Dictamen Núm. 134/2023

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
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 15 de junio de 2023, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

"El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 20 de febrero de 2023 -registrada de entrada el día 27 del mismo mes-, 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 esposa y madre, respectivamente, que atribuyen a la deficiente asistencia prestada por el servicio público de salud.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 14 de julio de 2022, los interesados -esposo e hijos de una paciente- presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia sanitaria prestada por el servicio de salud a su familiar.

Señalan que el 15 de julio de 2021 se les trasladó un "informe (…) del Centro …… en el que se concluye con un diagnóstico de carcinoma de pulmón no

oat cell tipo carcinoma de célula grande estadio IV", y que la paciente fallece el día 30 de octubre de 2021 en el Hospital "X" a causa del mismo.

Reseñan que la enferma "acudió en repetidas ocasiones con anterioridad al 15 de julio de 2021 a (…) Urgencias del Hospital "Y" y a consultas ambulatorias en las que no se le diagnosticó el proceso oncológico que sufría, pese a lo avanzado de su estado. Fue esta falta de diagnóstico previo y tardío (la) que agravó considerablemente su enfermedad y lo que nos lleva a concluir que concurre el título de imputación de responsabilidad patrimonial que reclamamos por mala praxis en la asistencia médica prestada" en este centro hospitalario.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Denuncian "un claro error de diagnóstico y (...) terapéutico al no ser diagnosticada ni tratada a tiempo la patología sufrida (…) que agravó su enfermedad con el resultado final./ La falta de diagnóstico oportuno del carcinoma grado IV por parte del Hospital "Y" sería considerada en la jurisprudencia (…) una pérdida de oportunidad (…), pérdida de calidad de vida y penosidad en los últimos momentos de su vida tanto para ella como para su familia".

Advierten que "un diagnóstico más precoz (…) y consecuentemente una más rápida aplicación del tratamiento adecuado hubiera evitado dolor (y) molestias, así como una mayor expectativa de vida sin descartar la curación completa de la patología", poniendo de manifiesto que la perjudicada "sufrió un enorme padecimiento hasta su deceso y un importante daño moral para sus familiares derivado del período en que padeció graves dolencias y procesos dolorosos sólo aliviados parcialmente por la fuerte medicación que se le administraba".

Solicitan, sirviéndose de las cuantías por fallecimiento recogidas en el baremo de accidentes de tráfico, una indemnización por importe total de ciento noventa y ocho mil cuatrocientos setenta euros (198.470 €), de los cuales 121.283 € corresponderían al viudo y 25.729 € a cada uno de los tres hijos.

Adjuntan copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Libro de Familia. b) Certificado de defunción de la paciente. c) Informe del Centro …… de

1 de julio de 2021, en el que se señala que la paciente había ingresado en dicho centro el 16 de junio de 2021 por un cuadro de insuficiencia respiratoria, con radiografía de tórax normal y buena respuesta al tratamiento pautado, estableciéndose el diagnóstico de carcinoma de pulmón estadio IV PDL-1 y derivándola al Hospital "Y", donde es seguida por el servicio de Oncología Médica hasta su fallecimiento el 30 de octubre de 2021.

2. Mediante oficio de 16 de agosto de 2022, la Jefa de la Sección de Apoyo del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, el nombramiento de instructor del procedimiento, el plazo para resolver y los efectos del silencio administrativo.

3. El día 19 de septiembre de 2022, la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica de la paciente relativa al proceso de referencia y un informe del Servicio de Urgencias del Hospital "Y".

En la historia clínica consta que acudió al Servicio de Urgencias del citado centro el 20 de mayo de 2021 "por dolor abdominal y lumbar izquierdo con irradiación hacia la ingle de 24 h", no sintomatología respiratoria, se practica ecografía abdominal en la que sólo se observa una diverticulosis sin signos inflamatorios agudos, presenta mejoría clínica con la analgesia pautada por lo que es alta con "observación domiciliaria".

En el informe del Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias del Hospital "Y", de 16 de septiembre de 2022, se señala que "desde el mes de agosto de 2018 al 15 de julio de 2021, en el que según la reclamación se alcanzó el terrible diagnóstico de la enfermedad que posteriormente causó el fallecimiento de la paciente, sólo fue atendida en el (Hospital `Y´) en una ocasión, el 20 de mayo de 2021, (en) que acudió a nuestro Servicio refiriendo un cuadro clínico de dolor abdominal./ Durante su estancia (…) se le realizaron las pruebas diagnósticas indicadas en la atención urgente de un cuadro clínico de

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

dolor abdominal./ Se le dio el alta tras mejoría sintomática completando un proceso asistencial que se ajustó en todo momento a la *lex artis"*.

4. Con fecha 18 de octubre de 2022 se emite informe pericial a instancia de la compañía aseguradora de la Administración. En él se advierte que, "en contra de lo manifestado en la reclamación", el día 20 de mayo de 2021 "la paciente no presenta ninguna clínica respiratoria durante toda su estancia en Urgencias que haga sospechar la necesidad de realizar estudios complementarios dirigidos a descartar un cáncer de pulmón", y que dicho Servicio efectuó "las pruebas complementarias adecuadas a la clínica inicial y motivo del ingreso, sin objetivarse ninguna actuación incorrecta ni daño fruto de su actuación". Señala que "no constan más seguimientos previos ni en consultas externas ni en Urgencias del (Hospital `Y´) cercanos al período asistencial objeto de (…) reclamación", aunque sí "un seguimiento médico e ingresos múltiples (algunos recientes sin especificar las fechas) en el Centro ……, centro sanitario ajeno" al Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Se observa que la paciente "padecía al momento del diagnóstico el 10 de junio de 2021 un carcinoma de pulmón primario en estadio IV, esto es, el estadio más avanzado posible, por lo que no existe ninguna opción terapéutica con intención curativa y el tratamiento recomendado es la quimioterapia en un intento de minorar la inevitable progresión tumoral", por lo que "el supuesto retraso diagnóstico reclamado no ha generado ninguna pérdida de oportunidad terapéutica puesto que, 39 días antes, el 20 de mayo de 2021, cuando (…) fue vista en Urgencias del (Hospital `Y´), su situación clínica hubiese sido similar".

Se concluye que la actuación de los profesionales del Hospital "Y" que evaluaron a la paciente fue "totalmente acertada y ajustada a la normopraxis (…), sin existir ningún retraso diagnóstico que condicione ninguna pérdida de oportunidad diagnóstica ni terapéutica".

5. Mediante oficio notificado a los reclamantes el 2 de noviembre de 2022, se les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

No consta en el expediente que los interesados hayan formulado alegaciones.

6. Con fecha 27 de diciembre de 2022 el Instructor del procedimiento, tras analizar el contenido de los informes del servicio que atendió a la paciente, hace suyas las conclusiones del informe pericial que obra en el expediente y elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de febrero de 2023, 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, adjuntado a tal fin copia adverada del mismo en soporte digital.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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.

Se observa que los interesados accionan sustancialmente por el daño moral derivado de la pérdida del ser querido, que cuantifican conforme a las reglas que el baremo de referencia establece para los supuestos de fallecimiento. Ciertamente, en su reclamación aluden también a la "penosidad en los últimos momentos de su vida" y mencionan que la fallecida "sufrió un enorme padecimiento hasta su deceso" -perjuicios estos que habrían de reclamar como sucesores, no como familiares-, pero dado que comparecen en esta última condición (como viudo e hijos) y el *quantum* resarcitorio se formula por referencia al hecho de la muerte, no se estima adecuado que se les requiera ahora para acreditar su condición de herederos.

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 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 14 de julio de 2022, habiendo tenido lugar el fallecimiento del que trae origen el día 30 de octubre de 2021, por lo que es claro 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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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, concurran, 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.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que los interesados reclaman la indemnización del daño sufrido por el fallecimiento de un familiar al que no se le detectó precozmente un carcinoma de pulmón.

Acreditada la realidad del óbito y los vínculos familiares entre quienes ejercitan la acción y la persona fallecida, cabe presumir la existencia del daño cuya indemnización se reclama. Ahora bien, como venimos reiterando, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público 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 y si ha de reputarse antijurídico.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 211/2021), 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*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por los reclamantes es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina 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 previo estado del paciente o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

También ha subrayado este Consejo 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 esos 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.

Pese a ello, los interesados no han desarrollado en vía administrativa actividad probatoria alguna en relación con la supuesta mala praxis asistencial, limitándose a aportar el informe clínico del centro médico que detectó el tumor en junio de 2021 y a afirmar -sin ulterior concreción ni sustento pericial- que la fallecida no fue "diagnosticada ni tratada a tiempo la patología sufrida", y que "un diagnóstico más precoz (…) y consecuentemente una más rápida aplicación

del tratamiento adecuado hubiera evitado dolor (y) molestias, así como una mayor expectativa de vida, sin descartar la curación completa de la patología".

Frente a esa vaga imputación, los informes médicos incorporados a las actuaciones se detienen en el detalle del proceso asistencial, puntualizando el del Servicio de Urgencias que "desde el mes de agosto de 2018 al 15 de julio de 2021, en el que según la reclamación se alcanzó el terrible diagnóstico de la enfermedad que posteriormente causó el fallecimiento" de la paciente, "sólo fue atendida en el (Hospital `Y´) en una ocasión, el 20 de mayo de 2021, en que acudió a nuestro Servicio refiriendo un cuadro clínico de dolor abdominal./ Durante su estancia (…) se le realizaron las pruebas diagnósticas indicadas en la atención urgente de un cuadro clínico de dolor abdominal./ Se le dio el alta tras mejoría sintomática completando un proceso asistencial que se ajustó en todo momento a la *lex artis"*. Estas apreciaciones se corroboran a la vista de la historia clínica, en la que consta que la enferma acudió al Servicio de Urgencias el 20 de mayo de 2021 "por dolor abdominal y lumbar izquierdo con irradiación hacia la ingle de 24 h", sin sintomatología respiratoria, se le practica una ecografía abdominal en la que sólo se observa una diverticulosis sin signos inflamatorios agudos, y al presentar mejoría clínica con la analgesia pautada es alta con "observación domiciliaria".

En el informe pericial librado a instancias de la compañía aseguradora se concluye también que el día 20 de mayo de 2021 "la paciente no presenta ninguna clínica respiratoria durante toda su estancia en Urgencias que haga sospechar la necesidad de realizar estudios complementarios dirigidos a descartar un cáncer de pulmón", y que dicho Servicio efectuó "las pruebas complementarias adecuadas a la clínica inicial y motivo del ingreso", incidiendo igualmente en que "no constan más seguimientos previos ni en consultas externas ni en Urgencias del (Hospital `Y´) cercanos al período asistencial objeto de (…) reclamación", aunque sí "un seguimiento médico e ingresos múltiples (algunos recientes sin especificar las fechas) en el Centro ……, centro sanitario ajeno" al Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Reducida a ese episodio del 20 de mayo de 2021 la asistencia dispensada por la sanidad pública, se repara en que los interesados invocan una pérdida de oportunidad -de tratamiento o terapéutica-, mereciendo subrayarse que cuando se reclama por una pérdida de oportunidad no sólo ha de acreditarse una mala praxis médica sino también la puntual disponibilidad de una técnica que, aplicada al caso concreto, hubiera conducido a un mejor resultado, en este caso a evitar el fallecimiento.

Al respecto, la pericial elaborada a instancias de la entidad aseguradora constata -sin elemento o alegación que lo contradiga- que la paciente "padecía al momento del diagnóstico el 10 de junio de 2021 un carcinoma de pulmón primario en estadio IV, esto es, el estadio más avanzado posible, por lo que no existe ninguna opción terapéutica con intención curativa y el tratamiento recomendado es la quimioterapia en un intento de minorar la inevitable progresión tumoral", poniendo de relieve que "el supuesto retraso diagnóstico reclamado no ha generado ninguna pérdida de oportunidad terapéutica puesto que, 39 días antes, el 20 de mayo de 2021, cuando la paciente fue vista en Urgencias del (Hospital `Y´), su situación clínica hubiese sido similar". Nada oponen los reclamantes a esta consideración médica que aboca a la desestimación de la pretensión resarcitoria.

Desestimada la reclamación al no objetivarse una pérdida de oportunidad terapéutica, se advierte que tampoco se acredita en el proceso asistencial infracción alguna de la *lex artis*. Tal como hemos señalado en ocasiones anteriores (entre otras, Dictamen Núm. 137/2020), lo exigible es una asistencia adecuada a los síntomas por los que el paciente acude, "ponderada la respectiva naturaleza de esos servicios (…) 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". Durante la estancia de la enferma en el Servicio de Urgencias las pruebas practicadas fueron las adecuadas a la sintomatología abdominal por la que acude, sin evidencia de clínica respiratoria, a tenor de todas las periciales obrantes en las

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

actuaciones, sin que los reclamantes hayan opuesto una consideración razonada ni identifiquen siquiera el momento en que debió procederse de otro modo, la alternativa que debió adoptarse o las pruebas indebidamente omitidas.

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,

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.