

Expediente: 3/2017

Objeto: Responsabilidad patrimonial de la Administración Foral de Navarra por asistencia sanitaria.

Dictamen: 10/2017, de 27 de marzo de 2017

DICTAMEN

En Pamplona, a 27 de marzo de 2017,

el Consejo de Navarra, integrado por don Alfredo Irujo Andueza, Presidente; doña Socorro Sotés Ruiz, Consejera-Secretaria; doña María Ángeles Egusquiza Balmaseda, don José Luis Goñi Sein y don José Iruretagoyena Aldaz, consejera y consejeros,

siendo ponente doña M^a Ángeles Egusquiza Balmaseda,

emite por unanimidad el siguiente dictamen:

I. ANTECEDENTES

I.1^a. Consulta

El día 11 de enero de 2017 tuvo entrada en el Consejo de Navarra un escrito de la Presidenta de Comunidad Foral de Navarra en el que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15.1, en relación con el artículo 14.1 de la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra (desde ahora, LFCN), se recaba la emisión de dictamen preceptivo sobre responsabilidad patrimonial de la Administración Foral de Navarra, presentada por doña..., por presuntos daños y perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios, solicitado por la Orden Foral 676E/2016, de 23 de diciembre, del Consejero de Salud.

A la solicitud se acompaña el expediente administrativo tramitado como consecuencia de la indicada reclamación de responsabilidad patrimonial, incluyéndose la propuesta de resolución del Director Gerente del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea y la Orden Foral 676E/2016, de 23 de

diciembre, del Consejero de Salud, en la que se ordena la solicitud del dictamen preceptivo de este Consejo.

I.2ª. Antecedentes de hecho

Reclamación de responsabilidad patrimonial

Por escrito de 27 de abril de 2016, la representación letrada de doña..., formula reclamación de responsabilidad patrimonial al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea, “por pérdida de oportunidad”, solicitando una indemnización de ciento ochenta mil euros (180.000 euros).

La reclamación refiere como hechos relevantes los siguientes.

Con fecha 14 de abril de 2015 se emitió un informe en el que se hacía constar que doña... presentaba lesiones modulares blandas en cuero cabelludo de ocho meses de evolución ligeramente doloras.

En su historial clínico se señala que acudió de forma reiterada al Servicio Navarro de Salud hasta que fue ingresada por urgencias en el..., con el diagnóstico de “enfermedad metastática generaliza con metástasis óseas en esqueleto axial y periférico probable afectación tumoral hepática y suprarrenal de probable origen pulmonar”.

Con fecha de 11 de mayo de 2015, se le efectuó ingreso programado para realizarle una biopsia diseminada, siguiéndose programa de radioterapia craneal.

En fecha 26 de noviembre de 2015 acudió a control, emitiéndose un informe de su exploración.

En la historia clínica se recogen los siguientes datos:

- “Quiste sebáceo en cuero cabelludo de fecha 23 de 12 de 2014.
- Cefaleas fecha 14 de abril de 2015.
- 22 de abril, dolor muscular.
- 29 de abril de 2015, dolor en el cuello y riñones, visión borrosa en ambos ojos, zumbido oído izquierdo, mucho dolor.

- Acude a SUE atención el 29 de abril de 2015. Muy llorosa con quejas múltiples de la atención sanitaria.
- 5 de mayo de 2015. Neoplasia Pulmonar metástasis, estadio IV, afección ósea, pulmonar, hepática”.

En el escrito se indica que, a la vista del historial clínico, el Servicio Navarro de Salud no agotó los medios disponibles para un diagnóstico diferencial, cuando la paciente era estable; lo que hubiera incrementado las posibilidades de instaurar un tratamiento que, según la literatura, hubiera incrementado su esperanza de vida entre seis meses y un año. Se estima que la demora en el diagnóstico de la enfermedad supone una pérdida de oportunidad en la aplicación de tratamientos médicos o quirúrgicos que hubieran prolongado la vida de la reclamante.

Se afirma que se cumplen los requisitos legalmente previstos para exigir al Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea la correspondiente responsabilidad patrimonial y se cita diversa jurisprudencia sobre los requisitos que han de concurrir para que se estime dicha responsabilidad, el sometimiento de la asistencia sanitaria al criterio de la “*lex artis*”, la referencia genérica de los parámetros a ponderar para advertir la existencia de una pérdida de oportunidad, y los criterios de valoración para la cuantificación del daño moral en el supuesto de pérdida de oportunidad de carácter subjetivo; señalándose que se puede acudir con carácter orientativo al baremo del Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor.

La reclamación se concluye con la solicitud de que se indemnice a la reclamante con la cantidad de ciento ochenta mil euros (180.000 euros) por pérdida de oportunidad, en atención a que durante meses acudió a los servicios de atención primaria y no se le realizaron pruebas, habiéndose quejado por ello, y realizarse éstas en Urgencias.

Iniciación del procedimiento

Por Resolución 38/2016, de 20 de mayo, del Jefe del Servicio de Régimen Jurídico del Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea se acordó: 1º) admitir a trámite la reclamación de responsabilidad patrimonial, asignándole

el número de expediente 19553/2016; 2º) nombrar instructora del procedimiento; 3º) informar a la interesada de los efectos que se podían derivar de la reclamación presentada respecto al acceso a los datos de su historia clínica; 4º) informar del plazo máximo para resolver y notificar la resolución del procedimiento en seis meses a contar desde el 3 de mayo de 2016, así como de los efectos del silencio administrativo con la desestimación de la solicitud e inicio del plazo de seis meses para la interposición del recurso contencioso-administrativo; y 5º) dar traslado de la resolución a la instructora del procedimiento y su notificación a la representación letrada de la reclamante.

Instrucción del procedimiento: historia clínica

Iniciada la instrucción, se solicitó al Gerente del... una copia de la historia clínica de doña... relacionada con los hechos relatados; al Jefe del Servicio de Medicina Interna del..., que emitiera informe sobre la demora en el diagnóstico y la pérdida de oportunidad, en su caso; y a la Directora del Equipo de Atención Primaria de..., que enviara una copia de la historia clínica y un informe sobre la atención sanitaria recibida por la reclamante de los profesionales del E.A.P de...

De la documentación clínica aportada cabe destacar, a los efectos de este dictamen, como más relevantes y significativos los siguientes hechos:

Doña..., el 23 de diciembre de 2014, acudió a su médico de atención primaria (MAP) en el centro de salud de... por “Bultoma en el cuero cabelludo desde hace tres meses, doloroso aunque cada vez menos. EF: cabeza: bultoma doloroso. Lipoma o ganglio?”. En ese momento contaba con 54 años y era fumadora de un paquete de tabaco al día.

El 28 de enero de 2015 volvió refiriendo que se había producido un aumento de tamaño de aquel, solicitándose una TAC para su caracterización.

El 26 de marzo de 2015 se le derivó a dermatología, habiendo acudido a su MAP por dolor lumbar. El diagnóstico de la lesión craneal fue:

“Compatible con lipoma (cuero cabelludo). Lipomatosis simétrica benigna. Enfermedad de Madelung”. Se dispuso su control por su médico de atención primaria.

El 13 de abril volvió por la aparición de más bultos en cuero cabelludo y otro retroauricular derecho. Refería dolor intermitente cervical desde el momento en el que apareció el bulto y notaba cambios en el tamaño acompañado con cefalea.

El 14 de abril de 2015 fue atendida en dermatología. Se le realizó biopsia de una de las lesiones con el diagnóstico anatomopatológico de lipoma. El diagnóstico final fue de lipomatosis simétrica benigna, enfermedad de Madelung.

El 22 de abril de 2015 acudió para ser visitada por la enfermera por cera excesiva en el conducto auditivo externo. En esa fecha, 22 de abril de 2015, se le remitió a reumatología.

El 29 de abril de 2015 fue valorada por dolor en el cuello de varios días de evolución, con visión borrosa y zumbido en el oído izquierdo. Según el informe médico: “Se le tomaron las constantes que fueron normales, además de glucemia capilar. En la exploración tenía un tapón de cera en el oído izquierdo, la AP normal. Estaba muy quejosa y tenía ese mismo día consulta en reumatología”.

El 29 de abril de 2015 se le solicitó una RX de tórax. En los resultados de la RX, de fecha 30 de abril de 2015, se le apreció “opacidad pseudonodular en LM, con alteración del tercer acto costal anterolateral derecha de nueva aparición y un aplastamiento vertebral dorsal”. Se llamó a la paciente para ampliar el estudio a fin de descartar proceso tumoral, siendo remitida de urgencias al hospital.

El 1 de mayo de 2015 se le ingresó para efectuar el estudio de la lesión pulmonar. En ese momento refería malestar general, acúfenos constantes en el oído izquierdo, y pérdida de visión en los 3 últimos días. Cefalea

holocraneal. Dolor intenso dorsal. No clínica respiratoria. Estaba en tratamiento con anxiolíticos y fluoxetina.

En la exploración presentaba un bultoma retroauricular izquierdo doloroso a la palpación. La percusión en columna vertebral era dolorosa con contractura paravertebral cervical. No tenía otras alteraciones en la exploración.

Se le realizó una TAC craneal el 5 de mayo de 2015 que mostró lesiones líticas con expansión y disrupción de ambas tablas diploicas y con masa de partes blandas asociada además de nódulos intraparenquimatosos. La conclusión a la vista de la TAC fue “metástasis óseas craneales con extensión de partes blandas epicraneales, invasión dural y orbitaria. Metástasis cerebrales a nivel temporal izquierdo, cápsula interna derecha y hemisferio cerebeloso izquierdo”.

El diagnóstico final resultó adenocarcinoma de pulmón estadio IV con afectación hepática y ósea con mutación EGFR, siendo remitida para tratamiento a Oncología y Radioterapia.

Informes

A solicitud de la instructora del procedimiento ha emitido informe el Jefe de Servicio de Medicina Interna del..., con fecha 15 de junio de 2016, en el que refiere que a la paciente-reclamante se le ingresó procedente de Urgencias en el Servicio de Medicina Interna del... el 1 de mayo de 2015 con diagnóstico de malestar general, dolores esqueléticos y hallazgos radiológicos a estudio (nódulo pulmonar y un aplastamiento vertebral dorsal), por lo que se le indicó ingresar para ampliar estudio. Se le solicitó estudio analítico y se le amplió al radiológico, “objetivando enfermedad neoplásica generalizada con metástasis óseas esqueleto axial y periférico, probable afectación tumoral hepática suprarrenal, con sospecha de posible origen pulmonar”. También se solicitó consulta a Oncología radioterápica, así como la realización de biopsias (craneal y hepática), con resultado de “celularidad maligna compatible con Adenocarcinoma de pulmón”. Se acordó el alta

hospitalaria y citación preferente en consultas de Oncología para seguimiento y tratamiento específico.

Por su parte, en el informe solicitado a la actual Responsable Médica de Familia del Equipo de Atención Primaria de..., de fecha 17 de junio de 2016, se indica respecto a la atención dispensada a doña... que:

“Parece que consultó por primera vez por sus nódulos en cuero cabelludo el 23-12-14 (ver copias del historial).

Se derivó a Dermatología el 26-3-15 para valoración de los nódulos en cuero cabelludo siendo visitada en dicho Servicio el 14-4-16 realizándose biopsia-punch de alguna lesión con diagnóstico anatomopatológico de lipoma (24-4-15).

El 22-4-16 fue derivada a Reuma por dolor muscular, no hay nada más escrito en la historia clínica Atenea, siendo valorada por reumatóloga el 29-4-16 indicándole varias pruebas complementarias, entre ellas una RX tórax, donde apareció lesión en LM dcho por la que se le derivó a Urgencias hospitalarias mediante llamada telefónica”.

Dictamen médico

Consta en el expediente el informe pericial emitido por... (...).

En el dictamen médico de fecha 28 de septiembre de 2016, suscrito por una especialista en Medicina Interna y en Neumología, Licenciada en Medicina y Cirugía, además de en Derecho, se efectúa un resumen detallado de la historia clínica, se realizan diversas consideraciones médicas relativas al caso y se analiza la praxis médica que se siguió con doña....

La pericial destaca la alta tasa de mortalidad del carcinoma de pulmón, su directa vinculación con el tabaquismo y la incapacidad de diagnosticarlo precozmente.

Así, se apunta que se han llevado a cabo numerosos intentos de poner a punto métodos de diagnóstico precoz del cáncer pulmonar, de modo que se pudiera controlar su mortalidad, incluso contando con que la incidencia permaneciese estable, al modo de lo que sucede con el cáncer de mama y las mamografías rutinaria, pero que todos los intentos con radiografías de tórax, citología de esputo y tac de tórax han fracasado hasta la fecha, de

manera que el de pulmón continúa siendo una enfermedad imposible de diagnosticar precozmente, y solo curable cuando el diagnóstico se realiza en fase operable a causa de factores azarosos. Dos de cada tres cánceres de pulmón se diagnostican en fase diseminada, mortal e incurable.

Se describen los distintos tipos de carcinoma de pulmón y su progresión, subrayándose que “pueden pasar del orden de 3 a 4 años antes de que se desarrolle un tumor clínicamente aparente desde la fase de carcinoma in situ”.

En cuanto a la clínica del cáncer del pulmón, se indica que: “Los síntomas más comunes por la frecuencia con que aparecen son: astenia, tos, disfonía, anorexia, pérdida de peso, dolor torácico y hemoptisis. Ya con menos frecuencia pueden aparecer: expectoración, dolor óseo, fiebre y disfonía. En el momento del diagnóstico están sintomáticos el 12% de los pacientes”. También se señala que: “Las metástasis pueden producirse por vía linfática o a través de los vasos sanguíneos y en ocasiones son tan precoces que la sospecha clínica se hace después de diagnosticar una metástasis en otro órgano”.

Se refiere con detalle la incidencia de las metastatizaciones en otros órganos o partes del cuerpo, síntomas relevantes de diagnóstico y las técnicas aplicables para pronosticar los distintos tipos conocidos de cáncer de pulmón.

El informe analiza la praxis médica seguida en el presente caso. Señala que la reclamación de la atención médica requerida por la paciente fue motivada por “lesión en cuero cabelludo en diciembre de 2014”. Volvió en enero y se le solicitó una TAC de cráneo. En marzo aparecieron más lesiones y se le remitió a Dermatología, realizándose estudio histológico mediante biopsia. En mayo se realizó la TAC de cráneo que demostró afectación ósea y cerebral sugestiva de metástasis.

También se señala que la reclamante pertenecía al grupo de población con mayor riesgo de padecer cáncer pulmón, a tenor de su edad y consumo previo de tabaco, aunque advierte que “la paciente no presentó en ningún

momento sintomatología respiratoria que pudiera orientar a la búsqueda de una patología pulmonar. La queja inicial fue la aparición de un bulto en cuero cabelludo, por lo que se orientó el estudio de una lesión de estas características”.

Por último, a la vista de los datos obrantes en la historia clínica y valoración del “TNM staging system”, se afirma que en la reclamante “el estadio del tumor era exactamente el mismo en enero que en mayo, un estadio IV”. Adjunta una gráfica indicativa de la supervivencia según los diferentes estadios, refiriendo que la supervivencia a 5 años en el estadio IV es del 2%.

Las conclusiones del informe son las siguientes:

“1. ... acudió a su MAP por una lesión en cuero cabelludo en diciembre del 2014, de apariencia benigna en la exploración.

2. Volvió en enero por crecimiento de la vista y su MAP solicitó un TAC de cráneo.

3. Volvió en marzo por aparición de nuevas lesiones por lo que fue remitida a dermatología.

4. En abril se biopsia una de las lesiones siendo diagnosticada histológicamente de lipoma, por lo que fue diagnosticada de lipomatosis benigna, asumiendo que las demás lesiones eran similares.

5. Es decir: su MAP atendió a la queja de la paciente y realizó todos los estudios posibles: anatomopatológico y radiológico de las lesiones. En ningún momento se puede decir que no fue atendida por el problema que refería.

6. En abril la paciente refirió a su MAP mal estado general, cefalea, molestias auditivas, sin ninguna sintomatología respiratoria además del dolor cervical por lo que había sido referida a reumatología.

7. El reumatólogo solicitó una RX de tórax que mostró una imagen pulmonar sugestiva de cáncer de pulmón con afectación ósea.

8. Fue ingresada desde el 1 de mayo siendo diagnosticada de adenocarcinoma de pulmón estadio IV con afectación hepática, ósea, cerebral y de partes blandas en alguna de las lesiones del cuero cabelludo.

9. Por tanto el estadio de cáncer en enero era el mismo que el de mayo, estadio IV, sin cambio en las expectativas de supervivencia”.

Como conclusión final se indica que: “La atención recibida por... fue correcta y ajustada a “*lex artis*” en todo momento”

Trámite de audiencia y alegaciones

Mediante oficio de fecha 27 de octubre de 2016, la instructora del procedimiento dio trámite de audiencia a la interesada por un periodo de diez días hábiles para la presentación de nuevas alegaciones, presentación de otros documentos y las justificaciones que se estimaran pertinentes. Asimismo, se le facilitó copia de la historia clínica remitida por el Gerente del... y la doctora de familia del Equipo Médico de Atención Primaria de..., el informe emitido por F.E.A. del Servicio de Medicina Interna del citado Complejo, así como del informe médico pericial emitido por la especialista de Medicina Interna y Neumología de...

Por escrito de 14 de noviembre de 2016, la reclamante presentó alegaciones insistiendo en la existencia de una pérdida oportuna que le privó a doña... de “la oportunidad de determinar el tratamiento correcto a la vista de las pruebas que se le debieron”. Se estima que la prestación sanitaria realizada el 22 de diciembre de 2014 fue incorrecta, ya que en el “informe médico no se hizo ninguna anotación sobre la concreta exploración física practicada de modo que se desconoce si pudo o no constatar la existencia de otros síntomas, aparte de los relacionados por el afectado, que hubiera podido definir más el diagnóstico”; y se afirma que “la asistencia sanitaria no fue acorde con la “*lex artis*” porque diagnosticó el quiste del cuero cabelludo y hasta seis meses después no se le detecta la metástasis cerebral”.

Propuesta de resolución

La propuesta de resolución, precedida de un informe jurídico de la que es fiel reflejo, desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta por doña..., por los daños sufridos como consecuencia de la demora en el diagnóstico por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea del cáncer que padece.

Tras referir los antecedentes de hecho, su fundamentación analiza la concurrencia de los requisitos necesarios para que proceda la responsabilidad patrimonial, la reiterada doctrina sobre el cumplimiento de la “*lex artis*” en la determinación de una actuación médica correcta, así como las consideraciones y las conclusiones ya referidas del informe médico de... de fecha 28 de septiembre de 2016. También se abunda en que las alegaciones presentadas se limitan a relatar los hechos, sin que se haya presentado prueba alguna que acredite la reclamación.

De todo ello se concluye que no ha quedado probado que, en el presente caso, exista un daño antijurídico que la interesada no tenga el deber jurídico de soportar, y del que se pueda derivar responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos, ni la existencia de una relación de causalidad entre la actuación médica y el resultado dañoso padecido.

II. CONSIDERACIONES JURÍDICAS

II.1ª. Objeto y carácter preceptivo del dictamen. Tramitación del expediente

La presente consulta versa sobre una reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta doña..., por presuntos daños y perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios públicos como consecuencia de la demora en el diagnóstico de un “adenocarcinoma de pulmón estadio IV”. Es ésta una consulta, en un expediente de responsabilidad patrimonial en materia sanitaria, de un organismo autónomo dependiente de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

El artículo 16.1.i) de la LFCN, vigente en el momento de realizarse la petición de dictamen, ordenaba que se consultara al Consejo de Navarra en los expedientes administrativos tramitados por la Administración de la Comunidad Foral de Navarra en los que la ley exija el dictamen de un órgano consultivo, que se refieran, entre otras, a “reclamaciones de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a veinte millones de pesetas” (120.202.42 €).

En consecuencia, el presente dictamen se emite con carácter preceptivo en cumplimiento de lo establecido en el artículo 16.1.i) de la LFCN, precepto aplicable por razones temporales, ante la ausencia de previsiones específicas en la Ley Foral 8/2016, de 9 de junio, sobre el Consejo de Navarra, sobre los procedimientos ya iniciados, y por extensión analógica de lo establecido en la disposición transitoria segunda de la Ley Foral 15/2004, de 3 de diciembre, de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra (en adelante, LFACFN), y la disposición transitoria segunda de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC).

En consecuencia, el Consejo de Navarra emite este dictamen como preceptivo, pues la consulta atañe a una reclamación de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 120.202,42 euros.

De otra parte, en orden a la determinación del órgano competente para resolver, a tenor de lo dispuesto en el artículo 116 de la LFACFN, la resolución de los procedimientos de responsabilidad patrimonial corresponderá al Presidente o Director Gerente de los respectivos organismos autónomos de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

En cuanto a la tramitación del presente procedimiento, se han incorporado al expediente los documentos necesarios para conocer las circunstancias a tener en cuenta en la atención prestada a la reclamante, obrando en el mismo su historial clínico, los informes emitidos por los distintos servicios médicos, así como el informe médico pericial emitido por... Se ha dado trámite de audiencia, con traslado de copias de los informes obrantes en el expediente y acceso al historial médico, presentado la interesada las alegaciones que ha considerado oportunas, todo ello previo a la formulación de la propuesta de resolución.

Finalmente, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 24 de la LFCN, se ha dado audiencia a la interesada, no recibéndose en el plazo concedido al efecto, alegación alguna.

Con base en todo ello, consideramos que se ha dado cumplimiento a la normativa aplicable, por lo que el procedimiento seguido se considera correcto.

II.2ª. La responsabilidad patrimonial de la Administración: regulación y requisitos

La responsabilidad patrimonial de la Administración actúa, en buena medida como una institución de garantía de los ciudadanos.

Contemplada en el artículo 106.2 de la Constitución, encontró su desarrollo normativo en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJ-PAC), modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y actualmente disciplinada en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y en los artículos 76 y siguientes de la LFACFN, en los que se contienen las normas procedimentales aplicables en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra.

El punto de partida lo constituye el artículo 139.1 de la LRJ-PAC, aplicable al caso por razones temporales, a cuyo tenor 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.

Los requisitos necesarios y constitutivos de la responsabilidad patrimonial de la Administración son: el daño o lesión patrimonial, su antijuridicidad, su imputación a la Administración como consecuencia del funcionamiento de sus servicios, y la relación de causalidad entre la acción producida y el resultado dañoso ocasionado.

La carga de la prueba de los hechos necesarios para que exista responsabilidad corresponde a quien reclama la indemnización y, en cambio,

corre a cargo de la Administración la prueba del correcto funcionamiento del servicio o de la existencia de fuerza mayor o de circunstancias demostrativas de la existencia de dolo o negligencia de la víctima suficientes para considerar roto el nexo de causalidad (como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2000).

II.3ª. En particular, la antijuridicidad del daño y cumplimiento de la “*lex artis*”

Conforme al artículo 141.1 de la LRJ-PAC, “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 aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Como este Consejo ha señalado en dictámenes anteriores (entre otros, 36/2015, de 1 de diciembre, 8/2016, de 25 de enero, y 49/2016, de 21 de octubre), el sistema legal de responsabilidad patrimonial de la Administración viene dotado de naturaleza objetiva, pero cuando nos encontramos ante una prestación pública en el ámbito sanitario la traslación mecánica del principio de objetividad puede provocar resultados no sólo contrarios a un elemental principio de justicia, sino incluso a la concreta función del instituto indemnizatorio, por ello se ha reiterado por la jurisprudencia que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración no convierte a las Administraciones Públicas en aseguradoras universales de todos los riesgos sociales (SSTS 19 de junio de 2001 y 26 de febrero de 2002); y, por otra parte, como también ha recordado el Tribunal Supremo (SSTS 19 de junio de 2001 y 4 de marzo de 2006), no basta para que exista responsabilidad patrimonial la apreciación de deficiencias en la atención médica prestada, sino que es necesario, además, que el perjuicio invocado y cuya reparación se pretende sea una consecuencia o tenga como factor causal dicha prestación sanitaria.

Por otra parte, es igualmente conocida la doctrina jurisprudencial conforme a la cual en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, sino que será preciso acudir al criterio de la “*lex artis*” como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, y si cabe establecer un nexo causal que opere la imputación de responsabilidad a los servicios sanitarios; todo ello con independencia del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la curación o la salud del paciente (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 13 de julio de 2007).

En consecuencia, el criterio fundamental para determinar la existencia o no de responsabilidad patrimonial es el de la “*lex artis*”, y ello ante la inexistencia de criterios normativos que puedan servir para determinar cuándo el funcionamiento de los servicios públicos sanitarios ha sido correcto. La existencia de este criterio se basa en el principio básico sustentado por la jurisprudencia en el sentido de que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados; es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Por lo tanto, el criterio de la “*lex artis*” es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida (“*lex artis*”). Este criterio es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad exigiendo que no solo exista el elemento de la lesión sino también la infracción de dicha “*lex artis*”; de exigirse sólo la existencia de la lesión se produciría una consecuencia no querida por el ordenamiento, como sería la excesiva objetivación de la responsabilidad al poder declararse la responsabilidad con la única exigencia de la existencia de la lesión efectiva sin la exigencia de la demostración de la infracción del criterio de normalidad representado por la “*lex artis*” (STS de 13 de julio de 2007). Como reiteradamente se ha reconocido por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, el daño indemnizable ha de ser antijurídico y, en caso de daños derivados de actuaciones sanitarias, no basta con que se produzca el daño

sino que es necesario que éste haya sido provocado por una mala praxis profesional. Así, la sentencia de 19 de septiembre de 2012, recaída en recurso de casación 8/2010, dice:

“La concepción del carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial que se mantiene por la parte recurrente no se corresponde con la indicada doctrina de esta Sala y la que se recoge en la sentencia de 22 de abril de 1994, que cita las de 19 enero y 7 junio 1988, 29 mayo 1989, 8 febrero 1991 y 2 noviembre 1993, según la cual: «esa responsabilidad patrimonial de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar, pues si existe ese deber jurídico decae la obligación de la Administración de indemnizar» (en el mismo sentido sentencias de 31-10-2000 y 30-10-2003).

Debiéndose precisar que, cuando se trata de reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, la jurisprudencia viene declarando que no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable), sino que es preciso acudir al criterio de la *“lex artis”* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así, la sentencia de 14 de octubre de 2002, por referencia a la de 22 de diciembre de 2001, señala que «en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien, cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto»”.

De lo expuesto se colige que el reproche de antijuricidad de la lesión acaecida se elimina si la actuación médica se ajusta a la *“lex artis” ad hoc*; esto es, cuando se valore que la actuación médica se ha desarrollado

correctamente teniendo en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y trascendencia vital del paciente y, en su caso, de la influencia de otros factores endógenos -estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria-, atendiendo al estado de la ciencia y técnica normal requerida, cumpliéndose tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, como respondiendo con eficacia los servicios (STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 11 de marzo de 1991).

Cuando se hubiera procedido así, el daño producido no sería calificado de antijurídico y, en consecuencia, no concurriría uno de los presupuestos básicos para que se estime la responsabilidad de la Administración.

En el presente caso la reclamación de responsabilidad patrimonial contra la Administración se funda en la pérdida de oportunidad por entenderse que a la reclamante se le dispensó una incompleta asistencia sanitaria el 23 de diciembre de 2014 en su MAP, ya que hasta que acudió a Urgencias, el 1 de mayo de 2015, y fue posteriormente ingresada en Medicina Interna, no se le diagnosticó el tumor pulmonar que padecía con múltiples metástasis en diferentes órganos.

Para valorar si cabe estimar que la atención sanitaria dispensada a doña... resultó conforme a la "*lex artis*", o no, y si puede estimarse que se le ha irrogado un daño antijurídico que no tenga el deber jurídico de soportar, debemos partir de los datos que resultan de su historia clínica y los informes médicos aportados al expediente.

En cuanto al proceso de atención asistencial que recibió la reclamante por el MAP de Mendillori en la fecha de 23 de diciembre de 2014, que entiende como momento en el que se le debió diagnosticar su estado tumoral, cabe reseñar que acudió, según se refleja en la historia clínica y se pone de manifiesto en el informe médico pericial de..., por "bultoma en cuero cabelludo desde hace tres meses doloroso aunque cada vez menos. EF: cabeza: bultoma doloroso. Lipoma o ganglio?". En el informe médico pericial se indica que la apariencia del mismo parecía benigna.

A esta atención siguieron, a petición de la reclamante, las siguientes.

El 28 de enero de 2015 fue visitada por su MAP; se indica en la historia clínica que “refiere aumento de tamaño de lesión en cuero cabelludo” y se le recomienda “TAC para su caracterización”.

El 26 de marzo de 2015 acude al MAP por dolor lumbar; se le derivó en esa fecha a Dermatología para la valoración de los nódulos en cuero cabelludo, diagnosticándosele “lipomatosis simétrica benigna”.

El 13 de abril de 2014 va de nuevo a consulta al MAP, debido a que: “Ha notado salida de más bultos en cuero cabelludo y otro retroauricular derecho. No fiebre. Refiere dolor cervical intermitente desde que notó el bulto. Lo notó en octubre pero pensó que era un chichón. Ha ido aumentando progresivamente y en ocasiones baja de tamaño. Nota cefaleas”. El 14 de abril de 2015 se le realiza biopsia-punch en Dermatología, con el diagnóstico de “lipomatosis simétrica benigna, enfermedad de Madelung”.

El 22 de abril es atendida por la enfermera por cera excesiva en el conducto auditivo externo; y se le remite a Reumatología.

El 29 de abril del 2015 se le visita en Reumatología. En la anamnesis de este episodio clínico se indica: “Comienza hace tres meses con dolor cervical y hombros que posteriormente irradia a región dorsal y lumbar, de ritmo mecánico que empeora con la sobrecarga laboral y cambios posturales. Calma con el reposo”. “Tinitus en OI e hipoacusia. Pérdida de agudeza visual. No diplopia. Cefalea. Pendiente de TAC cerebral. Lesiones nodulares en cuero cabelludo con biopsia: lipomas”. “Fumadora, afonía”. “Leve leucocitosis 12,2 VSG 30 PCR 6,6”. “S. ansiosodepresivo”. Respecto a la exploración física se refiere: “Marcada rigidez de raquis con contractura paravertebral. Dolor espinosas cervicales dorsales. No artritis periférica”. El diagnóstico es: “Valorar aplastamiento. Fumadora”. Ese servicio solicita una RX de tórax y raquis, Gamma.

Los resultados obtenidos con la RX de tórax y raquis son los que orientan el proceso tumoral. Así, en el informe de exploración del 30 de abril de 2015 de Reumatología, respecto a la prueba RX realizada, se señala: “Opacidad en LM seudonodular que en el contexto clínico requiere derivación por circuito rápido a neumología para ampliar estudio y descartar proceso tumoral. No se puede descartar pequeña cavitación focal de la lesión. Alteración la misma focal de la morfología y densidad del tercer arco costal anterolateral derecho de nueva aparición respecto del estudio previo (2009) que consta en soporte digital no pudiendo descartar afectación ósea secundaria. Fractura acúñamiento cuerpo vertebral dorsal medio-bajo, a valorar. Imagen seudo nodulillar proyectada la periferia del LSI no visible en estudio previo. Llamo a la paciente. Aconsejo acudir a urgencias para ingreso. Está mejor del dolor con adolonta y celestone. Está pendiente del TAC cerebral ¿metástasis? (tinitus, hipoacusia, pérdida de agudeza visual...)”.

El 1 de mayo de 2015 es atendida en Urgencias, detallándose en la historia clínica como motivos de la consulta malestar general y el hecho de que en el estudio de “Reumatología por cercalgia ayer se le realizaron pruebas radiológicas en las que se evidenció un nódulo pulmonar a estudiar y un aplastamiento vertebral dorsal por lo que se le indicó a la paciente que si tenía dolor acudiera a este servicio para ingresar. También presenta bultos craneales biopsiados con diagnóstico de lipomas. Está pendiente de una TAC craneal. Refiere acúfenos constantes en oído izquierdo y pérdida de visión en los últimos 3 días (nota visión borrosa de lejos). Cefalea holocraneal. Dolor intenso dorsal. No clínica respiratoria, digestiva ni miccional. Afebril”.

Fue ingresada en Medicina Interna el 1 de mayo de 2015 y se le dio el alta médica el 8 de mayo de 2015.

En los informes de Medicina Interna de esas fechas, entre otros antecedentes, se refieren: “edema de Reinke importante bilateral (2012); lipomatosis simétrica benigna; enfermedad de Madelung (Dermatología); S.

Ansiosodepresivo; intervenida quirúrgicamente de oído de recién nacida; ex fumadora de 40 c/d, últimamente 20 c/d; no antecedentes de cáncer”.

Se le realizó exploración física, pruebas complementarias de hematología, bioquímica, microbiología y orina. Del RX de Tórax se destaca “imagen nodular que parece depender del hilio derecho a nivel de L.M”.

El 5 de mayo de 2015, durante el periodo de ingreso, se le realizó TC craneal con la conclusión: “Metástasis óseas craneales con extensión de partes blandas epicraneales, invasión dural y orbitaria. Metástasis cerebrales a nivel temporal izquierdo, en la cápsula interna derecha y en el hemisferio cerebeloso izquierdo”. También se le efectuó TC toracoabdominal con la conclusión: “Enfermedad metastásica generalizada con metástasis óseas en esqueleto axial y periférico probable afectación tumoral hepática y suprarrenal de probable origen pulmonar”.

El día 6 de mayo de 2015 se le inició tratamiento de carácter urgente con Radioterapia y Oncología.

Conforme a lo expuesto y según se pone de relieve en el informe de... se advierte que, desde la primera visita realizada a su MAP el 23 de diciembre de 2014, la atención médica se dispensó conforme al requerimiento efectuado por la reclamante de “lesión en cuero cabelludo”, que se diagnóstico como “un lipoma o quiste sebáceo”. Esta atención sanitaria fue llevada a cabo de manera continuada, pues enero de 2015 visitó la reclamante a su MAP por esta cuestión y ésta le solicitó una TAC de cráneo. En marzo de 2015 regresó con la misma queja por la aparición de más lesiones, y se le remitió a Dermatología. En abril de 2015 fue atendida en Dermatología y se le realizó un estudio histológico mediante una biopsia, que fue informada como lipoma. Y finalmente el 5 de mayo de 2015 se le realizó la TAC de cráneo y TAC toracoabdominal que demostró afectación ósea y cerebral muy extensa sugestiva de metástasis.

Cabe destacar, por resultar significativo para la valoración de la infracción de la “*lex artis*” en el proceso de diagnóstico objeto de la reclamación, que en el informe médico pericial de... se refiere que el tiempo

que puede trascurrir hasta que el tumor cancerígeno resulta clínicamente aparente va de tres a cuatro años. Es también relevante que los síntomas más comunes que suelen darse son “astenia, tos, disfonía, anorexia, pérdida de peso, dolor torácico y hemoptisis”; siendo menos comunes “expectoración, dolor óseo, fiebre y disfonía”.

En el presente caso, como reflejan los datos obrantes en la historia clínica y pone de manifiesto la pericial aportada de..., “la queja inicial fue la aparición de un bulto en cuero cabelludo, por lo que se orientó el estudio de una lesión de estas características”, no presentando la paciente “sintomatología respiratoria que pudiera orientar a la búsqueda de una patología pulmonar”. Fue en abril cuando en la exploración realizada a doña..., como consecuencia de la remisión de su MAP a Reumatología por “mal estado general, cefalea, molestias auditivas, sin ninguna sintomatología respiratoria además del dolor cervical”, en la RX de tórax se “mostró una imagen pulmonar sugestiva de cáncer de pulmón con afectación ósea”. Siendo ingresada el 1 de mayo de 2015 y diagnosticada de “adenocarcinoma de pulmón estadio IV con afectación hepática, ósea, cerebral y de partes blandas en alguna de las lesiones del cuero cabelludo”.

Por otra parte, ese diagnóstico del adenocarcinoma de pulmón estadio IV se considera por la especialista informante de..., en atención al “TNM staging system”, que acredita que la situación tumoral era exactamente la misma en enero que en mayo y las expectativas de supervivencia eran las mismas en una y otra fecha. El hecho de que la TAC craneal se realizara el 5 de mayo de 2015 -tres meses y una semana después de su solicitud por su MAP el 28 de enero de 2015-, según la pericial, no parece que fuera relevante en la evolución de la enfermedad diagnosticada, ni que el retraso tuviera incidencia en el proceso posterior. De ello cabría derivar, como se ha reconocido por la STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 8 de julio de 2016, en un caso próximo de retraso diagnóstico de tres meses y medio en un cáncer de colon, la exclusión de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Cabe recordar, como ha señalado la STS, Sala de lo Contencioso, de 17 de julio de 2012, en cuanto a la cuestión del retraso diagnóstico del cáncer que:

“No basta con afirmar que para un diagnóstico más certero de una patología debían haberse realizado otras pruebas diagnósticas hasta agotarse todas las posibilidades diagnósticas, pues una vez diagnosticada una patología y a la vista de todas las circunstancias concurrentes en el caso es más fácil afirmar que debieron efectuarse más pruebas diagnósticas. Pero se olvida que los servicios sanitarios públicos actúan y proponen medios diagnósticos a la vista de los síntomas que los pacientes refieren, pues no es admisible que quien entra en el Servicio de Urgencias o en otras dependencias agoten sin más indicios todas las múltiples pruebas diagnósticas y múltiples patologías sin que los síntomas que se tengan exijan su realización. Por otra parte, no puede olvidarse que en materia de responsabilidad sanitaria en el caso de que los síntomas que presenten los pacientes sean indicadores de la necesidad de realizar pruebas diagnósticas y si estas no se realicen entonces habrá infracción de la “*lex artis*” cuando se acredite que la omisión en la realización de las indicadas pruebas son la causa de las secuelas por las que se reclama indemnización pues solo son objeto de indemnización aquellos daños que son antijurídicos y que no se tiene obligación de soportar, entre los que no se incluyen aquellos que son resultado de la evolución de la enfermedad que se padece y que hubieran surgido de igual modo aunque su diagnóstico y tratamiento hubiera sido correcto. La postura contraria, supondría exigir a los facultativos realizar todas las pruebas diagnósticas de múltiples enfermedades que pueden cursar, como es en este caso, con dolor lumbar y ello no puede ser exigible por eficacia médica. Este es el eterno dilema con el que se encuentran los Tribunales de Justicia a la hora de valorar los informes periciales de las partes en los supuestos de reclamación de responsabilidad patrimonial a la Administración en los que a tiempo pasado se plantea la duda de que hubiera sucedido si se hubieran practicado unas u otras pruebas diagnósticas. Pero como ya se ha indicado ello solo puede considerarse contrario a la «*lex artis*» cuando los indicios de los pacientes son evidentes de una sospecha de una patología que sea necesario confirmar o descartar”.

A todo ello se une el dato insoslayable que la reclamante no ha presentado ningún otro informe ni prueba pericial que contradigan los informes obrantes en el expediente en apoyo de sus conclusiones, ni en su escrito de reclamación inicial ni en el trámite de audiencia; siendo doctrina

jurisprudencial reiterada que las alegaciones sobre infracción de la “*lex artis*” ha de acreditarse a través de medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues ésta es una cuestión eminentemente técnica (entre otras, STS de 14 de octubre de 2010).

El apoyo de sus pretensiones se ha limitado a una escueta enumeración de las atenciones sanitarias de las que ha sido objeto, entendiendo que ha existido una defectuosa atención sanitaria e infracción de la “*lex artis*” médica. Sin embargo, la mera referencia a los hechos que se derivan de la historia clínica no prueba más que la atención dispensada a la paciente y sus circunstancias. No acredita por sí, como pretende, que hubiera una mala praxis médica ni que la actuación sanitaria de 23 de diciembre de 2014 le haya supuesto una privación de sufrir o reducir la metástasis del adenocarcinoma de pulmón.

En atención a todo lo expuesto, se estima que la atención sanitaria dispensada a doña... por el Servicio Navarro de Salud-Osasunbidea ha sido continuada, se han utilizado los recursos disponibles conforme a la estructura organizativa sanitaria con la que se cuenta, y se han puesto los medios adecuados para el proceso diagnóstico según la sintomatología que doña... refería en cada momento.

En consecuencia, este Consejo entiende que no ha quedado probado que la reclamante haya sufrido un daño antijurídico que no tenga el deber jurídico de soportar y del que se pueda derivar responsabilidad patrimonial de la Administración por el funcionamiento de los servicios sanitarios públicos, ni que se haya acreditado la existencia de una relación de causalidad entre la asistencia médica reclamada y un resultado dañoso.

III. CONCLUSIÓN

El Consejo de Navarra considera que debe desestimarse la reclamación de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados del funcionamiento de los servicios sanitarios públicos formulada por doña...

En el lugar y fecha señalados en el encabezamiento.