su hermano.

5. Mediante oficio de 20 de julio de 2017, el Director de Atención Sanitaria y Salud Pública traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios

una copia del "informe de alta de fecha 21 de abril de 2017 relativo al proceso asistencial que finalizó en exitus en este hospital".

6. El día 25 de junio (*sic*) de 2017, comparece en las dependencias administrativas una tercera persona que acredita, mediante poder notarial, representar al hermano de la interesada. En dicha comparecencia manifiesta otorgar poder de representación en este procedimiento a favor de la hermana de su representado.

7. Con fecha 25 de julio de 2017, la Gerente de la Fundación Hospital remite al órgano instructor una "certificación de vinculación con el Servicio de Salud de los facultativos intervinientes", una "copia de la historia clínica" y un "informe del Servicio de Medicina Interna".

En la certificación se deja constancia de que el hospital "es centro de referencia de Atención Especializada para la población adulta (...) del Área Sanitaria V, conforme a lo establecido en el artículo 2 del Real Decreto 71/2002, de 30 de mayo, por el que se regulan la Red Hospitalaria Pública y la Red Sanitaria de Utilización Pública", y que "el personal Facultativo del Servicio de Medicina Interna pertenece a la plantilla" de dicho hospital.

El informe del Servicio de Medicina Interna, suscrito el 24 de julio de 2017, señala que el paciente "fue ingresado el día 29 de septiembre de 2015 (...) para el estudio de una masa pancreática (...). Presentaba una alta comorbilidad y fragilidad, en tanto que sufría de patologías (en) diversos órganos y sistemas ya con un deterioro cognitivo con alteraciones conductuales, pérdida de la funcionalidad e independencia, en el contexto de etilismo previo y polineuropatía tóxica-metabólica de base con parkinsonismo vascular diagnosticado en Neurología; accidente cerebro vascular al menos en dos ocasiones; cardiopatía esclerohipertensiva e isquémica, portador de dos stents (coronaria derecha y descendente anterior media) pero con un vaso no revascularizable, la circunfleja, antecedente de bradicardia sinusal y varios episodios previos de descompensación cardiológica con insuficiencia cardíaca congestiva; intervenido

de una neoplasia gástrica en 2003; insuficiencia renal crónica grado 3b./ El mismo día del ingreso tuvo que ser atendido de modo urgente por Medicina Interna al entrar agudamente en un fallo cardíaco severo en situación de edema agudo de pulmón, siendo necesario su traslado a la Unidad de Cuidados Intensivos (...), sufriendo en varias ocasiones de bradicardia severa sintomática con bajo nivel de consciencia y crisis convulsiva que precisó de atropina para evitar la parada cardíaca (...). Presentando pues desde el ingreso (...) una gravedad y un pronóstico vital infausto, incluso previamente al estudio de la masa pancreática que se tuvo que interrumpir ante el evento grave cardiológico./ Aplicando las escalas pronósticas de las unidades de pacientes críticos (...) presentaba los siguiente resultados: APACHE II score de 23 puntos relacionados con una mortalidad del 46 % y SAPS II de 66 puntos, riesgo probabilidad de exitus 78 %".

A continuación refleja el resultado de un TAC "toraco-abdominal" realizado al paciente en el que se aprecia "derrame pleural bilateral (...). Engrosamiento de los septos interlobulares en ambas bases pulmonares (...) que podría corresponder a una linfangitis carcinomatosa, aunque plantea el diagnóstico diferencial con un fallo cardíaco (...). Se visualizan al menos cuatro pequeños nódulos en el lóbulo superior del pulmón izquierdo (...), podrían corresponder a metástasis. También hay un pequeño granuloma pulmonar calcificado (...). Masa sólida bien definida localizada en la cabeza del páncreas, aproximadamente de 3,4 x 2,5 cm, en relación con una neoplasia que parece comprimir más que englobar al colédoco intrapancreático que proximalmente está dilatado (...). También hay una ligera dilatación de la vía biliar intrahepática y del conducto de Wirsung".

Indica que "la situación clínica (...) se presentaba (...) tan infausta que se trató en sesión a las 48 horas de su ingreso (...) entre varios especialistas de Medicina Interna (...) y se decidió que en caso de mayor empeoramiento se procedería a una actitud paliativa de alivio de síntomas; de hecho, requirió el inicio de tratamiento con morfina por dolor abdominal incoercible./ El día 2 de octubre de 2017 fue reevaluado por Cirugía General, ante el pronóstico y el

estado físico del paciente se descartaron realizar estudios complementarios o actitudes terapéuticas./ Si bien todos los implicados conocíamos que el diagnóstico definitivo es por biopsia, la recogida de la muestra se realiza mediante un método invasivo no exento de riesgo, generalmente una colangiopancreatografía retrógrada endoscópica (...) que está contraindicada ante eventos cardiológicos graves recientes, como era el caso./ Tras una leve mejoría se mantuvo con frecuencias cardíacas normales, por lo que Cardiología también descartó realizar un nuevo cateterismo cardíaco o implantación de marcapasos”.

Fue dado de alta el 2 de octubre de 2015 “a la planta de hospitalización, iniciando medidas paliativas y haciendo en todo momento partícipe a la familia./ En ningún momento se planteó (...) el abandono del paciente, sino todo lo contrario, una atención continuada de alivio de los síntomas que se prologó en su domicilio, solicitando la atención del Servicio de Atención Domiciliaria con Equipo de Soporte (...). Fue alta a su domicilio el 28 de octubre de 2015./ Cuando el paciente superó el tiempo estimado de supervivencia (...), en junio de 2016”, el mismo Servicio de Atención Domiciliaria con Equipo Soporte comentó esa mejoría. En un nuevo TAC “se confirmó la mejoría de la lesión pancreática y la desaparición de las pulmonares, siendo pues compatible con una pancreatitis crónica (...). El paciente había mejorado claramente desde el punto de vista físico, manteniendo su deterioro cognitivo”.

Afirma que la “pancreatitis crónica no tiene ningún tratamiento específico, solo la evitación del principal tóxico, el alcohol, y el alivio de síntomas, como puede ser el dolor, por lo que respecta a lo recogido en la reclamación acerca de los `perjuicios físicos por la medicación pautada para una enfermedad que no padecía´ (...) el tratamiento pautado fue de alivio sintomático que hubiera precisado igualmente de haber sido de primeras diagnosticado de pancreatitis crónica”.

Reitera que “la situación clínica del paciente contraindicaba” la colangiopancreatografía retrógrada endoscópica, “única manera de confirmar el diagnóstico”, y que “por tanto no hubo fallo alguno en la praxis, ya que llegamos a los límites de los medios de evaluación que el estado físico nos permitió”.

8. Obra incorporado al expediente el escrito que un despacho de abogados dirige a la Fundación Hospital el 27 de junio de 2017 en el que les solicita, en nombre de los ahora interesados en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, el abono de idéntica indemnización (15.000 euros) por los mismos daños morales que señalan se causaron a la comunidad hereditaria y a los hijos del paciente.

9. El día 28 de julio de 2017, la reclamante presenta un escrito de representación *apud acta*, fechado el 25 de junio de 2017 (*sic*), en virtud del cual una tercera persona que acredita poder notarial para representar a su hermano le otorga representación en este procedimiento.

Se incorpora al expediente la copia del poder notarial de 14 de octubre de 2015.

10. Con fecha 5 de noviembre de 2017, a instancia de la entidad aseguradora del Principado de Asturias, emiten informe cuatro especialistas, tres de ellos en Cirugía General y Digestivo y uno en Cirugía General. En él, tras resumir detalladamente sus antecedentes patológicos y la asistencia prestada, señalan que "se trata de un paciente de 83 años con pluripatologías muy graves que ingresa (...) por presentar un edema agudo de pulmón acompañado de dolor en epigastrio./ Tras las exploraciones clínicas analíticas y de imagen ingresa en la UCI por su problema pulmonar. En las pruebas de imagen realizadas, que incluyen una ecografía abdominal y un TAC, aparece una masa en la cabeza del páncreas compatible con una neoplasia. Esta imagen, unida a las imágenes de edema pulmonar, lleva a un diagnóstico de neoplasia de páncreas con afectación pulmonar tipo metástasis./ Durante el ingreso en la UVI el paciente presenta un episodio de bradicardia severa seguido de PCR del que se recupera./ Entre los antecedentes hay que destacar un etilismo crónico con afectación cerebral, una cardiopatía severa con isquemia miocárdica y episodios de angor que no es revascularizable, una insuficiencia renal crónica y un adenocarcinoma gástrico

operado años antes./ Así pues, nos encontramos ante un paciente añoso, con graves patologías que ya de por sí conllevan un riesgo vital y al que se le diagnostica de masa en la cabeza del páncreas compatible con neoplasia. Ante esta situación se contacta con Cirugía, que de forma correcta considera que el paciente no es operable y por lo tanto no existe necesidad de realizar más exploraciones, ya que todas ellas serían de carácter invasivo: CPRE, CTPH, biopsia transduodenal, biopsia por laparoscopia, etc. Todas estas exploraciones, en un paciente de estas características, que no es candidato a ningún tipo de tratamiento quirúrgico, no estarían indicadas./ En base a su pluripatología grave, las posibilidades de fallecer por cualquiera de las patologías que presentaba era superior a dejar evolucionar su patología pancreática, decidiendo realizar únicamente tratamiento paliativo en caso de presentar ictericia obstructiva”.

Precisan que tras una evolución positiva se realizaron “nuevas exploraciones”, comprobándose que la masa “había evolucionado hacia una masa quística (...) en el seno de una pancreatitis crónica. Igualmente este diagnóstico no requería de ninguna exploración invasiva, puesto que no se iba a realizar actuación quirúrgica alguna sobre esta patología./ El paciente falleció meses más tarde de una trombosis de la arteria mesentérica en relación con su enfermedad arterioesclerótica generalizada”.

A la vista de ello, afirman que el hecho de no efectuar “más pruebas invasivas con el fin de llegar a un diagnóstico, puesto que no se iba a realizar ningún tipo de tratamiento con carácter curativo, únicamente paliativo”, es una “conducta (...) prudente y adecuada a la situación del paciente, porque las posibilidades de fallecer por cualquiera de las patologías que presentaba eran elevadas (...). Unos meses más tarde, y en base a la buena evolución (...), el diagnóstico más probable fue de pancreatitis crónica. Tampoco en este caso estaba indicada la realización de cualquier otra prueba invasiva que llevara al diagnóstico anatomopatológico”. Concluyen, por ello, que “todos los profesionales que trataron al paciente lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la *lex artis*”.

11. Obra incorporada al expediente una nueva diligencia que recoge la comparecencia personal de los dos hermanos en las dependencias administrativas el 21 de noviembre de 2017, en la que manifiestan que la primera compareciente tiene “capacidad de representación suficiente” en su nombre y “en el de los integrantes de la comunidad hereditaria”.

12. Con fecha 27 de noviembre de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios notifica a la Gerencia de la Fundación Hospital la apertura del trámite de audiencia, a cuyos efectos le remite una copia del expediente instruido.

13. El día 13 de diciembre de 2017, un abogado, en nombre y representación de la Fundación Hospital presenta un escrito de alegaciones. En él señala que si bien figuran la “defunción y últimas voluntades (...) no consta la aceptación de la herencia./ Por otra parte, es discutible la legitimación de los reclamantes, por cuanto que atendiendo a la literalidad del artículo 32.1 de la Ley 40/2015 la responsabilidad patrimonial se circunscribe (a) toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, y en este caso, de acreditarse (...), se produjo (al paciente) no a los reclamantes”.

Por lo que se refiere al fondo del asunto, afirma que “no existió infracción alguna de la *lex artis* y que los servicios médicos actuaron de forma correcta (...), pues (...) llegaron a los límites de los medios de evaluación que el estado físico del paciente les permitió”.

Tras citar diversos informes médicos incorporados al expediente, afirma que “no se constata ni se acredita infracción de la *lex artis ad hoc*, por cuanto se adoptaron los medios necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico, teniendo en cuenta las peculiares características del paciente./ Tampoco se aprecia la existencia de nexo causal (...), por cuanto (...) la práctica de la biopsia estaba contraindicada dada la situación del paciente, con base a su estado y comorbilidades no era operable y dada la pluripatología grave que padecía las

posibilidades de fallecer por cualquiera de las patologías que presentaba era superior a dejar evolucionar su patología pancreática”.

Concluye solicitando que se “desestime la reclamación formulada por (ambos hermanos) y la comunidad hereditaria” (del padre fallecido).

14. Mediante escrito notificado a la interesada el 27 de diciembre de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de 15 días.

La reclamante comparece en las dependencias administrativas el 17 de enero de 2018 y obtiene una copia en CD del expediente tramitado.

15. El día 16 de marzo de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Sobre la base de los informes incorporados al procedimiento, argumenta, en primer lugar, la falta de legitimación de los reclamantes para accionar “en nombre de la comunidad hereditaria (del padre fallecido), quien pudiendo haber interpuesto una reclamación de responsabilidad patrimonial en vida, no lo hizo. Es decir, los reclamantes no se subrogan en una reclamación interpuesta por el perjudicado (...), sino que plantean una reclamación nueva entendiendo que la comunidad hereditaria está legitimada activamente”.

Añade que “tampoco sus pretensiones pueden ser acogidas, ya que nos encontramos ante un paciente añoso, con graves patologías que ya de por sí conllevan un riesgo vital y al que se le diagnostica de masa en la cabeza del páncreas compatible con neoplasia. Ante esta situación se contacta con Cirugía, que de forma correcta considera que el paciente no es operable y por lo tanto no existe necesidad de realizar más exploraciones, ya que todas ellas serían de carácter invasivo en un paciente de estas características, que no es candidato a ningún tipo de tratamiento quirúrgico y que por ello no estarían indicadas”. Meses más tarde, y ante la evolución positiva, se reconsideró que la masa quística “podía corresponder con un pseudoquiste pancreático en el seno de una

pancreatitis crónica”, y en ese caso tampoco “se iba a realizar actuación quirúrgica alguna sobre esta patología. El paciente falleció meses más tarde de una trombosis de la arteria mesentérica”.

Con base en ello, propone “desestimar la reclamación” presentada.

16. En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de abril de 2018, 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, cuya copia adverada adjunta 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.

SEGUNDA.- Suscribe la reclamación una de las hijas del fallecido, quien dice actuar en nombre de su hermano y a su vez en nombre de la comunidad hereditaria, como herederos universales del finado. Entiende que el fallecido sufrió un daño moral por el erróneo diagnóstico inicial, y que ambos hermanos también padecieron un daño moral reflejo como consecuencia del infligido a su padre.

Al respecto, hemos de 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 no adquirió derecho a la indemnización, de manera que no pudo haberlo transmitido a la "comunidad hereditaria" (entre otros, Dictámenes Núm. 263/2011 y 145/2017), y 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 los daños morales son daños personalísimos propios de quienes los hayan sufrido (Dictamen Núm. 263/2011). En consecuencia, carecen los interesados de legitimación activa para accionar como herederos del finado por el supuesto daño moral que a él se le haya causado, y la comunidad hereditaria en sí misma considerada no tiene legitimación en este supuesto.

No obstante lo anterior, 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), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial en su propio nombre y derecho, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar uno de ellos por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

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 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 30 de junio

de 2017, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen (el informe clínico del Servicio de Medicina Interna que recoge el nuevo diagnóstico) el día 21 de julio 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 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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la Ley 39/2015.

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 “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.- Los interesados presentan una reclamación por los daños morales que atribuyen al error diagnóstico de una enfermedad terminal; en concreto, porque “la creencia de que (su padre) sufría una enfermedad terminal (...) produjo (en los dos hermanos que reclaman) un indudable sufrimiento también susceptible de indemnización”.

Consta en el expediente que en septiembre de 2015 se le diagnosticó al padre de los reclamantes una neoplasia de cabeza de páncreas, y que ante la

evolución positiva no esperable de tal patología una nueva TC abdominal en julio de 2016 determinó que las alteraciones radiológicas apreciadas eran compatibles con un pseudoquiste en el contexto de una pancreatitis crónica. Por tanto, debemos considerar acreditadas las circunstancias sobre las que aquellos sustentan su reclamación.

Ahora bien, presumiendo la existencia de un daño real, efectivo, individualizado, evaluable económicamente y materializado en el curso de la actividad del servicio público sanitario, ello 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 del servicio público.

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

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por los reclamantes es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de

sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado -aunque no siempre pueda garantizarse que este sea exacto- en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente en la fase de diagnóstico tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En este caso, los interesados no aportan prueba alguna sobre la existencia de la infracción de la *lex artis* que imputan; ni siquiera cuestionan el contenido de los informes médicos obrantes en el procedimiento de responsabilidad patrimonial, dado que, pese a solicitar y obtener una copia íntegra del expediente, no comparecen en el trámite de audiencia. En consecuencia, este Consejo ha de fundamentar sus conclusiones a la vista de los únicos informes médicos que obran en aquel, todos ellos incorporados por la Administración o por su compañía aseguradora.

Como ha quedado reflejado en los antecedentes, los reclamantes imputan a la Fundación Hospital ... "un diagnóstico erróneo (...), pues sin agotar los medios de evaluación que el estado de la ciencia permite llegaron a la conclusión

de que el paciente sufría una enfermedad en un estado terminal”. Sostienen que para alcanzar un diagnóstico certero debieron haberse realizado otros, como, “por ejemplo, la biopsia”. También aluden a unos “perjuicios físicos por la medicación pautada para una enfermedad que no padecía”.

Ambos reproches han sido sólidamente refutados en los informes médicos que obran en el expediente. En efecto, tanto la especialista de la Fundación Hospital de ... como los especialistas que colegiadamente suscriben una pericia por cuenta del seguro sanitario, ponen de manifiesto la improcedencia de realizar otros estudios diagnósticos, todos ellos de carácter invasivo, sobre un paciente que, dada la gravedad de su estado de salud, en ningún caso era susceptible de recibir un tratamiento quirúrgico o farmacológico distinto al que se le pautó; es decir, diferente al destinado al alivio de los síntomas. Así, los especialistas del seguro médico afirman que a la vista de los estudios de imagen el Servicio de “Cirugía (...) de forma correcta considera que el paciente no es operable y por lo tanto no existe necesidad de realizar más exploraciones, ya que todas ellas serían de carácter invasivo”, por lo que la toma de muestras del tejido pancreático para proceder a su biopsia por cualquiera de las modalidades que citan “no estarían indicadas”. A su vez, la Fundación Hospital añade, a la innecesariedad de la biopsia, la imposibilidad de realización de la colangio-pancreatografía retrógrada endoscópica, pues “está contraindicada ante eventos cardiológicos graves recientes, como era el caso”.

Finalmente, la especialista de la Fundación Hospital pone de relieve que el único tratamiento pautado -el alivio de los síntomas de dolor- hubiera sido el mismo “de haber sido de primeras diagnosticado de pancreatitis crónica”, por lo que niega la existencia de los perjuicios físicos alegados de modo genérico por los ahora reclamantes, e incluso también una hipotética pérdida de oportunidad de haber recibido otro tratamiento, toda vez que el único tratamiento específico de esa pancreatitis crónica era “la evitación del principal tóxico, el alcohol”.

Frente a tales afirmaciones, propias de la ciencia médica, los interesados guardan silencio. A la vista de ello, consideramos, en primer lugar, que no existe infracción de la *lex artis*, dado que se utilizaron todos los medios disponibles

teniendo en cuenta el estado del paciente, lo que impide apreciar la existencia de un error diagnóstico jurídicamente relevante. Y, en segundo lugar, que el planteamiento de los reclamantes no puede ser admitido, dado que la realización de otras prácticas diagnósticas, todas ellas de carácter invasivo, nunca hubieran beneficiado al enfermo, e incluso habrían provocado en su padre un sufrimiento agravado carente de la más mínima justificación, en cuanto que ya se había descartado, correctamente según todos los informes, cualquier tratamiento curativo de la posible neoplasia pancreática. Lo contrario supondría aceptar una interpretación desviada del fin de la medicina, que siempre debe procurar el bienestar del paciente, y al sobrepasar ese límite se hubiera incurrido en una obstinación o ensañamiento diagnóstico que debemos censurar.

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.