

Expediente Núm. 12/2008
Dictamen Núm. 330/2009

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 10 de septiembre de 2009, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 9 de enero de 2008, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de un incorrecto diagnóstico de su enfermedad por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 23 de mayo de 2007 el reclamante presenta en una oficina de correos un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial dirigido al Servicio de Salud del Principado de Asturias por los daños sufridos como consecuencia de lo que estima un erróneo diagnóstico de su enfermedad por parte del servicio público sanitario.

Inicia su escrito relatando que “con fecha 20 de abril de 2006 quien suscribe acudió al Centro de Salud (...) al sufrir ciertas dolencias e hinchazón en

la pierna derecha, donde fui atendido por el médico de cabecera, diagnosticándose 'linfedema MID. Edema con fovea. Eccema de estaxis en 1/3 inf. de pierna y pie' y prescribiendo hidratación local y revisión en una semana./ El 28 de abril acudí nuevamente observándose la persistencia del linfedema".

Continúa narrando que acudió a nuevas citas en el mismo centro sanitario a lo largo del mes de mayo y que "el 2 de junio siguiente fue ingresado en el Hospital (...), en cirugía vascular, describiéndose una trombosis venosa profunda en poplítea derecha y tumoración en hueso poplíteo por resonancia magnética". Según refiere, "en informe radiológico de fecha 8 de junio (...) se describió lo siguiente: 'Gran tumoración de planos blandos de morfología polilobulada, de unos 14 cm de diámetro cráneo-caudal, localizada en el hueso poplíteo de la rodilla derecha (...). Su aspecto es compatible con una tumoración de naturaleza maligna, tipo sarcoma de partes blandas/fibrohistiocitoma maligno'", y que "en posterior informe anatomopatológico de punción de fecha 15 de junio (...) se describió lo siguiente: (...). Inmunohistoquímicos no son concluyentes aunque orientan más hacia linfoma maligno (...). El diagnóstico diferencial se establece entre un linfoma y un sarcoma de alto grado por lo que recomendamos biopsia para confirmación histológica".

Según relata, como se recoge "en el informe de alta del Servicio de Traumatología del Hospital (...) fechado el 16 de junio", el caso se comentó con un doctor de otro hospital, "decidiéndose traslado para su valoración, acompañando estudios y estableciéndose cita para el 23 de junio de 2006". En esta consulta el doctor anota en un "informe manuscrito", según refiere el reclamante, lo siguiente: "Hace aprox. un mes empezó a notar dolores en hueso poplíteo dcho. y edema en la pierna Dcha./ En (hospital) (...) se le diagnosticó Sarcoma en hueso poplíteo./ Exploración: Edema tenso del MID Tumoración... elástica, adherida a planos profundos del hueso poplíteo Dcho./ RNM: Tumoración en hueso poplíteo, voluminosa que engloba las estructuras vasculonerviosas./ D: Sarcoma p. blandas, poplíteo./ En principio indicación de

amputación´”. A lo anterior añade que “finalmente, en el reverso de este informe, se dice: `No quiere operarse (lo hará en otro Centro)´”.

Refiere que “solicitada una segunda opinión médica -que desde luego la gravedad y urgencia de la situación exigía, pues no se olvide que el Dr. (...) ya había indicado la necesidad de proceder de inmediato a la operación para amputar la pierna- se acudió a (un hospital privado), en el que fui atendido, con la máxima urgencia, el 28 de junio siguiente (...). Tras las pertinentes exploraciones y estudios analíticos, radiológicos (...) y otros, se diagnosticó un ‘linfoma difuso de células grandes B (...)’, (...) comenzándose quimioterapia (...) administrándose el primer ciclo el día 5 de julio de 2006 (...) lo que da idea de la urgencia vital del caso (...). Esto es, nada que ver con el diagnóstico indicado por el (último doctor que le atendió en la sanidad pública) ni menos aún con el tratamiento -más que expeditivo- prescrito por aquél, consistente en amputación de pierna derecha”.

Tras afirmar que concurren en su caso las circunstancias que originan la responsabilidad patrimonial de la Administración, según lo establecido en los artículos 106.2 de la Constitución y 139 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, manifiesta el reclamante que “partiendo de aquel primer error de diagnóstico del Centro de Salud (...) y del nada desdeñable retraso en la prestación del servicio que pudo tener consecuencias fatales (...) no se pusieron los medios adecuados para elaborar un diagnóstico correcto ni, luego de forma consecuente, se pusieron los medios adecuados para el tratamiento oportuno que resultó, por lo demás, absolutamente disparatado e innecesario, como se ha visto con posterioridad, en el desarrollo de una enfermedad que tenía consecuencias claramente reversibles, como se ha demostrado con el tiempo (...). No sería así posible exculpar a la Administración de su responsabilidad pues no podrá demostrarse que el personal facultativo empleó, a efectos de un adecuado diagnóstico, todos los medios a su alcance, que obligan a exigir una actuación prudente y previsoras consistente en la práctica de todas las pruebas conocidas y disponibles que permitan evidenciar la

enfermedad padecida así como descartar otras posibles complicaciones”.

Por los daños sufridos solicita el reintegro del importe abonado al hospital privado, que asciende a 48.948,15 € y “continúa incrementándose pues aún no se ha terminado con las revisiones prescritas”, más “12.740 € por los gastos de desplazamientos y estancia”. En justificación de estos gastos razona que “la urgencia del caso clínico unida a la desatención efectiva del enfermo, evidenciada por el cúmulo de diagnósticos y tratamientos erróneos, impusieron a éste el deber de hospitalización inmediata y utilización de la asistencia privada, para evitar que se pusiera en peligro su curación definitiva y en fin su vida, que dependía de ésta, por lo que resulta claro que los gastos que el tratamiento particular de emergencia origine, deben correr a cargo del SESPA”, y entiende que “se aprecia sin ningún género de dudas, la existencia de urgencia vital (...), no resultando exigible, vistos los hechos, haberse dirigido con posterioridad a la sanidad pública a quien se puso de manifiesto previamente la necesidad de consultar una segunda opinión, pues la situación revestía serio peligro para la propia existencia, además de notable premura que influiría necesariamente en daños irreparables para su integridad física y, visto lo visto, en una imposibilidad de recibir tal asistencia con el mismo acierto y no digamos ya celeridad, por los servicios establecidos para tal fin por el SESPA./ La actuación seguida no constituyó tampoco un derecho de opción, pues no había otra alternativa posible en aquel momento ni una decisión caprichosa encontrada con el afán de agotar todas las posibilidades terapéuticas”.

Asimismo, reclama una indemnización de 30.000 € en concepto de daño moral pues, “de no haberse solicitado una segunda opinión, habría tenido como resultado y consecuencia de fallecimiento, eso sí, previa innecesaria amputación de la pierna derecha, lo que ha llevado a importantes sufrimientos, con proyección en los diferentes ámbitos de la vida (personal, familiar, afectivo)”.

La suma de todos los conceptos indemnizables alcanza, según señala, “la cantidad de 91.688,15 €, más los intereses legales y ello sin perjuicio de su posterior ampliación en función del coste final de la atención médica” recibida en el hospital privado.

Por último propone la práctica de “cuantas pruebas fueren necesarias en orden a acreditar los hechos referenciados en cuanto fuesen negados o contradichos de contrario y especialmente la testifical-pericial de los facultativos intervinientes en el presente caso y/o de quienes suscriben los informes aportados, así como documental que se acompaña al presente escrito, acotándose a tal fin con cuantos archivos fuera preciso”, en concreto, los del centro de salud y de los hospitales, públicos y privado, donde ha sido tratado.

Al escrito acompaña una copia de los informes médicos elaborados por el servicio público sanitario que cita, así como de los informes emitidos por los facultativos de la clínica privada a la que acudió con posterioridad y de las facturas correspondientes. De estos últimos informes resulta que el diagnóstico definitivo de “linfoma difuso de células grandes B. Estadio III A. IPI 3” tuvo lugar el día 4 de julio de 2006.

2. El día 14 de junio de 2007 el Servicio instructor comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en dicho servicio y las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará. En cuanto al plazo y efectos del silencio administrativo, le indica que “transcurridos seis meses, a contar desde el día siguiente al de recibo de la presente notificación, o el plazo que resulte de añadirles un periodo extraordinario de prueba, sin que haya recaído resolución expresa, podrá entenderse desestimada su solicitud de indemnización”.

3. Con fecha 22 de mayo de 2007 el instructor, solicita de la dirección médica del centro hospitalario público que atendió en segundo lugar al paciente la remisión de una copia de la historia clínica y el “informe, a la vista de la reclamación, emitido por el servicio implicado, en este caso el de Traumatología II”.

4. Con fecha 5 de junio de 2007 el Secretario General del hospital citado en el anterior antecedente remite al servicio instructor una copia del parte de

reclamación del seguro de responsabilidad sanitaria y de la historia clínica del paciente. Constan en la historia clínica los siguientes documentos: a) informe radiológico, de fecha 8 de junio de 2009, del hospital que atendió al paciente en primer lugar, en el que se anota, en el apartado "hallazgos", "gran tumoración de planos blandos de morfología polilobulada, de unos 14 cm de diámetro cráneo-caudal, localizada en el hueso poplíteo de la rodilla derecha (...). La lesión se sitúa entre los músculos gemelos interno y externo englobando por completo los vasos poplíteos (...). Su aspecto es compatible con una tumoración de naturaleza maligna, tipo sarcoma de partes blandas/fibrohistiocitoma maligno"; b) informe anatomopatológico de punción, firmado el día 15 de junio de 2006, emitido por el mismo hospital, en el que consta como diagnóstico, "PAAF de masa en hueso poplíteo: tumor maligno de células redondas" y, en el apartado "notas", lo siguiente: "el diagnóstico diferencial se establece entre un linfoma y un sarcoma de alto grado por lo que recomendamos biopsia para confirmación histológica; c) informe de Traumatología del mismo hospital, fechado el 16 de junio, en el que se anota que "comentado el caso (...) se decide traslado" a otro hospital público "para valoración. Se adjuntan estudios"; d) hoja de curso clínico de consultas de Traumatología del hospital público al que fue remitido el perjudicado en la que se anota el día 23 de junio de 2006 lo siguiente: "Hace aprox. 1 mes empezó a notar dolores en hueso poplíteo Dcho. y edema en la pierna Dcha./ En H. (...) se le diagnosticó sarcoma en hueso poplíteo (...). RNM: Tumoración en hueso poplíteo, voluminosa, que engloba las estructuras vasculo-nerviosas./ D: Sarcoma P. Blandas poplíteo./ En principio indicación de amputación", a continuación la rúbrica del doctor, y debajo "Plan: biopsia con tru-cut" y nueva rúbrica. En el reverso de la misma hoja el doctor anota "no quiere operarse (lo hará en otro centro)"; e) hoja "formulario de petición de pruebas" dirigida al laboratorio de respuesta rápida, fechada el día 24 de agosto de 2006, y suscrita por el mismo facultativo, en la que se consigna "sarcoma" en el apartado "diagnóstico"; f) partes de la asistencia prestada al interesado en su centro de atención primaria desde el día 20 de abril de 2006 hasta el 19 de octubre del

mismo año.

5. Con fecha 22 de junio de 2007 el Secretario General del hospital público que atendió al paciente en segundo lugar remite el informe elaborado por el servicio implicado, elaborado por el Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología el día 11 de junio de 2007, cuyo contenido es el siguiente: “paciente visto en consulta de oncología ortopédica en junio-2006, remitido de otro centro para valoración de una gran tumoración extracompartimental localizada en el tercio inferior del muslo derecho y con infiltración vasculonerviosa del hueso poplíteo./ De acuerdo con los estudios aportados por el paciente, y una vez explorado físicamente, se plantea el diagnóstico diferencial entre sarcoma de partes blandas de alto grado histológico y linfoma (ver informe de Anatomía patológica (...) realizado en base a punción)./ Al paciente y a su familia se les explica la naturaleza del proceso y se les indica que, en caso de tratarse de un sarcoma de partes blandas con estas características, el único tratamiento viable, que pueda controlar la enfermedad tanto desde el punto de vista local como general, es la amputación. En todo caso, y tal como consta en la Historia Clínica, la decisión terapéutica queda supeditada al resultado de la biopsia que, como es natural, debe aclarar el diagnóstico definitivo del tipo de tumor./ Así, en la historia clínica consta que se planifica ‘biopsia con tru-cut’ (procedimiento hoy preferido por casi todos los expertos en sarcomas y que nosotros realizamos habitualmente). También consta en la historia clínica la libre decisión del paciente de seguir tratamiento en otro centro (ver anotaciones en la historia clínica e, incluso, la petición de estudio preoperatorio previo a la programación de la biopsia)”. A lo anterior añade el siguiente “comentario”: “el tratamiento de los tumores -incluidos los que se asientan en el aparato locomotor- varía dependiendo del diagnóstico del tipo de tumor. En el caso que nos ocupa:/ Si se trata de linfomas el tratamiento es básicamente conservador desde el punto de vista quirúrgico (...), basado en quimioterapia y radioterapia./ Si se trata de sarcomas de partes blandas el tratamiento de base es la cirugía, asociada o no a diversos tipos de radioterapia

(...). La quimioterapia no ha conseguido en estos tumores, hasta el momento, resultados que justifiquen su toxicidad. El tratamiento quirúrgico se basa en la extirpación de la tumoración con márgenes más o menos amplios de tejido sano (...) y, necesariamente, deben tener un tratamiento ablativo (...) los sarcomas que no son resecables con un mínimo de seguridad en los márgenes quirúrgicos, como sería, hipotéticamente, un sarcoma de las características (...) que tenía el tumor de este paciente./ Afortunadamente para (el paciente), el diagnóstico definitivo, realizado en base a la biopsia realizada en el centro al que acudió y en el que se siguió el protocolo que también nosotros habíamos planificado, fue de linfoma y, por consiguiente, pudo seguir el tratamiento conservador que es habitual en estos casos, obteniéndose con él buena respuesta local, que nosotros deseamos se consolide y permita al paciente superar su enfermedad./ Extraer más conclusiones sobre lo que podría haber sido y no fue, basados en datos que no solamente no son ciertos sino que tampoco constan en ninguna parte, sencillamente no tiene sentido”.

6. Con fecha 13 de junio de 2007, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto suscribe el correspondiente Informe Técnico de Evaluación en el que afirma, en el apartado “valoración del caso”, que “los sarcomas son tumores malignos (...). La única manera de determinar si una tumoración es benigna o maligna, es obteniendo una muestra mediante una biopsia; el tejido obtenido es analizado por el anatomopatólogo, que determinará el tipo concreto de tumor y el grado (...). El tratamiento de los sarcomas depende del tipo (...), del estadio del tumor, y de si ha llegado a afectar a los ganglios próximos o se ha extendido a otras partes del cuerpo. Su tratamiento incluye la cirugía, la quimioterapia y la radioterapia. La cirugía es el tratamiento más común. El cirujano debe extirpar todo el tumor, asegurándose que no quede tejido tumoral. Dependiendo del tamaño y de la localización, puede ser necesaria la amputación de la extremidad (...). La quimioterapia y la radioterapia pueden ser necesarias, tanto para reducir el tamaño del tumor para después poder realizar la cirugía, como después de la intervención

quirúrgica para eliminar restos tumorales (...). Hay una serie de 'factores de riesgo' de éstos tumores que en conjunto determinan el grado de malignidad y por lo tanto el pronóstico: su localización, el tamaño del tumor, si se ha diseminado a otras regiones, el grado del tumor (los tumores de 'bajo grado' habitualmente permanecen en la localización donde se han originado; los tumores de 'alto grado' tienen más capacidad para diseminarse a otras partes del cuerpo (...)). La supervivencia a 5 años de los pacientes con un sarcoma de partes blandas es aproximadamente del 90% si el cáncer se detecta cuando aún es de tamaño pequeño y no se ha diseminado. Por el contrario, si el sarcoma se ha metastatizado, la supervivencia a 5 años se sitúa entre el 10 y el 15%".

Explica, a continuación, que el diagnóstico del linfoma "se hace mediante una biopsia tisular. Después de diagnosticar el LNH B difuso de células grandes se debe establecer si la enfermedad está localizada (afectación de un solo área ganglionar o si está afectada más de un área, y determinar el volumen de masa tumoral). Una vez conocido si el LNH está localizado (estadios I y II) o avanzado (estadios III y IV), hay que determinar el pronóstico".

Finalmente, concluye que: "1. La reclamación por responsabilidad patrimonial formulada (...) por los gastos ocasionados por la utilización de medios ajenos y el daño moral provocado por lo que considera un notorio error médico de los servicios sanitarios (...) del Principado de Asturias en una situación de urgencia vital, ha sido presentada dentro del plazo legalmente establecido al efecto./ 2. El supuesto error médico invocado por el reclamante no fue tal. Lo que realmente ocurrió fue que en una primera aproximación al diagnóstico, con arreglo a los datos disponibles y a falta de biopsia, se pensó que el paciente padecía un sarcoma de partes blandas, cuyo tratamiento de elección es la amputación del miembro afecto. No hubo lugar a conocer la verdadera naturaleza de la lesión, porque el paciente voluntariamente decidió abandonar de forma abrupta la sanidad pública para acudir a la medicina privada./ 3. Los profesionales del sistema sanitario público (...) al utilizar los recursos precisos para llegar al diagnóstico de la lesión, actuaron en todo

momento de manera correcta con arreglo a protocolos contrastados científicamente./ 4. El sistema sanitario público estaba en condiciones de prestar la misma terapia, en un plazo cuando menos igual y con idénticas garantías que la que el reclamante recibió en la medicina privada. No cabe, por tanto, esgrimir urgencia vital o insuficiencia de recursos en la medicina pública para justificar su actitud./ 5. No concurriendo en este caso los supuestos contemplados en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, el reclamante no tendría derecho al reembolso de los gastos médicos, ni a los de desplazamiento y estancia. Se entiende asimismo que no cabe indemnización por daño moral, porque ningún daño de esta índole se le ha provocado”.

Por todo ello, considera que la reclamación “carece de fundamento” y “debe ser desestimada”.

7. Con fecha 29 de junio de 2007, el Jefe del servicio instructor remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y una del expediente a la correduría de seguros.

8. El día 1 de octubre de 2007, emite dictamen una asesoría privada, suscrito colegiadamente por cuatro doctores especialistas en Medicina Interna, constando en la propuesta de resolución que ha sido realizado a instancias de la compañía aseguradora.

Refieren los especialistas que al perjudicado se le practicó “una PAAF -Punción Aspiración con Aguja Fina- en el hospital (que le atendió en primer lugar) y en (la clínica privada que finalmente le trató). En los dos centros se llegó al diagnóstico de que existían células malignas, sin poder asegurar por la morfología ni por la histoquímica el tipo de tumor al que correspondían, aunque en ambos centros consideraron como primera posibilidad citológica el linfoma./ La PAAF es un método de exploración que habitualmente no permite el diagnóstico exacto de los tumores, aunque sí permite asegurar si se trata de un

tumor maligno o no. La ausencia de diagnóstico cierto es especialmente posible en los sarcomas por lo que no se puede asegurar nunca que un tumor maligno es un sarcoma sin una biopsia. La diferencia entre una PAAF y una biopsia es que con la PAAF sólo se obtienen células aisladas y con la biopsia se consiguen muestras de tejido completo, lo que permite habitualmente establecer un diagnóstico cierto. La muestra de biopsia se puede obtener quirúrgicamente, mediante una intervención abierta, o mediante punciones con aguja gruesa -como es la tru-cut- con las que se obtienen cilindros del tejido tumoral./ En este paciente, tras el resultado de la PAAF se le indicó la necesidad de hacer una biopsia con tru-cut para poder decir con seguridad si se trataba de un linfoma o un sarcoma ya que el tratamiento es muy diferente en uno u otro tumor: en el sarcoma se administra quimioterapia y en el sarcoma hay que hacer cirugía radical que en este caso implicaba la amputación de la extremidad donde estaba el tumor. En la hoja de evolución de la consulta de Oncología-Trauma se indica que el enfermo rechaza la intervención y acudirá a otro centro. (...) el paciente decidió iniciar y completar el tratamiento en (una clínica privada) cuando en la sanidad pública de Asturias se le podrían haber aplicado todos (los) elementos terapéuticos que se utilizaron en (el centro privado).

Finalmente señalan que “la actuación médica seguida con este enfermo fue en todo momento correcta y diligente, permitiendo llegar a diagnóstico de tumor maligno 12 días después de la primera consulta en el hospital (que le atendió en primer lugar) y mes y medio después de que el paciente presentase el primer síntoma”.

9. El día 19 de octubre de 2007, se notifica al interesado la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de quince días.

10. El día 23 de octubre de 2007, según diligencia extendida al efecto, el interesado se persona en las dependencias administrativas y retira una copia completa del expediente administrativo.

11. Con fecha 7 de noviembre de 2007 el interesado presenta en el registro de la Delegación del Gobierno en Asturias un escrito de alegaciones dirigido al servicio instructor en el que afirma que en el "informe manuscrito de 23-VI-2006 se diagnosticó, sin alternativa alguna 'Sarcoma partes blandas poplíteo' y luego se añadía 'En principio, indicación de amputación'. Luego, y este término ha de tomarse en su doble extensión: tanto por estar escrito a continuación del párrafo anterior lo que hizo en nuestra presencia y después de haber firmado aquel informe, se añadió en momento posterior a nuestra visita, pero sin poner fecha alguna -lo que ya es bien sospechoso- 'Plan: biopsia con tru-cut'. Tras lo que se vuelve a poner la firma. Y otra vez, también sin fecha y con nueva firma -la tercera ya- se dice: 'No quiere operarse -lo hará en otro centro-'. ¿Qué sentido tienen los añadidos posteriores si no es corregir el error previo? Ninguno. No hay explicación lógica para tal comportamiento. Por eso no es cierto, como ahora se dice, que 'al paciente y a su familia se les explica la naturaleza del proceso y se les indica que, en caso de tratarse de un sarcoma de partes blandas con estas características, el único tratamiento viable, que puede controlar la enfermedad tanto desde el punto de vista local como general es la amputación'".

Tras hacer referencia al informe "de punción que habla de un diagnóstico diferencial entre un linfoma y un sarcoma, recomendando biopsia para confirmación", afirma el reclamante que "el Dr. (...) emitió un diagnóstico equivocado, bien por ignorar aquella punción practicada días antes pero que quizás no recibió hasta después (...) o bien por puro error, pues en otro caso no se explica el por qué de su diagnóstico al paciente en el día de la consulta".

A lo anterior añade que "se afirma con rotundidad en el informe del inspector de prestaciones sanitarias que el sistema sanitario público estaba en condiciones de suministrar el tratamiento adecuado, pero para ello habría que haber hecho un diagnóstico acertado y a tiempo, lo que no se hizo, por más que ahora se niegue (...). Hubo un diagnóstico equivocado y un tratamiento igualmente erróneo que, de haberlo seguido habría supuesto, con la tardanza y demora añadidas, que el reclamante que suscribe habría fallecido

inevitablemente pero, eso sí, previa inútil amputación de su pierna, pues ya estaban afectadas otras zonas ganglionares del cuerpo”.

Finalmente, concluye que “se han continuado devengando gastos de tratamiento cuya justificación se acompaña al presente escrito, por importe de 1.161,97 € y 1.848 € que han de añadirse a la cantidad reclamada, lo que hace un total de 94.698,12 €”, solicitando que sea estimada su reclamación.

12. Con fecha 4 de diciembre 2007 el Jefe del Servicio instructor elabora propuesta de resolución de la reclamación en sentido desestimatorio, basándose en idénticos argumentos a los señalados en el informe técnico de evaluación.

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de enero de 2008, registrado de entrada el día 18 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 del Principado de Asturias objeto del expediente núm., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

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 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 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 la determinación del alcance de las secuelas.” En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 23 de mayo de 2007, habiendo tenido lugar el diagnóstico definitivo del linfoma el día 4 de julio de 2006, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en 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 (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación 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, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás

entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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

En cuanto al informe de los servicios afectados, se ha incorporado al procedimiento el informe del Servicio de Traumatología del hospital público al que fue remitido el paciente en interconsulta, al que se imputa la formulación de un diagnóstico erróneo; sin embargo, no consta que el instructor haya solicitado siquiera el informe de atención primaria, al que el reclamante achaca, según refiere en el escrito de reclamación, un “primer error de diagnóstico”, y ello pese a que la parte solicita su incorporación al procedimiento como prueba, sin que conste la preceptiva resolución motivada del instructor, en los términos de lo establecido en el artículo 9 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, teniendo en cuenta que, sobre aquella omisión, ninguna observación realizan los interesados en el escrito de alegaciones formulado en el trámite de audiencia, y a la vista del conjunto de la documentación contenida en el expediente, este Consejo, en aplicación de los principios de eficacia y economía procesal, no considera necesaria la retroacción de actuaciones para la subsanación de los defectos expuestos, pues es de prever, en buena lógica, que, de informar sobre la reclamación los facultativos de atención primaria que asistieron al perjudicado, el sentido del presente dictamen no variaría.

Asimismo, hemos de señalar que la comunicación dirigida al interesado a los efectos de lo dispuesto en el artículo 42, apartado 4, de la LRJPAC incurre en error respecto a la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento, que no puede iniciarse, como se indica en la referida comunicación, “el día siguiente al de recibo de la presente notificación”, sino, de acuerdo con el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, desde que se inició el procedimiento. En el supuesto concreto que analizamos, el procedimiento se inició a instancia de

parte -a solicitud de la persona interesada y no de oficio por la Administración- y, por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 42, apartado 3, de la LRJPAC, el plazo máximo en el que habría de notificarse la resolución expresa se cuenta desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro (legalmente constituido) del órgano competente para su tramitación.

Por último, se aprecia que ha sido rebasado el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Recibida la reclamación en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 30 de mayo de 2007, se concluye que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 18 de enero de 2008, el plazo de resolución y notificación ha sido sobrepasado. 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.

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 139 de la LRJPAC 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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 141 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la

Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- El asunto que se somete a nuestra consideración se refiere a una demanda de indemnización por los daños, patrimoniales y morales, ocasionados por tener que acudir el interesado a la asistencia sanitaria privada, según refiere, ante el retraso asistencial, ausencia de puesta a disposición de los medios precisos para el diagnóstico y, en último término, diagnosis incorrecta de su dolencia en la sanidad pública.

La naturaleza genuina de la pretensión que da lugar al procedimiento que analizamos se corresponde, a priori, con la de una demanda de reintegro de gastos a la que se adiciona el daño moral, pues aduce el reclamante que su determinación de acudir a la sanidad privada ha venido motivada por la falta de puesta a disposición de los medios precisos para el diagnóstico y tratamiento de

su dolencia en la sanidad pública en una situación que califica de “urgencia vital”; sin embargo, no se decanta por el ejercicio de esa acción de reembolso al amparo de lo señalado en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización, sino por la exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, y solicita una indemnización por el funcionamiento anormal del servicio público sanitario, consistente en la demora, falta de puesta a disposición de medios y diagnóstico incorrecto antes citados, con expresa invocación de los artículos 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la LRJPAC. Tal planteamiento -y su consecuente reclamación- es admisible, pero para que pueda prosperar deberán concurrir los requisitos generales que hemos señalado en la consideración jurídica quinta. Por tanto, habrá que analizar si nos hallamos ante un daño efectivo, evaluable económicamente, ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario, y antijurídico.

Por lo que a la efectividad del daño se refiere, los gastos desembolsados por el interesado como consecuencia de las intervenciones diagnósticas y terapéuticas seguidas en la sanidad privada, se encuentran acreditados con las facturas que adjunta, sin perjuicio de una valoración más concreta si el sentido de este dictamen fuese finalmente estimatorio de la reclamación.

Ahora bien, la causación de unos daños con ocasión de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues para ello debe verificarse si, como manifiesta el reclamante, se ha producido el retraso asistencial, la falta de puesta a disposición de los medios precisos para el diagnóstico, y los errores que constituyen el fundamento de la *causa petendi*.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, 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 un paciente con ocasión de la

atención recibida, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente. Este criterio opera no sólo en la fase de tratamiento dispensado a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todas las medidas y medios necesarios y disponibles para la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento, pero no a un resultado concreto.

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 -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares, o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

El perjudicado reprocha al servicio público sanitario, en primer término, según señala en el escrito de reclamación, un "retraso en la prestación del servicio que pudo tener consecuencias fatales", así como la falta de puesta a disposición de los medios precisos para alcanzar el diagnóstico de la enfermedad.

A propósito de tal imputación, el informe médico elaborado a instancias de la aseguradora califica como "correcta" la actuación médica que permitió

“llegar a un diagnóstico de tumor maligno 12 días después de la primera consulta en el hospital (que le atendió en primer lugar) y mes y medio después de que el paciente presentase el primer síntoma”; no obstante, sobre la actuación sanitaria posterior a aquel diagnóstico inicial de “tumor maligno” no se pronuncia ninguno de los informes evacuados en el procedimiento, pues argumentan sus autores, como señala el instructor en el informe técnico de evaluación, que “si no hubo lugar a conocer la verdadera naturaleza de la lesión” fue “porque el paciente voluntariamente decidió abandonar (...) la sanidad pública”.

Efectivamente, entre los documentos obrantes en el expediente que analizamos constan los informes de la asistencia prestada al perjudicado en la sanidad privada, de los que resulta que aquél fue atendido por primera vez en un hospital privado al que acude, según él mismo afirma, en busca de una segunda opinión, el día 28 de junio de 2006. No obstante, a la vista de la documentación obrante en su historia clínica en la sanidad pública, no puede afirmarse, sin embargo, que su decisión de acudir a la asistencia sanitaria privada en aquel momento hubiese supuesto un abandono de la sanidad pública, pues el día 24 de agosto de 2006, es decir, dos meses después de la primera consulta en el Servicio de Traumatología del hospital público que le atendió en segundo lugar, el Jefe del Servicio, a la sazón responsable del paciente, rellena la hoja “formulario de petición de pruebas” mediante la que solicita al Laboratorio de Respuesta Rápida el análisis preoperatorio previo a la realización de la biopsia con tru-cut, y ningún sentido tendría que el médico responsable dispusiera la realización de aquel estudio preoperatorio si el paciente había renunciado ya a ser tratado en la sanidad pública, por lo que la anotación “no quiere operarse (lo hará en otro centro)”, que figura en la hoja de curso clínico de consultas y no lleva fecha, tuvo que practicarse no coetáneamente, sino con posterioridad a la programación de la biopsia.

Esta demora de dos meses en el proceso diagnóstico de un tumor maligno con sospecha clínica de alto estadiaje, no sólo convertiría en perfectamente razonable la decisión del paciente de acudir a la sanidad privada,

sino que sería suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración, teniendo en cuenta que ninguna explicación ofrece el servicio público sanitario a propósito de esta demora, cuestión que tampoco contribuyen a esclarecer las anotaciones de la historia clínica. Hemos de recordar que, en el supuesto de haberse confirmado el diagnóstico de sarcoma, se habría tratado de un tumor, como reconoce el propio servicio responsable en su informe, “de alto grado histológico”, es decir, de los que, según el informe técnico de evaluación, “tienen más capacidad para diseminarse a otras partes del cuerpo” y un índice inferior de supervivencia, por lo que hemos de concluir que la *lex artis* imponía, en este caso, ante la gravedad del pronóstico, una actuación de mayor premura.

Además, el perjudicado niega que se le haya ofrecido la posibilidad de someterse a una biopsia con tru-cut, y afirma que el diagnóstico “sarcoma” y el tratamiento, “en principio, indicación de amputación” que constan en la hoja de curso clínico de consultas de Traumatología -cuyo contenido conoce por habérsela facilitado el Servicio de Atención al Paciente, pues así resulta del sello obrante en la copia que adjunta con el escrito de reclamación- se le ofrecieron de forma verbal no como una posibilidad, sino como un diagnóstico y plan de abordaje terapéutico definitivos que, a posteriori, resultarían erróneos.

La obligación legal de informar al paciente, forma parte de todas las actuaciones asistenciales y constituye un elemento esencial de la *lex artis ad hoc*, pues, como ha señalado en numerosas ocasiones el Tribunal Supremo, tal deber no constituye un mero formalismo, sino que encuentra su fundamento y apoyo en la exaltación de la dignidad de la persona que consagra la Constitución en su artículo 10.1, pero sobre todo en la libertad, a la que se refieren los artículos 1.1 y 9.2 de la misma norma -en su proyección general de autonomía del individuo para elegir entre las diversas opciones vitales que se le presenten de acuerdo con sus intereses y preferencias- y numerosos pactos y tratados internacionales sobre la materia ratificados por España a los que se refiere el artículo 10.2 del texto constitucional.

Puesto que, con carácter general, la información se transmite de forma verbal a los pacientes, la necesidad de garantizar el cumplimiento de este deber médico, que es al mismo tiempo un derecho de los pacientes según el artículo 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de Autonomía del Paciente, implica para los facultativos la obligación, a la que se refiere el mismo precepto, de dejar “constancia en la historia clínica” de la información facilitada verbalmente, que habrá de ser “verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad”.

En el caso que analizamos, no existe constancia en la historia clínica de que al perjudicado se le haya informado, por parte del Servicio de Traumatología del hospital al que fue remitido en interconsulta, de que el diagnóstico del tumor no estaba establecido definitivamente, esto es, que podía tratarse de un sarcoma o de un linfoma, y de que el tratamiento de la enfermedad, radical, mediante la amputación de la pierna, o conservador, estaba supeditado a la confirmación definitiva, en una biopsia, de la histología del tumor. Al contrario, en la hoja de curso clínico correspondiente a la consulta de 23 de junio de 2006 figuran las anotaciones “en H. (...) se le diagnosticó sarcoma en hueso poplíteo” -información que, a la vista de los documentos obrantes en la historia de ese hospital, no era cierta-, y “D: Sarcoma P. Blandas Poplíteo”, sin salvedad ninguna. En la hoja “formulario de petición de pruebas” dirigida al Laboratorio de Respuesta Rápida, fechada casi dos meses después, el mismo facultativo vuelve a anotar como diagnóstico “sarcoma”. Es cierto que figura en la hoja de curso clínico la anotación “Plan: biopsia con `tru-cut´”, pero esta anotación es posterior a la consignación de un diagnóstico que figura previamente establecido de forma definitiva, sin reservas, cuando la *lex artis* impone siempre, como coinciden en señalar todos los informes incorporados al procedimiento, la realización de una biopsia para diagnosticar un sarcoma, de modo que, en palabras de los autores del dictamen elaborado a instancias de la aseguradora, “no se puede asegurar nunca que un tumor maligno es un sarcoma sin una biopsia”, cuya muestra “se puede obtener quirúrgicamente,

mediante una intervención abierta, o mediante punciones con aguja gruesa -como es la tru-cut-".

Por todo ello, ha de concluirse que el funcionamiento del servicio público sanitario, que ha demorado durante dos meses el proceso diagnóstico de un tumor maligno de alto grado, y, además, no ha acreditado haber ofrecido al paciente una información veraz, transmitiéndole como definitivo lo que, según afirma el instructor en el informe técnico de evaluación, no era sino "una primera aproximación al diagnóstico", ha conducido al perjudicado a solicitar una segunda opinión en la sanidad privada, lo que no habría resultado necesario de haber actuado el servicio público sanitario con mayor premura y diligencia.

SÉPTIMA.- Establecida la responsabilidad de la Administración en el daño causado, procede valorar la cuantía de la indemnización a la que tiene derecho el reclamante.

La cuantía de la indemnización solicitada suma en el escrito de reclamación la cantidad de 91.688,15 €, que incluye los importes abonados al hospital privado, debidamente acreditados mediante factura, el daño moral, y otros gastos de "desplazamiento y estancia" que se encuentran sin justificar y ascienden a 12.740 €. En el escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia, el reclamante modifica la cuantía de la indemnización solicitada para incorporar nuevos gastos de tratamiento, hasta un total de 94.698,12 €.

Para realizar el cálculo de la indemnización que ha de satisfacerse debe tenerse en consideración que, como coinciden en señalar los informes incorporados al procedimiento, el servicio sanitario público se encontraba en condiciones de prestar al paciente la misma terapia que recibió en el centro privado, y "en un plazo cuando menos igual y con idénticas garantías", como precisa el instructor en el informe técnico de evaluación, por lo que, una vez diagnosticado el linfoma, la decisión del reclamante de seguir el tratamiento en la sanidad privada constituye una opción libre que no puede ser indemnizada.

Teniendo en cuenta lo anteriormente señalado, este Consejo estima que corresponde indemnizar al perjudicado en tres mil quinientos nueve euros (3.509 €), cuantía que engloba los importes sufragados a la clínica privada en concepto de coste de consultas, estudios, laboratorio e informes, necesarios para el diagnóstico del linfoma -hasta un total de tres mil nueve euros (3.009 €) debidamente acreditados mediante facturas- y quinientos euros (500 €) en concepto de daño moral.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, estimando parcialmente la reclamación presentada por, indemnizar al interesado en la cantidad de tres mil quinientos nueve euros (3.509 €).”

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.