

Dictamen Núm. 137/2020

**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:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 4 de junio de 2020, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 13 de marzo de 2020 -registrada de entrada el día 25 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por el fallecimiento de su familiar que atribuyen al retraso diagnóstico de un carcinoma de pulmón.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** El día 24 de mayo de 2019, los interesados presentan 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 atribuyen al retraso diagnóstico de un cáncer de pulmón.

Exponen que la defunción fue “consecuencia de los reiterados errores médicos” que refieren, pues la paciente “no fue atendida ni diagnosticada adecuadamente y ello conllevó su muerte o al menos la pérdida de oportunidad de poder ser curada o vivir más tiempo”.

Detallan las ocasiones en las que la fallecida acudió a un hospital público y a un centro de salud a lo largo de los años 2017 y 2018 “por dolores continuos, sin que en ningún momento una simple radiografía o ecografía (...) permitiese descubrir su dolencia pulmonar”, causante a su vez de la muerte. Afirman que “no es hasta el día 24 de agosto de 2018” cuando “se le realiza un TC toracoabdominal con CIV y oral y le descubren la existencia de `gran masa pulmonar derecha con derrame pleural (...). Metástasis en cuerpo vertebral”, si bien en la consulta que tuvo lugar el 14 de ese mes en el Servicio de Neurología del Hospital ..... “ya se hizo constar que sufría adenocarcinoma de pulmón y metástasis vertebral con paraplejia”. Señalan que en la consulta de 14 de septiembre de 2018 se informó “a la paciente y su familia del diagnóstico y de la situación clínica, muy probablemente irreversible”, teniendo lugar la defunción el día 22 del mismo mes.

Solicitan una indemnización cuyo importe asciende a doscientos cincuenta mil euros (250.000 €), cantidad que resulta de la suma de las que reclama individualmente cada familiar.

Aportan diversa documentación acreditativa del parentesco que invocan, así como referente a la atención médica recibida y a la patología que sufría la paciente.

**2.** Previa solicitud formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, se incorpora al expediente una copia de la historia clínica de la paciente obrante en atención primaria y en atención especializada, así como los informes emitidos por la facultativa de su centro

de salud y los Servicios de Traumatología y de Urgencias del hospital en el que fue atendida.

**3.** El día 25 de noviembre de 2019, emite informe una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal, a instancias de la compañía aseguradora. En él expone diversas consideraciones médicas en relación con la asistencia prestada y concluye su adecuación a los protocolos y a la *lex artis*.

**4.** Evacuado el trámite de audiencia, el día 4 de febrero de 2020 uno de los reclamantes presenta un escrito de alegaciones en el que se reitera en los términos de la reclamación inicial.

**5.** Con fecha 18 de febrero de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, rechazándose la existencia de retraso diagnóstico y de pérdida de oportunidad de conformidad con el criterio de los peritos preinformantes y la documentación clínica.

**6.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 de marzo de 2020, 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 Salud, 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), 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.

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 24 de mayo de 2019, y el hecho por el que se reclama (el fallecimiento de la familiar de los interesados) tuvo lugar el día 22 de septiembre de 2018, 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 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 LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

**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.

**SEXTA.-** Los interesados instan una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la muerte de su madre y esposa, respectivamente, que atribuyen al retraso diagnóstico de un adenocarcinoma de pulmón.

La documentación obrante en el expediente acredita la defunción de la paciente en un hospital público en la fecha indicada -22 de septiembre de 2018- a resultas de la patología cancerosa, por lo que debemos presumir un daño moral en los familiares que aquí reclaman.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del

servicio sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que los interesados no tuvieran el deber jurídico de soportar.

Como ha señalado este Consejo Consultivo en ocasiones anteriores (por todas, Dictamen Núm. 218/2019), 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 concretos.

Por tanto, para poder 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. 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 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 reiterado este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de estos supuestos, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el caso que nos ocupa, sin embargo, y pese a incumbir a los interesados la carga de la prueba, estos únicamente aportan al efecto una publicación extraída de internet que cuenta con el membrete de la American Cancer Society y en la que se detallan los "signos y síntomas del cáncer de pulmón microcítico", que entienden concurrían en la fallecida. Aparte de que en dicho documento se especifica que "es más probable que la mayoría de estos síntomas sean por una causa distinta al cáncer de pulmón", lo cierto es que su valor probatorio no puede, por razones evidentes, equipararse al de



una prueba pericial, o al de los informes suscritos por los diversos especialistas e incorporados al expediente a instancia de la Administración, únicos, en definitiva, con los que cuenta este Consejo para formar su juicio en cuanto al fondo del asunto sometido a nuestra consideración.

Los reclamantes apuntan a un cúmulo de “errores médicos” que ocasionaron la demora diagnóstica, aludiendo a que la paciente presentaba una “predisposición genética” al padecimiento de cáncer; que “los síntomas eran claros ya desde 2016 y 2017” pues el historial médico refleja “dolores en costados (...), cervicales, dorsales y lumbares de forma continua y reiterada”, así como en “miembros superiores e inferiores”, además de “catarro (...), psoriasis (...), anemia ferropénica (...), cefalea (...), tos no productiva” y con expectoración, entre otros. Entienden que la falta de atención a esta sintomatología “evidencia que no se han seguido los protocolos para este tipo de situaciones (...) y ello ha provocado el fallecimiento”, o “al menos la pérdida de oportunidad de haberla tratado a tiempo para curarla o haberle alargado la vida”.

Frente a estos reproches, el examen de la documentación clínica obrante en el expediente, así como el contenido de los informes emitidos con ocasión de la tramitación del procedimiento, evidencian que la sintomatología que presentaba la paciente en cada momento fue oportunamente atendida por los respectivos servicios sanitarios en atención a su nivel asistencial, sin que se apreciara una clínica clara orientada al diagnóstico del cáncer, o que este resultara posible antes de la aparición de los correspondientes signos clínicos relevantes y específicos de esta patología.

Al respecto, en relación con la sintomatología de esta enfermedad, en el informe pericial elaborado a instancia de la compañía aseguradora se razona, con cita de bibliografía científica, que “el diagnóstico del cáncer de pulmón en estadios precoces es poco frecuente y, a menudo, accidental porque los síntomas en las fases iniciales son muy poco específicos”.

Por su parte, la facultativa de Atención Primaria que atendía a la paciente señala que esta “tenía antecedentes de asma bronquial con tratamiento y presentando algún episodio de agudización, siendo el último en el 2016”; y que desde entonces solo había acudido en el mes de marzo de 2018 “a consulta por dicho motivo”, presentando en esa ocasión “clínica de tos con sibilancias que se trató con broncodilatadores, con buena evolución clínica”, pues no precisó nueva asistencia por esa causa. En lo referente a la lumbalgia, reseña que en la atención prestada el día 29 de junio de 2018 se apreció que la dolencia era “de características mecánicas y sin signos de alarma”, si bien ante “la persistencia de la clínica se solicita radiografía de columna, realizada el 25 de julio” en el Servicio de Urgencias del Hospital ..... y en la que se detecta “pinzamiento (...), hiperlordosis lumbar y signos degenerativos”. Cinco días después la paciente recibe atención domiciliaria por el mismo motivo, “iniciándose tratamiento con corticoides”, y “ante la ausencia de mejoría el día 8 de agosto de 2018” se la deriva al Servicio de Urgencias.

En el informe emitido por el Jefe de la Unidad de Urgencias se puntualiza, respecto a la remisión efectuada desde atención primaria en el mes de junio de 2018 por dorsolumbalgia, que la petición de la radiografía es “mucho más precoz a lo que recomienda el protocolo de lumbalgia aguda”, y que la prueba de imagen no reveló “patología aguda”, siendo la exploración completa “rigurosamente normal”. Cuando la paciente acude el día 8 de agosto de 2018 se realiza una nueva radiografía con resultado “normal”, sin objetivarse “déficit motor” pese a que refiriese “disestesias en miembros inferiores”. Seis días después, al presentar dificultad para la deambulación por pérdida de fuerza en la extremidad, se decide su ingreso para estudio (con sospecha inicial de “patología osteomuscular con afectación de la raíz nerviosa”), y “tras estudios exhaustivos se encuentra imagen compatible con metástasis a nivel lumbar, sin primario filiado”, lo que conduce finalmente a la detección del adenocarcinoma de pulmón. Se observa que “la reclamación

entremezcla todos los síntomas y procesos de la fallecida”, y que “ninguna de las consultas previas al hallazgo de su adenocarcinoma orientaba a (...) otra causa del dolor lumbar que la musculoesquelética”.

Añade este informe que “el adenocarcinoma es un tumor agresivo”, reiterando la habitualidad de la falta de sintomatología inicial de los tumores primarios o la presencia de clínica no orientativa, como el dolor lumbar. Se razona que “desafortunadamente solo la mala evolución de una lumbalgia puede hacernos sospechar otra etiología que la musculoesquelética, como ocurrió en este caso”, en el que la constatación de la insuficiencia de la analgesia tuvo lugar “en los límites temporales que se consideran normales según protocolos”, y solo la aparición de “nueva clínica añadida (parestesias, debilidad motora)” permitió “sospechar la complicación” permitiendo alcanzar el diagnóstico definitivo.

En cuanto a la invocada necesidad de pruebas de detección específicas atendiendo a los antecedentes de la paciente, aclara el Servicio de Urgencias que el adenocarcinoma de pulmón no posee un protocolo de cribado “para familiares en distinto grado de consanguinidad”. El técnico que suscribe la propuesta de resolución puntualiza que “en el adenocarcinoma de pulmón no existe predisposición familiar”, y que en todo caso, tal y como refieren los propios reclamantes y refleja la historia clínica (folio 73), dichos antecedentes eran de “cáncer de próstata” (padre), “tumor de huesos” (madre) y “cáncer gástrico” y “cáncer de colon” (hermanos), pero no de cáncer de pulmón.

En definitiva, los facultativos informantes aprecian razonadamente que se practicaron las pruebas que demandaba la sintomatología presente en cada momento y adecuada al nivel asistencial y a los protocolos de cada servicio interviniente, progresiva y continua durante el mes y medio en el que se sucedieron las diversas pruebas, y que “los estudios radiológicos iniciales estaban dentro de la normalidad”, por lo que desechan la pérdida de oportunidad terapéutica, objetivándose que “la aparición de la dorsolumbalgia por la metástasis sitúa el cáncer pulmonar en un estadio IV, lo que supone

una supervivencia menor del 1 % a los cinco años”, de modo que, tal como concluye el técnico que suscribe la propuesta de resolución, “la evolución habría sido la misma de haberse diagnosticado mes y medio antes”.

Frente a esas apreciaciones, los reclamantes se limitan a formular un juicio *ex post facto*, retrospectivo y sin prueba en el que, tal como puntualiza el Jefe de la Unidad de Urgencias, “entremezclan todos los síntomas y procesos de la fallecida”, careciendo de “base científica alguna” la afirmación de que “los síntomas eran claros desde 2016”, que el especialista informante llega a calificar como “atentado contra el buen juicio clínico que se plantee en la reclamación una evidencia diagnóstica por síntomas vagos cuando el diagnóstico de certeza precisó de varios especialistas y pruebas complementarias”, atendida la dificultad del diagnóstico de cáncer de pulmón en estadios precoces ante lo inespecífico de los síntomas.

Debe advertirse que lo exigible al servicio, tanto en atención primaria como en urgencias, es una atención adecuada a los síntomas por los que la paciente acude, ponderada la respectiva naturaleza de esos servicios ya que el nivel asistencial en cuanto a medios y pruebas no puede equipararse entre unos y otros y considerada la improcedencia de realizar pruebas indiscriminadas o aleatorias o de someter a los enfermos a estudios invasivos ante la menor sospecha, lo que no es asumible por el servicio público sanitario ni se ajusta a los requerimientos del cuidado de la salud. En este supuesto no nos enfrentamos a la falta de respuesta ante una sintomatología persistente y grave que reclama pruebas complementarias en los pacientes que acuden con recurrencia (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 30 de abril de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:1248-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), sino ante unos signos clínicos que encuentran una respuesta musculoesquelética y una dolencia larvada que solo se evidencia cuando ya es inabordable.

En el trámite de alegaciones y a la vista de las periciales incorporadas al expediente -singularmente, el exhaustivo informe del Servicio de

Urgencias-, los reclamantes se limitan a remitirse a la publicación que adjuntan a su escrito inicial y que, tal como ya razonamos, no merece tildarse de pericial, en cuanto que es un estudio general o abstracto alejado del caso concreto que se aborda en los informes incorporados al expediente por la Administración y su compañía aseguradora. En suma, inutilizan el procedimiento administrativo por cuanto, según reiterada jurisprudencia, las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica. Tal forma de proceder, como hemos advertido en casos similares (entre otros, Dictamen Núm. 39/2019), resulta reprobable de tratarse de una posposición deliberada de los elementos probatorios, en la medida en que priva tanto a la Administración frente a la que se reclama como a este Consejo de un análisis contradictorio de los extremos controvertidos y nos obliga, como hemos observado en la Memoria correspondiente al año 2019, a señalar que “nuestro pronunciamiento solo puede sustentarse sobre la base de los informes técnico-médicos que obran en el expediente, todos ellos presentados por la Administración y su compañía aseguradora”.

En las condiciones expuestas, la carencia de elemento probatorio alguno en torno a la mala praxis que se alega nos aboca a concluir que no se acredita la relación de causalidad entre el daño invocado y la actuación de los facultativos. En efecto, todos los informes periciales obrantes en el expediente coinciden en apreciar que no puede considerarse que la sintomatología que presentó la paciente ocasionalmente a lo largo del periodo acotado por sus familiares (entre los años 2016 y 2018) fuera sugestiva del carcinoma detectado en el mes de agosto de 2018. No acreditándose infracción alguna de la *lex artis* decae la pretensión deducida por el fatal desenlace o por una pérdida de oportunidad terapéutica, observándose respecto a esta última que tampoco se objetiva la disponibilidad de una

técnica que hubiera permitido mejorar el pronóstico con una detección más temprana.

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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.