

Expediente Núm. 175/2018
Dictamen Núm. 4/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General Adjunto:
Mier González, Manuel Eduardo

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 11 de enero de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 29 de junio de 2018 -registrada de entrada el día 5 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos por el fallecimiento de su esposa y madre, respectivamente, que imputan a una pérdida de oportunidad por retraso diagnóstico del carcinoma pulmonar que padecía.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 20 de noviembre de 2017, el representante de los perjudicados presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del fallecimiento de su familiar, que achacan a una pérdida de oportunidad por retraso diagnóstico del cáncer que sufría.

Explica que, pese a que la paciente acude en numerosas ocasiones a su médico de Atención Primaria desde el 19 de abril de 2016 quejándose de “dolor en región inguinal derecha que dificulta la deambulación y mantener bipedestación apoyando en derecha”, e incluso ingresa en el Hospital “X” por la misma causa, “no es sino hasta el 18 de octubre de 2016” cuando, tras la realización de una gammagrafía vascular y ósea, “se aprecia la verdadera problemática (...), con metástasis óseas y/o fracturas patológicas, recomendándose más pruebas médicas (TAC, RMN, PET). Incluso para llegar al diagnóstico correcto: adenocarcinoma de pulmón, estadio IV, todavía habría de pasar un mes, diciembre de 2016”.

El fallecimiento se produce, según señala, “el día 17 de enero de 2017, mediando como único tratamiento unas escasas sesiones de radioterapia ya de carácter paliativo”.

A continuación expone “la versión familiar” a los efectos de “su debida valoración por el Servicio de Inspección”. Según señala, no solo transcurren seis meses desde que la paciente se empieza a encontrar mal hasta que le realizan la gammagrafía, sino que desde que le practican esta prueba, “con la cual ya ven la posible enfermedad”, hasta que les comunican el resultado pasan “dos meses más”, y en ese tiempo el traumatólogo que recibe este “no la manda con carácter urgente al Hospital “X” para iniciar cuanto antes un tratamiento”, sino que envía “un escrito interno para hacer una resonancia en “X” sin urgencia, sin especificar, sin realizar un informe, comentando a la paciente que los resultados no eran concluyentes. Se le puso una reclamación en el Hospital “X” por este motivo”.

Manifiesta que “días antes del 8 de noviembre la llamaron por teléfono del hospital para hacer una resonancia” y que “una vez realizada, ese mismo día, la llaman de nuevo por la tarde para que fuese el (...) 11 de noviembre por Urgencias y hacerle más pruebas. Ese mismo día (...) entró por Urgencias y tras una larga espera llamaron a la familia acompañante y nos comunicaron la posible enfermedad (tampoco con seguridad) y su ingreso. Estuvo ingresada un mes y ocho días, y durante todo ese tiempo no nos consta que se hiciera nada

por detener la enfermedad. Se hicieron algunas pruebas, como una biopsia del hueso, y así pasaron los días hasta que al final del ingreso le hicieron cinco sesiones de radioterapia que ningún efecto pudo tener. Le dieron el alta hospitalaria el 19 de diciembre sin haberle quitado el dolor que tenía, sin ninguna cita con algún oncólogo (nunca ninguno habló con nosotros) y sin un tratamiento específico para la enfermedad que tenía./ Durante los cinco días que estuvo en casa venía a verla un médico a domicilio (...) que tampoco trató correctamente a (la paciente) ni a su familia (...), llegando (...) incluso a molestarse cuando un día requerimos su presencia porque se nos había acabado la morfina./ Dado su progresivo deterioro (...), el día 25 de diciembre decidimos volver a ingresarla y en el hospital nos dijeron que había desarrollado una neumonía que había agravado su estado, lo que obviamente se le pasó a este doctor./ Desde que vuelve a ingresar hasta que fallece se pasa los días con los ojos cerrados, sufriendo y deseando morir. Durante este periodo la dejadez del personal sanitario en el Hospital "X" es aún mayor. Citamos a modo de ejemplo que a causa de la enfermedad tenía llagas y heridas en la boca, además de muchos dolores para tragar, incluso así los médicos insisten en que tome la morfina en pastillas; después de nuestra insistencia deciden ponérsela en inyectables con gran dolor para ella en vez de ponérsela a través de la vía que tenía puesta, tal como solicitamos reiteradas veces./ Nuestra impresión es que se limitaron a dejarla morir sin proponer ni practicar un tratamiento, hasta para las sesiones de radioterapia tuvimos que insistir. Finalmente, ya agonizando y sin esperanzas la remitieron" al Hospital "Y", "donde fallece 4 días después. Nuestra sensación ha sido durante todo este tiempo de impotencia, desinformación y ver cómo dejaban morir a (la paciente), que contaba tan solo 61 años de edad".

Siguiendo el baremo establecido en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de Circulación, y considerando que el cónyuge viudo es menor de 67 años, que la convivencia de la pareja se extendió durante 42 años y que los tres hijos son mayores de treinta años,

concluye que al esposo le correspondería una indemnización de 132.000 € y a cada uno de los hijos 20.000 €, si bien, teniendo en cuenta que se trata de “un caso de responsabilidad patrimonial por pérdida de oportunidad”, propone “reducir las cantidades al 50 %”, por lo que finalmente el importe solicitado asciende a noventa y seis mil euros (96.000 €).

Adjunta los siguientes documentos: a) Escritura pública de poder para pleitos. b) Certificado de defunción de la paciente. c) Certificados de matrimonio y de nacimiento de cada uno de los hijos. d) Certificado histórico de empadronamiento a efectos de acreditar la convivencia. e) Historial médico del centro de salud. f) Informe pericial privado.

2. Mediante oficio de 5 de diciembre de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica al representante de los interesados 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, advirtiendo que uno de los hijos de la paciente “no figura en la escritura pública de poder para pleitos presentada junto con la reclamación”, por lo que “no se le tiene por interesado”.

3. Con la misma fecha, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a la Gerencia del Área Sanitaria V un informe “de los servicios intervinientes (Urgencias, Neumología y Facultativo/a de Atención Primaria del Centro de Salud `A´) en relación con el contenido de la reclamación, así como una copia de la historia clínica” de la paciente.

4. Mediante oficio de 16 de enero de 2018, el Gerente del Área Sanitaria V envía al Inspector de Prestaciones Sanitarias una copia de las historias clínicas de Atención Primaria y Especializada, junto con los informes librados por la Jefa de la Unidad de Urgencias, la Jefa de la Sección de Neumología y la Facultativa de Atención Primaria responsable de la paciente.

En el informe de la Jefa del Servicio de Urgencias, fechado el 18 de diciembre de 2017, se indica que la paciente "acude el día 4 de marzo de 2016 tras caída casual sobre el miembro superior izquierdo con impotencia funcional. Tras las radiografías realizadas no se objetivan fracturas, por lo que se diagnostica de 'contusión hombro'./ El día 17 de abril de 2016 acude de nuevo a Urgencias por 'dolor en la ingle desde ayer sin traumatismo previo que le impide caminar, no puede apoyar la pierna'. Se le realizan estudios (hemograma, bioquímica, radiografías de pelvis y abdomen) que no muestran alteraciones, por lo que tras pautar analgesia se da alta a domicilio con el diagnóstico de 'dolor osteotendinoso, probable tendinitis del abductor'./ Valorada de nuevo el día 27 de mayo de 2016 por 'dolor abdominal intenso de 2 días de evolución localizado en FID. Molestias abdominales desde hace un mes y medio siempre en la misma localización'. Se realizan estudios complementarios (hemograma, bioquímica elemental y sedimento de orina, radiografía de tórax, abdomen y ecografía abdominal sin observarse alteraciones)./ Al tratarse de una patología aguda y no objetivarse alteraciones en los estudios complementarios (...) no se considera necesario realizar otros estudios de forma urgente. La solicitud de otras pruebas diagnósticas se hace en función de la evolución de los síntomas, por lo que el seguimiento no se realizaría en el Servicio de Urgencias. En muchas ocasiones esperamos del Servicio de Urgencias el diagnóstico inmediato de la patología por la (que) los pacientes acuden a este Servicio, pero esta debe realizarse siguiendo los cauces y protocolos existentes".

En el informe de la Jefa de la Sección de Neumología, de 19 de diciembre de 2017, se expresa que la paciente "no fue conocida por Neumología hasta el 16 de noviembre de 2016, en que se solicita interconsulta desde Medicina Interna. En esa fecha se solicitó la BAG pélvica que proporcionó el diagnóstico (...) Fue valorada (...) por la neumóloga (que cita) hasta la fecha 22 de noviembre de 2016 en que fue trasladada a la Sección de Neumología, pasando a cargo de la (doctora que especifica), que emitió informe de alta en fecha 19-12-2016 (...). Posteriormente (...) ingresó nuevamente en Neumología

el 25 de diciembre de 2016, estando a cargo de la facultativa (...) que emite informe de traslado" al Hospital "Y" el 13 de enero de 2017. Revisada "la historia clínica y de conformidad con lo expresado en los informes que se adjuntan, no aprecio dato alguno a añadir".

En el informe de Atención Primaria, librado el 22 de diciembre de 2017, se indica que desde abril de 2016 se intenta "controlar el dolor y a la vez buscar otra posible patología, y en espera de consulta traumatológica en antecedentes digestivos (y) otra radiología sin éxito derivó a Urgencias en una búsqueda de solución, se le retrasa la cita con Traumatología, el dolor persiste, al final pauto mórficos". Posteriormente, "tras sospecha diagnóstica y confirmación de la gravedad y lo avanzado de la enfermedad pasa a atención hospitalaria hasta exitus".

5. Con fecha 18 de enero de 2018, el representante de los interesados presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias al que adjunta un "nuevo poder para pleitos" otorgado el 18 de enero de 2018 por el hijo de la paciente no incluido en el poder anterior, y solicita que también se le tenga por personado en el expediente.

6. Con fecha 14 de marzo de 2018, emite informe una Asesora Médica a instancia de la entidad aseguradora. En él refiere que "se trata de una paciente de 61 años de edad que consulta en numerosas ocasiones desde abril hasta noviembre de 2016 por dolor inguinal derecho principalmente y en otras localizaciones. En cada una de estas consultas se le realiza una exploración completa y se la remite varias veces a Urgencias", donde además de explorarla se le efectúan "de manera repetida analíticas completas (...), radiografías y ecografía abdominal sin objetivarse hallazgos. Se trata con analgesia de intensidad creciente ajustándola" al dolor. Por tanto, se han llevado a cabo "las pruebas indicadas en cada momento sin que revelaran indicios que permitieran diagnosticar más precozmente la enfermedad. En los primeros meses no asoció sintomatología sistémica, ni pulmonar, que permitiera sospechar el origen del

tumor. Ante la persistencia de la clínica” su médico de Atención Primaria “solicitó la gammagrafía ósea que permitió diagnosticar las metástasis (...). En noviembre acude de nuevo a Urgencias con persistencia de la clínica de dolor óseo junto con (síndrome) constitucional y se constata en la analítica anemia. Se decide ingreso para estudio. Hasta ese momento la paciente no presentaba signos, ni síntomas ni alteraciones en las pruebas complementarias, que indicaran el ingreso hospitalario./ Por otro lado (...), debutó con clínica de dolores óseos en relación con metástasis, por lo que ya presentaba enfermedad metastásica desde el inicio de los síntomas. Por ello, considero que el diagnóstico más precoz no podría haber mejorado el pronóstico, pues ya presentaba sintomatología de extensión de la enfermedad”.

7. Mediante escrito notificado al representante de los interesados el 26 de marzo de 2018, 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.

8. Con fecha 2 de abril de 2018, el representante de los reclamantes comparece en las dependencias administrativas y obtiene una copia de los documentos que integran el expediente.

El día 16 del mismo mes presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que comienza por señalar que no ha tenido ocasión de ver los informes librados por los Servicios responsables y la historia clínica de la paciente a la que alude el expediente, por lo que solicita que se pongan a su disposición con la concesión de un nuevo plazo para la formulación de alegaciones.

Afirma no estar de acuerdo con las consideraciones del informe librado a instancias de la compañía aseguradora, pues entiende que “la sucesión de consultas a su (médico de Atención Primaria), los ingresos por Urgencias ocurridos en un periodo largo de tiempo, más de 6 meses, con dolores a los

que no se les atribuía causa específica, ponen en evidencia la existencia de un error (o falta) de diagnóstico inicial producido por no haber puesto a disposición de la paciente los medios adecuados para obtenerlo. La asistencia médica resulta manifiestamente incompleta, ya que no se realizó (...) ninguna exploración complementaria, como una ecografía, un TAC o un escáner abdominal, a fin de descartar el motivo de las complicaciones que parecía presentar cuando los síntomas no remitían (...). Se pautó una analgesia cada vez más intensa sin trabajar sobre otras hipótesis, la búsqueda de un diagnóstico diferencial. Esta gammagrafía, efectuada precozmente, hubiera evidenciado la razón del curso progresivo de la enfermedad y hubiera evitado (o al menos paliado) las consecuencias resultantes. No se pretende responsabilizar a los médicos de la enfermedad, pero sí han podido influir en la evolución de su curso, y es por ello que se pide responsabilidad. La reclamación se efectúa por una `pérdida de oportunidad´ y no por una negligencia médica propiamente”. Por último, manifiesta su extrañeza ante el hecho de que en los estudios radiográficos realizados antes de la gammagrafía no se observaran hallazgos significativos, por lo que solicita una copia “para su examen por perito especialista en Radiología”.

9. El día 10 de mayo de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite al representante de los reclamantes la documentación solicitada y le concede un plazo de quince días para formular alegaciones.

Con fecha 4 de junio de 2018 este presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que insiste en la reclamación, si bien dejando “al prudente arbitrio la valoración de la misma conforme a derecho”. Adjunta un informe pericial, suscrito el 28 de mayo de 2018 por un especialista en Medicina Interna, en el que se afirma que la actitud del servicio público de salud al mantener a la paciente sin diagnóstico durante meses “contraviene las guías de actuación en diagnóstico y tratamiento, que claramente dicen que cuando en un dolor osteomuscular no se aclara su

diagnóstico o tratamiento en un mes de evolución debe ser valorado por un especialista, traumatólogo, reumatólogo o internista, teniendo siempre presente la posibilidad de un proceso neofornativo osteomuscular o metástasis, como era el caso”.

Considera que debía haberse remitido a la paciente a un especialista que efectuara “pruebas especiales y no las complementarias y básicas que se realizan en Atención Primaria o Urgencias”, y que de haberse diagnosticado la enfermedad antes se podrían haber aplicado “medidas terapéuticas que darían lugar a una mayor supervivencia y una mejor calidad de vida”, pues, de acuerdo “con lo que propone la American Cancer Society para este tipo de tumores en estadio IV (estadio en el que debutan casi el 40 % de los casos) (...), en los primeros meses con un tratamiento de quimioterapia específica para el tipo inmunológico del tumor, con radioterapia, con cirugía dirigida y con inmunoterapia podría alcanzarse una supervivencia del 10 % a los 5 años y una mejor calidad de vida al desaparecer los dolores y mejorar el estado general. Cuando el tumor se diagnostica en esta paciente a los 6 meses de iniciar los dolores el estadio ya era de IV b; no obstante, la American Cancer Society también aconseja tratamiento con quimioterapia, cirugía dirigida, radioterapia e inmunoterapia en estos casos con una supervivencia muy escasa, menos del 1 % a los 5 años, pero sí con mejoría de la calidad de vida”.

Afirma reproducir a continuación las conclusiones alcanzadas por la citada Sociedad en 2016 sobre el adenocarcinoma de pulmón en estadio IV, a cuyo tenor “el cáncer de pulmón no microcítico que se ha propagado a otras partes del cuerpo es a menudo difícil de tratar. El cáncer de pulmón no microcítico en etapa IV tiene una tasa de supervivencia a 5 años (...) de aproximadamente 10 %, mientras que para la etapa IV b es menor al 1 %. Aun así, a menudo hay muchas opciones de tratamiento para las personas con esta etapa del cáncer (...). El cáncer de pulmón no microcítico en etapa IV se ha propagado ampliamente al momento del diagnóstico, son muy difíciles de curar. Las opciones de tratamiento dependen del lugar a donde el cáncer se propagó, el número de tumores y su condición de salud (...). Si la salud es por lo demás

buena los tratamientos, como la cirugía, la quimioterapia, la terapia dirigida, la inmunoterapia y la radioterapia, pueden ayudar a prolongar la vida y hacer sentir mejor al aliviar síntomas, aun cuando no sea probable que curen (...). Otros tratamientos, tal como la terapia fotodinámica (...) o terapia láser, también se pueden usar para ayudar a aliviar síntomas". De lo anterior extrae que está "en situación de afirmar con toda certeza" que si la dolencia se hubiese diagnosticado "más precozmente, aunque ya estuviese en estadio IV", la paciente habría tenido "una mayor supervivencia y una mejor calidad de vida", para concluir finalmente que "no se ha actuado conforme a los protocolos y la *lex artis*".

10. El día 14 de junio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas propone desestimar la reclamación al considerar que la asistencia prestada a la paciente "fue acorde a la *lex artis*. La sintomatología de presentación no fue la típica de este tipo de tumor, ya que debuta con dolor por metástasis óseas. En ese momento ya era un estadio IV, y un diagnóstico más precoz no hubiera cambiado el desenlace. En las radiografías realizadas el 27 de mayo no se apreciaba la existencia de tumor pulmonar alguno. El propio informe pericial elaborado a instancias de los reclamantes reconoce las escasísimas posibilidades de supervivencia con tratamiento agresivo, obviando los importantes efectos secundarios que estos tipos de tratamientos (quimioterápico y radioterápico) causan a los pacientes en lugar del tratamiento paliativo que se realizó".

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 29 de junio 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, 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.

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), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto.

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 20 de noviembre de 2017, habiendo tenido lugar el fallecimiento del que trae origen el día 17 de enero del

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

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

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

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

SEXTA.- Fundan los reclamantes su pretensión indemnizatoria en el anormal funcionamiento de la Administración sanitaria por retraso en el diagnóstico definitivo y subsiguiente tratamiento del carcinoma pulmonar que padecía su esposa y madre, respectivamente. Imputan a dicha demora el daño moral derivado de la pérdida de la oportunidad de supervivencia de su familiar, que estiman en un 50 % si nos atenemos al cálculo de la cuantía indemnizatoria que efectúan en el escrito de reclamación. Reprochan también al servicio público otras actuaciones que consideran irregulares; entre ellas, la

comunicación tardía a la familia del diagnóstico definitivo, un alta hospitalaria indebida, el trato incorrecto del médico que acudía a las visitas domiciliarias y la indolencia y desatención en la última estancia hospitalaria, si bien no señalan en qué medida estas actuaciones habrían contribuido a la producción del daño cuyo resarcimiento solicitan.

Queda acreditado en el expediente el hecho del fallecimiento -que conduce a presumir un padecimiento moral en las personas que aquí reclaman dado su cercano parentesco-, así como su origen en un carcinoma de pulmón avanzado diagnosticado dos meses antes del óbito, como resulta de la historia clínica.

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

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

Por tanto, para apreciar si 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. 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 caso que analizamos, los reclamantes afirman en su escrito de alegaciones que la enfermedad tardó en diagnosticarse "por no haber puesto a disposición" de la paciente "los medios adecuados". Entienden que la atención fue "manifiestamente incompleta" al no haberle realizado las pruebas complementarias que podrían haber evidenciado con mayor prontitud la realidad del proceso que sufría, como una gammagrafía ósea o un TAC.

Frente al reproche de los perjudicados, debemos señalar que el servicio público sanitario no tiene la obligación de determinar la naturaleza de la

enfermedad antes de la manifestación de sus signos clínicos típicos, ciñéndose el deber médico a la aplicación de los medios precisos en función de los síntomas mostrados por los pacientes. En otras palabras, la *lex artis* médica no impone la práctica de más pruebas diagnósticas que las indicadas en función de los síntomas y signos clínicos apreciados en cada paciente, ni mucho menos ampara la realización indiscriminada, de inicio y a falta de cualquier sospecha clínica, de pruebas que al conllevar una exposición radiológica que es acumulativa podrían no resultar inocuas a largo plazo.

Debemos subrayar que el hecho de que sea la clínica del paciente la que determina el alcance de la obligación de medios excluye que pueda proyectarse el estado de situación ignorado al momento de la atención y conocido a la diagnosis (en el asunto de que se trata, la efectiva existencia de una patología tumoral avanzada) *ex post facto* al juicio sobre la corrección de la actuación sanitaria. Por esta razón, quien persigue ser indemnizado por mala praxis en la fase de diagnóstico ha de acreditar que los síntomas o signos existentes al tiempo de recibir la asistencia que reputa deficiente eran sugestivos de la patología finalmente evidenciada -al menos en un grado de probabilidad suficientemente significativo, ya que existen patologías de diversa entidad y prevalencia que cursan una clínica similar-, y que tal sospecha diagnóstica imponía la aplicación de técnicas y medios distintos de los empleados. En el supuesto que analizamos esto no ha sido probado por los reclamantes, que pretenden sostener su imputación simplemente sobre la base del diagnóstico *a posteriori* del carcinoma pulmonar. Más concretamente, los perjudicados no han acreditado que en el caso de su familiar -que presentaba de inicio un dolor impreciso a consecuencia de una caída y con posterioridad un fuerte dolor en la región inguinal derecha que le dificultaba la deambulación y la bipedestación- la buena praxis impusiera la consideración precoz de dicha clínica dolorosa como sugestiva de un proceso tumoral del que no existían otras evidencias.

A falta de esta prueba causal entre la sintomatología de la paciente y la realidad de su enfermedad, el juicio de este Consejo ha de formarse a la vista del conjunto documental constituido por la historia clínica incorporada al

expediente y los informes médicos librados a instancias del servicio público, en los que se concluye que la atención prestada fue correcta, pues se llevaron a cabo en cada momento las consultas y pruebas indicadas en relación con los síntomas manifestados. A estos efectos debe tenerse en cuenta que la forma de presentación del carcinoma pulmonar que sufría la paciente no era la típica, como destaca el autor de la propuesta de resolución; esto es, no existían indicios que permitieran sospechar que la enferma mostrase aquella patología, y en estas circunstancias su diagnóstico no era sencillo, pero en ningún caso se la abandonó ni se contravino ninguna guía de actuación clínica, como llega a afirmar el perito de los reclamantes. Al contrario, como pone de relieve la historia clínica, se actuó de forma diligente y con la celeridad posible, habida cuenta que -como venimos señalando de forma reiterada- cuando la asistencia sanitaria se presta por parte del servicio público, el régimen de consultas y la realización de pruebas diagnósticas ha de seguir el orden determinado por las listas de espera, debiendo considerarse además que en la fecha en la que se prestó la atención sanitaria por la que se reclama no existía una norma análoga al Decreto 59/2018, de 26 de septiembre, sobre Garantía de Tiempo Máximo de Acceso a las Prestaciones Sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias, Información sobre Listas de Espera y Registro de Demanda Asistencial del Principado de Asturias.

La primera anotación correspondiente al episodio doloroso con que debuta el proceso corresponde al día 19 de abril de 2016, en que la paciente acude a su centro de salud refiriendo un "cuadro de 2 días de evolución de dolor en región inguinal derecha que dificulta deambulación y mantener bipedestación apoyando en dicha pierna". Ese mismo día la facultativa responsable la remite al Servicio de Urgencias, donde le hacen radiografías de pelvis y abdomen sin hallazgos, dándole el alta con el diagnóstico de "probable tendinitis del abductor" y recomendación de antiinflamatorios, reposo y control por su médico de Atención Primaria. El 25 de abril, esto es, seis días después de la primera consulta, vuelve nuevamente al centro de salud y ya entonces se solicita interconsulta al Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica. El 27 de

mayo se produce una nueva demanda de asistencia y la doctora responsable la envía de nuevo al Servicio de Urgencias, en el que le efectúan hemograma, bioquímica elemental y sedimento de orina, radiografía de tórax, abdomen y ecografía abdominal sin observarse alteraciones. El 30 de mayo la misma facultativa, considerando los antecedentes digestivos de la paciente -intervenida con resección de ciego-, solicita interconsulta al Servicio de Digestivo, sin que la exploración ecográfica realizada en este Servicio evidencie anomalía alguna. Las siguientes demandas de asistencia en el centro de salud se producen los días 13 de junio, 11 de julio y 2 de agosto, en las que se le prescriben diversos analgésicos en espera de la consulta con Traumatología. El 2 de septiembre acude nuevamente al Servicio de Urgencias de Traumatología por presentar dolor en hemitórax izquierdo y derecho que atribuye al hecho de "hacer mov. de giro y ponerse boca abajo" durante una sesión de rehabilitación. Se le hacen radiografías de tórax (2 proyecciones) y parrilla costal bilateral sin manifestarse tampoco el tumor. La primera evidencia de que presenta una patología oncológica no se producirá hasta que en el mes de octubre, esto es, seis meses después de iniciarse la clínica dolorosa, se practica a petición de la doctora de Atención Primaria una gammagrafía en la que se observan focos sugestivos de metástasis óseas. Ahora bien, como ya hemos adelantado, tal retraso no puede imputarse a un anormal funcionamiento del servicio público sanitario, pues este actuó correctamente al poner a disposición de la paciente los medios diagnósticos apropiados en cada momento en atención a su sintomatología.

En todo caso hemos de señalar que, aun cuando no puede determinarse cuál habría sido el curso de los acontecimientos de haberse anticipado el diagnóstico, sí sabemos que de haberse alcanzado este más precozmente las posibilidades estadísticas de supervivencia de la enferma habrían sido escasísimas, según reconoce el propio perito de los reclamantes. Respecto a las opciones que en concreto tenía esta paciente, distintas de las meramente estadísticas a las que nos acabamos de referir, hemos de señalar que la afirmación vertida en la pericial de parte -conforme a la cual de haberse

anticipado del diagnóstico se podrían haber aplicado “medidas terapéuticas que darían lugar a una mayor supervivencia”- no puede considerarse fundada a falta de cualquier análisis sobre las posibilidades reales de tratamiento de la enferma en función de sus circunstancias particulares, pues -según se explica en el mismo informe pericial- “las opciones de tratamiento dependen del lugar a donde el cáncer se propagó, el número de tumores y su condición de salud”, y tales extremos no han sido analizados por los reclamantes. Tampoco existe la certeza de que un diagnóstico precoz hubiese permitido aplicar un tratamiento oncológico para mejorar su calidad de vida, como afirma el perito de parte, pues no se ha probado que en el caso concreto de la enferma fuera estrictamente necesaria la administración de tratamiento de aquella naturaleza con finalidad paliativa (si atendemos a las propias afirmaciones de los reclamantes, el tratamiento de radioterapia se aplicó ante la insistencia familiar) ni tampoco cabe ignorar, como se señala en la propuesta de resolución, que los tratamientos de quimioterapia y radioterapia tienen importantes efectos secundarios que inciden en el bienestar de los pacientes.

Procediendo desestimar la reclamación por no constatarse infracción alguna de la *lex artis*, no desconocemos que cuando se reclama por un fallecimiento que se imputa a una pérdida de oportunidad diagnóstica y/o terapéutica -como aquí sucede- no solo ha de acreditarse una omisión que entrañe una mala praxis médica, sino también la puntual disponibilidad de una técnica terapéutica que aplicada en ese mismo momento pueda conducir, siquiera en términos probabilísticos, a la superación de la dolencia. En el supuesto examinado, y a la vista de la pericial aportada por los interesados, en la que se asume la gravedad de la dolencia y su elevadísima mortalidad, debemos estimar que estamos ante unas circunstancias en las que no cabe imputar al retraso denunciado el fallecimiento por el que se reclama, cuya trascendencia en el resultado final no se prueba ni objetiva.

En definitiva, del análisis del expediente en su conjunto no se acredita ninguna actuación de los profesionales sanitarios contraria al buen quehacer médico, revelándose que el fatal desenlace es consecuencia de una patología

abordada con los medios adecuados a la sintomatología de la paciente, 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 ADJUNTO,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.