

Expediente Núm. 118/2006
Dictamen Núm. 120/2006

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Bastida Freijedo, Francisco
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
Fernández García, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 15 de junio de 2006, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 2 de mayo de 2006, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por doña e hijos, por los daños y perjuicios sufridos con motivo del fallecimiento, que califican de prematuro, de su esposo y padre, respectivamente, por presunto retraso diagnóstico.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 21 de diciembre de 2004, registrada de entrada en la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios el día 28 del mismo mes, doña formula, en su propio nombre y en representación “de sus hijos”, una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la, a su juicio, defectuosa y negligente asistencia médica y

hospitalaria prestada a su esposo, don, en el Hospital y su “prematureo fallecimiento”.

Expone la reclamante en su escrito que, a primeros de noviembre de 2002, acude su marido al médico de cabecera por disnea de mínimo esfuerzo de tres días de evolución e inicio brusco, siendo remitido a Urgencias de, donde fue diagnosticado de “Epoc” y se le prescribió tratamiento. Añade que un mes más tarde, en la consulta de Neumología, se le vuelve a diagnosticar “Epoc. Enfisema” y se le cambia el tratamiento, disponiendo revisión a los tres meses y recomendando “el abandono del tabaco inmediato”.

Continúa su relato indicando que “en vista de que seguía igual (...) volvemos al médico de cabecera que (...) le remite a Cardiología donde descartan problemas cardiovasculares (...) y se remite a Fisioterapia Respiratoria”. Una vez allí, “la doctora que le atiende se sorprende de que no nos hallan comentado que tiene parálisis del diafragma ya que la radiografía que ella ve es la primera que le hicieron, lo que según ella puede ser consecuencia de su falta de respiración repentina (...)./ Comentado nuevamente en la consulta de Neumología (...) insisten en que está con el tratamiento debido y lo único que le manda hacer es una radiografía simple y así corren los meses sin más pruebas ante dicha situación”, hasta que, según aduce, el día 2 de mayo de 2003 “acudimos nuevamente a la consulta de Medicina General (...) porque amaneció con enrojecimiento e hinchazón en el cuello y cara y nos remite a Urgencias de nuevamente con informe solicitando descartar s de cava superior./ Nuevamente ya en el Hospital le miran le vuelven a hacer radiografía simple y con un informe (...) en el que dice no se objetiva patología urgente se le envía para casa”.

Refiere, no obstante, que “hasta aquí del desarrollo de los hechos no parece que ocurra ninguna situación que pueda hacer merecedora de reproche y culpabilidad al SESPA ya que los médicos que le atendieron actuaron según su criterio”.

Añade, sin embargo, que “es desde el momento en que el día 9 de noviembre (*sic*) mucho más inflamado acudimos a Urgencias donde queda

ingresado 10 días y ya en manos del equipo de Neumología 1 por solicitud nuestra, ya que hasta la fecha el equipo 2 que le atendió durante más de 7 meses no había sido capaz de diagnosticarle correctamente, le hacen todas las pruebas necesarias diagnosticándole un cáncer en el mediastino oprimiéndole la vena cava y ya en estado muy avanzado teniendo metástasis en vértebras, cadera, costillas, etc., por lo que el diagnóstico es irreversible, plazo máximo de vida seis meses por no haber sido detectado en el momento en que se acudió por primera vez a Silicosis”.

A continuación refiere que, “pese a la insistencia que nosotros mantuvimos durante todo el proceso, nos hicieron caso omiso y no trataron de averiguar con todos los medios que un hospital tiene a su alcance resonancias, scáner, ták con contraste, etc. (...) la procedencia de aquel ahogo repentino que paralizó el diafragma y oprimió la vena cava era el tumor que situado en el mediastino oprimió el nervio del diafragma e impedía su descenso, lo que cogido a tiempo un pequeño tumor puede ser tratado u operado pudiendo vivir no sabemos cuantos años más”.

Finalmente, imputa a la Administración negligencia y falta de empleo de medios, al no realizar todas las pruebas al alcance del centro hospitalario para diagnosticar con exactitud y celeridad la enfermedad de su marido, lo que habría permitido “poner todos los medios quirúrgicos y médicos para paliar la enfermedad de un paciente y evitar así la muerte prematura de un padre y esposo ejemplar”.

Tras analizar los requisitos exigidos para declarar, en su caso, una eventual responsabilidad de la Administración, termina solicitando que se reconozca la responsabilidad de la Administración sanitaria, así como su derecho a ser indemnizada.

Adjunta a su escrito: a) Informe del Área de Urgencias del Hospital, de 2 de mayo de 2003. b) Parte de interconsulta, del mismo día, a Neumología del Hospital, en el que se hace constar la solicitud de diagnóstico y tratamiento con motivo de disnea y se indica “descartar s cava superior”. c) Informe radiológico, de igual fecha, indicativo, entre otros aspectos, de

“Ventilación incompleta. Diafragma derecho elevado, en posible relación parálisis o paresia del mismo (...)./ No se ven signos en relación con ensanchamiento de mediastino superior”. d) Informe del Servicio de Neumología, de 30 de diciembre de 2002, indicando como impresión diagnóstica “EPOC. Enfisema”. e) Informe del Servicio de Neumología I, fechado el día 16 de octubre de 2003, cuyo diagnóstico refiere “Ca. Epidermoide de pulmón. Estadio IV”, señalando que se trata de “paciente diagnosticado de Ca. Epidermoide de pulmón con síndrome de VCS y metástasis óseas. Recibió tratamiento con quimioterapia (...) y radioterapia antiálgica. Actualmente sigue tratamiento sintomático de forma ambulatoria”.

2. Con fecha 14 de enero de 2005, por la Secretaría General del Hospital se remite parte de reclamación de seguro de responsabilidad sanitaria, acompañando la reclamación de responsabilidad patrimonial recibida, a la correduría de seguros, constando su recepción por ésta el día 18 del mismo mes.

3. Mediante escrito de 19 de enero de 2005, notificado el día 24 del mismo mes, el Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias comunica a la interesada la entrada de su reclamación en el registro del Principado de Asturias, la incoación del oportuno procedimiento y las normas con arreglo a las cuales se tramitará.

4. El día 20 de enero de 2005, el Secretario General del Hospital remite al órgano instructor informe, sin fecha, del Jefe del Servicio de Neumología II.

Dicho informe refiere, en relación con los hechos, que el perjudicado es enviado al Servicio de Urgencias, en el que “es visto el 04-11-2002, por ser extraordinario fumador (70 paquetes/año) con disnea brusca, diagnosticándole de EPOC”. Añade que, a pesar de su tratamiento médico, “la mala evolución hace que sea visto en Consultas Externas de Neumología II (...) el 30-12-2002, practicándosele: espirometría, pruebas de difusión, ECG, gases en sangre

arterial, hematimetría, bioquímica, Rx de tórax y tomografía axial computerizada de alta resolución (TACAR). Se confirma la EPOC, por enfisema del enfermo. El TACAR no muestra otras alteraciones (...). Se mantiene el diagnóstico de EPOC, citándosele para un mes más tarde". Continúa indicando que el paciente fue revisado el día 30 de enero de 2003 y, en vista de su mala evolución, se solicita "consulta a los Servicios de Fisiología Respiratoria y Cardiología, recitándole para tres meses más tarde./ El Servicio de Fisiología Respiratoria le ve con fecha 07-04-2003 y confirmando parálisis del frénico derecho, revisa el TACAR no encontrando patología y piensa hacer una resonancia magnética del cuello dentro de un mes (...)./ El Servicio de Cardiología le ve el 06-05-2003". A continuación, refiere el informe que "el paciente acude a su médico de cabecera por edema facial, y éste le remite de nuevo al (centro hospitalario), por sospecha de la aparición de síndrome de vena cava superior (...), por lo que es visto en el Servicio de Urgencias el 02-05-2003 (...)./ Por último, el paciente ingresa en el Servicio de Neumología I el 06-05-2003, donde el nuevo TACAR practicado ese día, se observa una masa en mediastino superior (...). La punción de la masa y otros estudios, confirman la presencia de un carcinoma epidermoide o anaplásico de grandes células y recibe tratamiento no quirúrgico".

Tras el indicado relato de hechos, extrae el informante las siguientes conclusiones: "1- Este paciente, extraordinariamente fumador, padece al mismo tiempo dos de las patologías más frecuentes asociadas con el tabaquismo: enfisema pulmonar y carcinoma broncopulmonar./ 2- La disnea es habitual en el EPOC y este diagnóstico se prueba con evidencia desde el primer momento. La segunda patología pasa desapercibida el 30-12-2002, no encontrándose lesiones en el TACAR, tanto el parénquima pulmonar como mediastino, lo cual invalida todos los esfuerzos diagnósticos de los distintos especialistas (neumólogos, fisiólogos, médicos de urgencias, radiólogos)./ 3- La aparición de un nuevo síndrome de localización mediastínica (S de cava), hace que el segundo TACAR detecte el 06-05-2003 el tumor. Estos hechos, aunque no habituales, no son raros cuando las lesiones iniciales son menores de 0,5 cm.

de diámetro./ 4- En todo caso, y aun suponiendo que se hubiese diagnosticado el tumor en la primera entrevista médica (04-11-2002), el tumor era inoperable (por la afectación mediastínica que lesiona al nervio frénico derecho) y por lo tanto, en estas estirpes (epidermoide o anaplásico de grandes células) no modificable la evolución de su historia natural, con los tratamientos no quirúrgicos (radioterapia y/o quimioterapia) disponibles en la actualidad”.

Adjunta a su informe los siguientes documentos:

a) Parte de interconsulta, fechado el día 4 de noviembre de 2002, de remisión del perjudicado a Neumología, Urgencias, INS.

b) Informe del Área de Urgencias del Hospital, de igual fecha, cuyo apartado relativo al diagnóstico refiere “EPOC”.

c) Informe del Servicio de Radiodiagnóstico I, de 13 de diciembre de 2002, en cuyo comentario consta que, tras el TACAR practicado, no se aprecian alteraciones a nivel de mediastino, indicando “enfisema de características centrilobulillares de predominio en campos superiores y medios./ Atelectasias subsegmentarias de aspecto cicatricial fundamentalmente en la base derecha”.

d) Informe del Servicio de Neumología, de 30 de diciembre de 2002, en el que se recogen los resultados de las distintas pruebas realizadas y se confirma el diagnóstico de “EPOC. Enfisema”.

d) Parte de curso clínico del paciente, relativo a la revisión efectuada el día 30 de enero de 2003 por el Servicio de Neumología (consta solicitud de consulta a Cardiología y Fisiología Respiratoria).

e) Parte de curso clínico de consultas de Fisiología Respiratoria, de 7 de abril de 2003, que señala “TAC: no patología en mediastino” y “en un mes se valorará RMN”.

f) Informe, fechado el día 6 de mayo de 2003, del Servicio de Cardiología indicativo de impresión diagnóstica de “no evidencia de cardiopatía”.

g) Informe del médico del Centro de Salud, de 2 de mayo de 2003, por el que remite de nuevo al paciente al (centro hospitalario), por sospecha de la aparición de síndrome de vena cava superior.

h) Informe del Área de Urgencias del Hospital, fechado el día 2 de mayo de 2003 (ilegible).

i) Informe del Servicio de Radiodiagnóstico I, de 6 de mayo de 2003, cuyo diagnóstico recoge la presencia de "masa de aspecto neoplásico en mediastino superior que condiciona infiltración y obstrucción de VCS. Probable carcinoma de célula pequeña".

j) Informe del Servicio de Neumología Hospital, de 13 de mayo de 2003, relativo al ingreso del paciente en el Hospital el día 6 de mayo de 2003 y su alta el día 13 del mismo mes, que confirma como diagnóstico principal "C. pulmonar" y secundario "SD de vena cava".

5. Durante la instrucción del procedimiento, en fecha que no consta, se incorpora al expediente copia de diversa documentación de la historia clínica del paciente, comprensiva de:

Partes de interconsulta desde el Centro de Salud de, de 4 de noviembre de 2002, a Urgencias del (centro hospitalario) y, de 5 de mayo de 2003, al Servicio de Neumología I del Hospital, así como diversos informes y documentación de pruebas y consultas realizadas entre las fechas indicadas.

Informes, hojas de enfermería, curso clínico, órdenes terapéuticas y hoja de consentimiento informado para la realización de pruebas diagnósticas con contraste yodado intravenoso, correspondientes a su estancia en el Hospital, desde su ingreso en él por orden del Área de Urgencias, el día 6 de mayo de 2003, hasta su alta el día 13 de mayo del mismo año.

Nota de admisión, descripción de enfermedad y curso clínico e informe del Servicio de Oncología Radioterápica del Hospital, correspondientes a fechas comprendidas entre los días 16 de mayo y 7 de noviembre de 2003.

6. Con fecha 8 de abril de 2005, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación, en el que, después de detallar los antecedentes del caso, señala, como valoración, que "se trata de un paciente de 59 años de edad, afecto de Epoc y carcinoma

broncopulmonar, gran fumador, visto en repetidas ocasiones en el Hospital por un proceso compatible con enfisema pulmonar y diagnosticado de EPOC. El síntoma capital que presentaba era la disnea, síntoma fundamental en el EPOC y también frecuente en el carcinoma broncopulmonar, proceso patológico que posteriormente se comprobó que también portaba el enfermo, pero que pasó desapercibido en la primera consulta especializada efectuada (...) el 30 de diciembre de 2002, al no encontrarse lesiones ni en el parénquima pulmonar ni en el mediastino en el TACAR realizado en esta fecha, lo que impidió la emisión de un diagnóstico certero en lo referido a la segunda patología sufrida”.

Añade que, “según bibliografía médica contrastada, el retraso medio en el diagnóstico del cáncer de pulmón es alrededor de tres meses, y de hasta casi un año (según el estadio de la enfermedad) en otros. Y, aunque no se han encontrado referencias que aborden directamente este tema, cabe suponer de manera razonable que la demora diagnóstica en este proceso es mayor en pacientes con sintomatología respiratoria previa, sobre todo cuando están afectados de EPOC, como en el caso objeto de estudio./ En el proceso sufrido por el Sr., la aparición de nueva patología (síndrome de cava), hace que se le realice nuevo TACAR el 6 de mayo de 2003, que evidencia la existencia del tumor pulmonar”.

Informa, además, que “los síntomas del cáncer de pulmón a menudo no se manifiestan hasta que la enfermedad está avanzada; solamente, según señala la bibliografía médica, el 15% de los casos se detecta en sus etapas iniciales”. Añade que para establecer el diagnóstico correcto se requiere la realización de pruebas consistentes en: examen físico del paciente; estudios radiológicos, siendo frecuente la necesidad de repetir estos estudios; tomografía axial computarizada; exámenes de imágenes por resonancia magnética y otras como la citología del esputo, considerando que tales pruebas le “fueron practicadas al actor”. Finalmente, indica que el pronóstico del paciente era malo, “aunque se hubiese detectado el tumor en las consultas iniciales, dada la naturaleza de la anatomía patológica del mismo y la afectación mediastínica”.

A la vista de todo ello, concluye entendiendo que la reclamación de responsabilidad patrimonial “debe ser desestimada ya que la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adaptada a los conocimientos científicos y a la lex artis”.

7. Con fecha 6 de agosto de 2005, emite informe, suscrito colegiadamente por tres médicos especialistas en medicina interna, una asesoría privada a instancia de la compañía aseguradora del Principado de Asturias. En él, tras relatar y analizar los hechos que concurren en el caso, se realizan, entre otras, las siguientes consideraciones médicas: “en el momento de acudir a urgencias el enfermo presentaba los tres criterios de Anthonisen de exacerbación de EPOC (...) por lo que el diagnóstico que se hizo fue correcto (...). El cáncer de pulmón generalmente se diagnostica en fases avanzadas (...). Ello es debido a que los síntomas aparecen tardíamente (...). Sin embargo en este enfermo se siguieron todos los pasos que podían haber conducido al diagnóstico del cáncer de pulmón, si este hubiese sido visible (...). En abril-2003 se observó una elevación del hemidiafragma derecho. No podemos decir, con la documentación disponible, si esta elevación se observaba en la radiografía de noviembre-2002 y de enero-2003, aunque no fue informada como tal. Esta elevación del hemidiafragma indica la existencia de una parálisis por afectación del nervio frénico de ese lado por infiltración tumoral. Su existencia constituye un signo de mal pronóstico y si el enfermo la presentaba inicialmente, quiere decir que el tumor ya era inoperable”.

Como conclusiones señala el informe que “1. El paciente falleció a consecuencia de un cáncer de pulmón con metástasis mediastínicas y óseas./ 2. El enfermo padecía también una EPOC mixta con predominio de enfisema que explicaba perfectamente la sintomatología que presentaba incluyendo la aparición brusca de disnea y ausencia de mejoría./ 3. En el momento de la primera consulta a urgencias el paciente presenta todos los criterios de exacerbación de EPOC, siendo correctamente diagnosticado y tratado de la misma./ 4. El cáncer de pulmón tiene mal pronóstico porque sólo el 20% de los

enfermos son candidatos a cirugía en el momento del diagnóstico. La cirugía es la única posibilidad de tratamiento curativo en el cáncer de células no pequeñas./ 5. En este enfermo se realizaron las exploraciones necesarias para confirmar o descartar la existencia de un cáncer de pulmón./ 6. La radiografía de tórax inicial no mostraba ningún hallazgo sugestivo de cáncer./ 7. La TAC torácica, realizada 20 días después de la primera consulta, no mostraba cáncer de pulmón./ 8. La existencia de parálisis diafragmática indica una progresión tumoral por lo que, si existía inicialmente, indicaba una extensión del cáncer de pulmón./ 9. Aun suponiendo que el diagnóstico se hubiese hecho antes de que existiese extensión del cáncer de pulmón, la EPOC previa que padecía hacía muy dudosa la posibilidad de poder intervenir a este paciente./ 10. La actuación seguida con este enfermo ha sido acorde a la *lex artis ad hoc*".

8. Mediante oficio fechado el día 7 de octubre de 2005, notificado a la interesada el 13 del mismo mes, se le comunica la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente, por plazo de quince días, remitiéndole una relación de los documentos obrantes en él.

9. El día 19 de octubre de 2005 se persona la interesada en las dependencias de la Administración y obtiene una copia de todo el expediente, de lo que se deja constancia mediante diligencia incorporada al mismo y suscrita por una funcionaria y la reclamante.

10. Con fecha 26 de octubre de 2005, suscribe la reclamante un escrito de alegaciones en el que se reitera en la demora diagnóstica que imputa a la Administración sanitaria señalando que "el 7 de abril de 2003 acude a consulta al Servicio de Fisiología Respiratoria, donde el médico, tras observar las radiografías realizadas ¡¡¡ el 4 de noviembre de 2002 !!!, aprecia la existencia de una parálisis diafragmática derecha (por infiltración tumoral, según el informe de los peritos de la compañía aseguradora, a pesar de no haber visto las mismas)". A la vista de lo anterior, concluye que "es evidente que la demora

en el diagnóstico y, por tanto, en la instauración del tratamiento oportuno, provocó el prematuro fallecimiento de mi esposo, así como una importante merma de su calidad de vida en los meses previos a su fatal desenlace”.

Tras las alegaciones, solicita “se incorpore al expediente las primeras radiografías efectuadas en el (centro hospitalario) y, por quien corresponda, se emita un informe en el que se indique si en las mismas se aprecia ya la existencia de parálisis diafragmática derecha”. Finalmente, solicita que se reconozca la responsabilidad de la Administración y una indemnización en cuantía de cien mil euros (100.000 €) por los daños y perjuicios ocasionados.

11. Con fecha 11 de abril de 2006, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de Prestaciones Sanitarias formula propuesta de resolución en el sentido de “desestimar la reclamación” interpuesta. Razona que la actuación de los profesionales “no influyó en el resultado final, aun en el caso de que hubiera existido un retraso diagnóstico desde el mes de noviembre de 2002 (fecha de la primera consulta en el Servicio de Neumología), no puede considerarse que quede acreditado el nexo causal por una omisión de los profesionales. El paciente falleció por el desarrollo de la patología que padecía, patología que ya en noviembre de 2002 hubiera sido inoperable, siendo el resultado final el mismo”.

Añade, además, que “en el presente caso, los profesionales que atendieron al paciente lo hicieron de forma adecuada, agotando los medios diagnósticos para descartar la patología que finalmente se diagnosticó. Al paciente se le realizaron varias radiografías de tórax (prueba que revela las lesiones pulmonares) y una TAC de alta resolución. Pese a todas las pruebas realizadas, hasta mayo de 2003, no se evidenció ninguna imagen sospechosa. Hay que tener en cuenta que los medios de diagnóstico no son infalibles y su especificidad está limitada. En la actualidad no es posible diagnosticar el 100% de las patologías tumorales de forma inmediata con la realización de pruebas diagnósticas./ El diagnóstico de EPOC alcanzado en noviembre no fue equivocado. Todos los informes dejan claro que el enfermo sufría una EPOC,

que fue correctamente diagnosticada y que complica el diagnóstico de la otra patología, la tumoración pulmonar". Por todo ello, considera el informante que el procedimiento fue correcto y adecuado y que el cumplimiento de la "lex artis ad hoc" hace que el daño que soporta la reclamante carezca de la nota de antijuridicidad necesaria, por lo que no debe ser indemnizado por la Administración.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 2 de mayo de 2006, registrado de entrada el día 4 del mismo mes, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, adjuntando a tal fin el expediente original.

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 redacción dada por la Ley del Principado de Asturias 1/2006, de 16 de febrero, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, 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.- De conformidad con lo establecido en el artículo 139.1 en relación con el artículo 31.1.a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen

Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), debemos destacar que no consta que estén los reclamantes activamente legitimados para solicitar la reparación del daño alegado, dado que la condición de viuda e hijos que se invoca no ha sido acreditada de modo fehaciente en el procedimiento; lo que resultaría esencial para apreciar si su esfera jurídica se ha podido ver directamente afectada por los hechos que originan la reclamación.

Tampoco consta acreditado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 32.3 de la LRJPAC, que la firmante de la reclamación ostente la representación legal de los hijos a cuyo favor dice actuar, y, desconocida la edad de éstos, no resulta posible la aplicación de lo que preceptúa el artículo 162 del Código Civil, sobre la representación legal de los hijos menores no emancipados.

En consecuencia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 32.4 de la referida LRJPAC, que permite subsanar la falta o insuficiente acreditación de la representación, el órgano administrativo habrá de comunicar a la solicitante que deberá subsanar dicho defecto dentro del plazo de diez días, o de un plazo superior si las circunstancias lo requieren, con advertencia de que, si así no lo hiciera, se le tendrá por desistida de su petición, previa resolución dictada en legal forma.

Las expresadas circunstancias serían ya suficientes para desestimar la reclamación, si bien y a fin de que pueda la Administración pronunciarse sobre ello y, en su caso, sobre el fondo de la cuestión controvertida, deberá verificar por el procedimiento legal oportuno dicha legitimación y representación.

El Principado de Asturias, en cuanto titular del servicio sanitario frente al que se reclama, está pasivamente legitimado.

TERCERA.- En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a

las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o determinación del alcance de las secuelas". En el supuesto que analizamos, la reclamación tiene entrada en el registro de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios el día 28 de diciembre de 2004, habiendo tenido lugar los actos médicos presuntamente defectuosos y negligentes en fechas anteriores al 6 de mayo de 2003 y el fallecimiento del perjudicado en fecha que no consta acreditada en el expediente.

La reclamación aduce que el fallecimiento se produjo en "enero de 2004", referencia que se reproduce de idéntico modo en informes posteriores de la Administración, pero lo cierto es que no consta acreditada la realidad del luctuoso suceso que está en el origen del daño alegado, ni su fecha, no pudiendo conocerse tampoco con la documentación de la historia clínica del paciente que se ha incorporado.

Dado que el cómputo del plazo para el ejercicio del derecho a reclamar ha de realizarse de modo flexible, antiformalista y favorable al perjudicado, entendemos que la fecha de inicio del plazo de prescripción coincidiría con la del óbito y, puesto que ésta no consta, no cabe pronunciamiento sobre su transcurso ni sobre la adecuación a derecho del momento temporal de la reclamación sometida a nuestra consulta.

CUARTA.- El procedimiento administrativo que rige la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC y, en su desarrollo, en el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial). Procedimiento al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, están sujetas las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicas, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los

centros sanitarios concertados con ellas, por los daños y perjuicios causados por o con ocasión de la asistencia sanitaria.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites esenciales legal y reglamentariamente establecidos de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia y propuesta de resolución.

No obstante, hemos de señalar que no se ha dado cumplimiento estricto a la obligación de comunicar a la interesada, en los términos de lo establecido en el artículo 42.4 de la LRJPAC, la fecha en que su solicitud ha sido recibida por el órgano competente, el plazo máximo legalmente establecido para la resolución -y notificación- del procedimiento, así como los efectos que pueda producir el silencio administrativo; puesto que si bien se le comunica que la reclamación ha tenido entrada en el registro del Principado de Asturias, la incoación del procedimiento y las normas con arreglo a las cuales se tramitará, dicha comunicación no se ajusta a los términos y contenidos impuestos en el precepto citado.

Asimismo, debemos destacar que se ha omitido el trámite a que se refiere el artículo 71 de la LRJPAC, al no haberse requerido a la reclamante la subsanación y mejora de su solicitud, con objeto de dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 6 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial.

En lo que al plazo máximo de tramitación se refiere, ha sido rebasado el de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Habiéndose registrado la reclamación el día 28 de diciembre de 2004, a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 4 de mayo de 2006, el indicado plazo se ha sobrepasado ampliamente. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

Sin perjuicio de lo hasta aquí expuesto, observamos la omisión de actos expresos de instrucción, tales como la apertura del oportuno período de prueba y la determinación de su plazo. En tal situación, la instrucción del procedimiento

adolece de un defecto esencial que impide cualquier consideración sobre el fondo, puesto que se ha incumplido lo dispuesto en el artículo 9 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Dicho precepto establece que deberán practicarse, en el plazo de treinta días y sin perjuicio de la posible apertura de un período extraordinario a petición de los interesados cuando sea necesario, “cuantas pruebas hubieran sido declaradas pertinentes”, añadiendo el mismo artículo (en reiteración de lo dispuesto en el artículo 80.3 de la LRJPAC) que el instructor sólo podrá rechazar las propuestas por los interesados cuando sean manifiestamente improcedentes o innecesarias, y ello mediante resolución motivada.

Al respecto advertimos que, en el escrito de alegaciones presentado por la reclamante, se ha solicitado que “se incorpore al expediente las primeras radiografías efectuadas en el (centro hospitalario) y, por quien corresponda, se emita un informe en el que se indique si en las mismas se aprecia ya la existencia de parálisis diafragmática derecha”. La reclamante insiste (pues se reitera en lo ya alegado en su escrito inicial de reclamación) en la necesidad de verificar unos datos y hechos que se resumen en aclarar el momento a partir del cual pudo diagnosticarse la enfermedad que motivó el óbito del perjudicado. Concretamente, entiende que la radiografía cuya incorporación solicita, realizada tras la primera consulta el día 4 de noviembre de 2002, evidencia la parálisis diafragmática derecha por infiltración tumoral; síntoma que de haber sido detectado en tal fecha hubiera permitido instaurar desde entonces el oportuno tratamiento y, en consecuencia, evitar el prematuro fallecimiento de su esposo por tal demora en el diagnóstico.

Esa solicitud no fue resuelta expresamente por el instructor, siquiera para denegarla, ya que procedió sin más trámite a formular propuesta de resolución sin decidir, ni con carácter previo ni de modo simultáneo, lo pertinente sobre la prueba solicitada.

En suma, la Administración sanitaria ha omitido un trámite esencial del procedimiento, con singular trascendencia en el presente caso, y ha conculcado el derecho de la reclamante, reconocido en el artículo 80 de la LRJPAC, a

acreditar los hechos que considera relevantes, por cualquier medio de prueba admisible en Derecho.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no es posible un pronunciamiento sobre el fondo de la consulta solicitada y que debe retrotraerse el procedimiento para su tramitación e instrucción en los términos que hemos dejado expuestos en las consideraciones jurídicas del cuerpo de este Dictamen y, una vez formulada nueva propuesta de resolución, recabar a este Consejo el preceptivo dictamen.”

V.E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.