

Dictamen Núm. 175/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 16 de septiembre de 2021, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 31 de mayo de 2021 -registrada de entrada el día 3 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños sufridos como consecuencia del fallecimiento de su madre, que atribuye a un retraso en la determinación del origen de un tumor.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 27 de abril de 2020 el padre de un menor de edad, en “nombre y representación” de este, presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida a la Consejería de Sanidad del Principado de Asturias- por los daños derivados del fallecimiento de su madre, que achaca a la atención dispensada en el servicio público sanitario.

Expone que la madre del reclamante falleció el día 27 de abril de 2019 “a consecuencia de un cáncer mal tratado” por la Consejería de Sanidad.

Desgrana a continuación la “cronología de los hechos”, que comienza con la asistencia prestada el día 21 de abril de 2017 en el Hospital “X”, al que la paciente acude por tos persistente desde el mes de febrero de ese año, detectándosele un “aumento de hilio pulmonar derecho”, por lo que se decide su ingreso para estudio que concluye con el diagnóstico de “adenopatías parahiliares a estudio”. Indica que se inicia entonces tratamiento de quimioterapia entre el “25 de mayo (...) y 15 de octubre de 2017 (...) ante la posibilidad de tratarse de metástasis de cáncer de mama, aún sin saber si se trataba de un cáncer primario de pulmón o metástasis de cáncer de mama, a pesar de que tenía los síntomas de ello”.

Señala que el 2 de mayo de 2017 se realizan nuevas pruebas (broncoscopia y ecobroncoscopia), y que el día 25 de ese mismo mes es atendida en el Servicio de Oncología del referido centro, estableciéndose el diagnóstico principal de “masa hilar derecha compatible con carcinoma primario de pulmón estadio IV” y el diagnóstico secundario de “cáncer de mama estadio IIB en 2013”, que se documenta en el informe de 22 de junio de 2017, en el que se hace constar “dos opciones, la primera de ellas es la posibilidad de un cáncer primario pulmonar en paciente no fumadora o la segunda opción la metástasis de cáncer de mama. Ante la posibilidad de tratarse de metástasis de cáncer de mama se decide iniciar la quimioterapia”.

Refiere el tratamiento seguido hasta el mes de marzo de 2018, momento en que la prueba de imagen realizada (tomografía) “constata reducción de tamaño y fragmentación”, si bien en la misma prueba efectuada el 21 de mayo de 2018 se detecta crecimiento de la masa parahiliar “respecto a estudio previo”. Inicia un nuevo tratamiento de quimioterapia, del que realiza cuatro de cinco ciclos, pues el último se suspende tras la aparición de “tos y acropaquias”. Una nueva TC llevada a cabo el 5 de septiembre de 2018 revela la “aparición de una lesión nodular sólida adyacente a dicha masa de 12 mm”, practicándose

“BAG de la masa pulmonar” el día 14 del mismo mes cuyo resultado es el de “positivo para malignidad, compatible con adenocarcinoma pulmonar”.

Reseña que el día 19 de ese mes se envía el material al Servicio de Oncología del Hospital “Y” a fin de determinar la existencia de mutaciones genéticas y aplicar un tratamiento específico, pero la paciente fallece el día 27 de abril de 2019.

Considera que se ha producido una “negligencia médica”, pues la “prueba definitiva” para el diagnóstico de “adenocarcinoma primario pulmonar” es el BAG pulmonar, que no se lleva a cabo hasta un año y cinco meses después desde el primer diagnóstico. Afirma que si la prueba “se le hubiera realizado con la suficiente antelación no hubiera padecido las lesiones y los efectos secundarios que le ocasionaron los diferentes tratamientos”, sino que “hubiera podido tener quizás más tiempo en disfrutar el resto de su vida, e incluso la posibilidad de haber alargado la misma o haber podido tomar las decisiones que dadas las circunstancias más le interesaban a ella y a su familia”.

Solicita una indemnización ascendiente a noventa y tres mil ciento treinta y cinco euros con treinta céntimos (93.135,30 €).

Acompaña diversa documentación médica y la acreditativa del vínculo materno-filial existente entre el menor de edad y la paciente.

2. Mediante oficio de 9 de junio de 2020, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al interesado 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.

3. Previa petición formulada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III le remite el 8 de julio de 2020 una copia de la historia clínica de la paciente

y los informes emitidos por los Servicios de Medicina Interna, de Neumología y de Oncología del Hospital "X".

Con fecha 17 de agosto de 2020, le envía el informe elaborado por la facultativa del SUAP que certificó el fallecimiento de la paciente.

4. A continuación, figura incorporado al expediente el informe pericial emitido colegiadamente el 17 de enero de 2021 a instancia de la compañía aseguradora de la Administración por dos especialistas, uno de ellos en Oncología Médica y el otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo. Tras detallar diversas consideraciones médicas relativas al cáncer de mama y al cáncer de pulmón, así como al tratamiento de ambos, destacan que "la indicación del tratamiento oncológico se hace de manera meditada, intentando cubrir terapéuticamente las dos opciones etiológicas valoradas desde el primer momento", de modo que "los esquemas terapéuticos utilizados pudieran aplicarse de manera razonable a ambas posibilidades". Según los razonamientos médicos que exponen, concluyen que "la paciente fue correctamente estudiada y tratada", sin que exista pérdida de oportunidad, pues experimentó "una supervivencia global de 23 meses desde el inicio de la quimioterapia", siendo la "esperada para un cáncer de pulmón no microcítico sin mutaciones activadoras, tratado con quimioterapia (...), inferior a dos años". Añaden que "la aparición de efectos secundarios relacionados con el tratamiento oncológico" es consustancial al mismo, precisando que en el caso no concurrieron "toxicidades graves, ni necesidad de ingreso hospitalario".

5. Concluida la instrucción del procedimiento, mediante escrito de 23 de marzo de 2021 el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica al interesado la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

El día 21 de abril de 2021, el representante del interesado presenta un escrito de alegaciones en el que reitera la imputación formulada en la reclamación.

6. Con fecha 4 de mayo de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella razona que la reclamación “se limita a describir el proceso asistencial y a realizar afirmaciones relativas a una presunta negligencia médica y a una pérdida de oportunidad sin apoyo técnico ni argumento alguno”, sin que en las alegaciones formuladas con ocasión del trámite de audiencia, y pese a “toda la pericial incorporada al expediente” se realice ningún “debate (...) de los argumentos técnicos expuestos”. A ello se añade que “en el momento de valoración” de la paciente “en abril de 2017 las alteraciones radiológicas que presentaba eran sugerentes de patología tumoral, motivo por el que se realizaron estudios endoscópicos, broncoscopia y sobre todo una ecobroncoscopia, que es la técnica de elección cuando se aprecian adenopatías hiliares o mediastínicas, ya que no solo sirve como método para diagnosticar la etiología sino que además si se tratase de un carcinoma primario de pulmón también es imprescindible para la estadificación del tumor”, y mediante “la BAG, si fuera posible hacerla porque hubiese lesión pulmonar, solo se obtendría (...) la confirmación histológica del tumor pero no serviría como estadificación”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 31 de mayo de 2021, 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 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), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron. Tratándose de una persona menor de edad, está facultada para actuar en su representación el reclamante, padre del mismo (a tenor de la fotocopia de las hojas del Libro de Familia que obra en el expediente), según lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario.

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 27 de abril de 2020, y el fallecimiento de la madre del interesado tuvo lugar el día 27 de abril de 2019, por lo que basta con acudir al principio *dies a quo non computatur in termino* para concluir que la acción se ha ejercitado 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, aun teniendo en cuenta la suspensión de dicho plazo entre el 14 de marzo y el 1 de junio de 2020, en virtud de lo previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sus prórrogas, y en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 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.- El interesado solicita una indemnización por el perjuicio derivado del fallecimiento de su madre, que atribuye al incorrecto diagnóstico de un adenocarcinoma de pulmón.

La documentación obrante en el expediente acredita que la defunción de la paciente se produjo el día 27 de abril de 2019, por lo que debemos presumir que el óbito ha causado un daño moral a su hijo.

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, y ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que el reclamante no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ha señalado este Consejo Consultivo (por todos, 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 el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de

acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También viene reiterando 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 supuesto examinado se advierte que, a pesar de que incumbe al interesado la carga de la prueba, la reclamación carece de sustrato probatorio alguno, por lo que este Consejo Consultivo ha de formar su convicción sobre la base de los informes técnico-médicos que obran en el expediente.

El reclamante sostiene que ha existido un retraso diagnóstico que ha generado una pérdida de oportunidad a la paciente y daños asociados al tratamiento dispensado, toda vez que el "adenocarcinoma primario pulmonar" no se detectó hasta septiembre de 2018 tras haberse apreciado en el mes de mayo de 2017 una patología "compatible con un cáncer primario pulmonar o posibilidad de metástasis de cáncer de mama", que fue tratada con quimioterapia.

Frente a tales afirmaciones, tanto los informes emitidos durante la tramitación del procedimiento como la documentación de la historia clínica obrante en el expediente evidencian, en primer lugar, que la orientación a la

consideración del tumor como metástasis del cáncer de mama previo estaba médicamente justificada. Así, los especialistas que informan a instancias de la compañía aseguradora explican que en el mes de mayo de 2017 constaba “la presencia de elevación del marcador tumoral CA 15-3 (...), utilizado ampliamente como marcador en cáncer de mama (si bien no es absolutamente específico y puede aumentarse también en otras situaciones, incluida la presencia de cáncer de pulmón)”, añadiendo que “su valor asociado al cáncer de mama es, en general, más relevante en casos donde existe un antecedente de cáncer de mama, como es este”. Este dato, interpretado de forma conjunta con los hallazgos -aparición de lesión torácica maligna- y con las propias circunstancias de la enferma -antecedentes personales como paciente oncológica y su condición de no fumadora-, permite considerar “razonable” la “posibilidad de tratarse de metástasis”. Este diagnóstico preliminar no impidió que se reiterara la realización de pruebas que permitieran establecer con mayor exactitud el origen de la patología detectada, como ocurrió en el mes de octubre de 2018, practicándose durante dicho periodo varias pruebas, y entre ellas una broncoscopia y sobre todo una ecobroncoscopia, que es la técnica adecuada para determinar la etiología y estadificación de un tumor de pulmón. No obstante, también debe tenerse en cuenta que en el informe emitido con fecha 25 de junio de 2020 por la Unidad de Gestión Clínica de Neumología los resultados de la BAG pulmonar, que el reclamante considera como decisiva a los efectos de haber alcanzado un diagnóstico temprano, tampoco serían plenamente concluyentes, puesto que según se recoge en los informes obrantes en el expediente el marcador TTF1, “que sería el que claramente se inclinaría por un adenocarcinoma primario pulmonar, solo se ve en muy ocasionales núcleos celulares”, por lo que, “aunque Anatomía Patológica sugiere un adenocarcinoma pulmonar primario”, tampoco lo considera “una conclusión de certeza absoluta”. Todo ello les lleva a establecer que “las técnicas diagnósticas han estado ajustadas a los criterios habitualmente aceptados en la práctica médica”, resaltando que se decidieron mediante “valoración

multidisciplinar” de los servicios implicados. En todo caso, conviene precisar que los informes que constan en la historia clínica aluden siempre a las diversas opciones etiológicas del diagnóstico; realidad que, precisamente, determinó la continuidad en la búsqueda de la filiación exacta del tumor.

En particular, en relación con la prueba BAG, cuya realización anticipada al mes de mayo de 2017 demanda el interesado como medio para alcanzar un diagnóstico exacto, el informe emitido por el Servicio de Oncología del Hospital “X” con fecha 23 de junio de 2020 aclara que en el momento inicial “la lesión hilar y mediastínica no era accesible por punción bajo TC, estando indicada la realización de EBUS bajo broncoscopia, que se repitió en varias ocasiones para obtener la mayor cantidad de material histológico posible”, añadiendo que el nódulo pulmonar adyacente a la lesión principal detectado en el mes de septiembre de 2018 “sí es accesible bajo TC”, lo que justifica la realización de la BAG, que también se planteó, y descartó, en el mes de mayo de 2017.

En segundo lugar, es necesario destacar que en todo caso se diagnosticó “una neoplasia maligna confirmada histológicamente” que se trató de forma adecuada, al tiempo que resulta incontestable que la dualidad del diagnóstico se abordó procurando un tratamiento que fuera efectivo tanto si se trataba de un cáncer primario como de metástasis del de mama sufrido por la paciente en 2013. El informe del Servicio de Oncología afirma expresamente que “se planteó a la paciente la necesidad de iniciar una quimioterapia lo antes posible por el riesgo de infiltración de las estructuras vasculares mediastínicas, y por ello se decidió utilizar fármacos que fuesen activos tanto para un cáncer primario pulmonar como de mama. En todo momento se la informó de las dudas existentes y estuvo de acuerdo en realizar dicho tratamiento, dado que los fármacos seleccionados eran potencialmente activos para ambos diagnósticos”.

Por otra parte, el mismo informe es también taxativo al manifestar que “la paciente presentaba desde el inicio del proceso diagnóstico en relación a la reclamación una enfermedad irresecable y por tanto incurable,” y que los datos

de supervivencia proporcionados desmienten la existencia de pérdida de oportunidad en el tratamiento, puesto que la supervivencia global ha sido de 23 meses “desde el inicio de la quimioterapia”, siendo “en casos similares (...), para un cáncer de pulmón no microcítico sin mutaciones activadoras, tratado con quimioterapia”, como el padecido por la paciente, “inferior a dos años”.

Atendiendo a los argumentos expuestos, que no son objeto de discusión ni rechazo por parte del reclamante en el trámite de audiencia, cuyas imputaciones no vienen avaladas por ningún soporte pericial, cabe concluir que concurría una incertidumbre diagnóstica acerca de la etiología del tumor, realizándose las pruebas, tratamiento y seguimiento acordes a los indicios y evolución de la enfermedad, y que la confirmación en octubre de 2018 no afectó al tratamiento dispensado, ni a las posibilidades de curación de la paciente.

Sentado lo anterior, como lógica consecuencia resulta, por último, que el daño sufrido por la paciente debido a la administración del tratamiento y consistente en los efectos secundarios del mismo no sería antijurídico, por ser necesario para el abordaje terapéutico de la dolencia. Ello sin perjuicio de que, al tratarse de un daño personalísimo, solo la paciente se encontraría legitimada para reclamarlo, según hemos analizado en el Dictamen Núm. 143/2021, a cuyas consideraciones nos remitirnos.

En este contexto, este Consejo entiende que no se ha acreditado ninguna actuación de los profesionales intervinientes contraria al buen quehacer médico o disconforme con la *lex artis*, pues tanto la práctica de las pruebas como el tratamiento dispensado se ajustaron a las guías clínicas aplicables a la incertidumbre diagnóstica justificada y sin que cesara la búsqueda de pruebas del origen del tumor.

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.