

Expediente Núm. 35/2013
Dictamen Núm. 51/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 14 de marzo de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente acuerdo:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 20 de febrero de 2013, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su hijo y padre, respectivamente, como consecuencia de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 14 de julio de 2011, la madre y dos hijos del perjudicado presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su hijo y padre, respectivamente, como consecuencia de la deficiente asistencia prestada por el servicio público sanitario.

Refieren que en el curso de los estudios que se le realizan al perjudicado con motivo de la recidiva de un angioma labial, el Servicio de Radiodiagnóstico

del Hospital "X" informa, el día 10 de noviembre de 2008, de la existencia de un "nódulo pulmonar solitario en segmento anterior del lóbulo superior derecho que, por su morfología, no puedo excluir se trate de malformación vascular, entre otras posibilidades, por lo que sugiero realización del estudio con contraste intravenoso". Con fecha 10 de diciembre de 2008, el citado Servicio emite otro informe "relativo al estudio realizado toraco-abdominal con contraste oral e IV", en el que se observa "nódulo de 3 x 2 cm en llingula, no calcificado, con captación de contraste imágenes espiculadas, y por tanto sospechoso de malignidad", con el diagnóstico de "probable carcinoma de pulmón".

El día 24 de agosto de 2009 su médico de Atención Primaria solicita interconsulta al Hospital "Y" por "monoartrosis (*sic*) cadera izquierda sin mejoría tras (tratamiento) con corticoides, AINEs y tramadol de liberación prolongada", figurando, entre otros antecedentes personales, en un informe del Centro de Salud, el de "exfumador de 40 cigarrillos al día", una analítica realizada el 18 de ese mes que muestra "alteraciones bioquímicas y de la V.S.G." y un informe radiológico de 22 de agosto en el que se da cuenta de "cambios degenerativos, más acusados en la cadera izquierda".

Exponen que en el informe de alta de Urgencias del Hospital "Y", de fecha 24 de agosto de 2009, consta que el paciente ingresa por "dolor en cadera izquierda, en la exploración física se aprecia dolor importante a la rotación de la cadera izquierda./ Se añade que (...) la radiología de tórax realizada es normal./ Siendo el diagnóstico de (...) artritis reumatoide".

Sin embargo, indican que el día 16 de septiembre de 2009 se le realiza "una resonancia magnética de caderas" en una clínica privada en la que se aprecian "cambios en cabeza femoral sugestivos de necrosis isquémica grado 2./ Pequeñas imágenes nodulares en el seno del edema de medular ósea de cuello femoral izquierdo y pequeña imagen nodular ósea en el ilíaco derecho, de aspecto inespecífico, aconsejándose valoración clínica y gammagrafía para descartar por completo secundarismo".

El día 2 de octubre de 2009, en un informe del Servicio de Reumatología del Hospital "Y" se insiste en "la impresión diagnóstica de (...) artritis reumatoide en remisión./ Lesión de cadera derecha (*sic*) a estudio (...). Se le prescribe

tratamiento para el ácido úrico, la degeneración articular, un relajante muscular y paracetamol 1 gr”.

Añaden que “el día 20-10-2009 ingresa en el Hospital “Y” (...), emitiéndose informe del Servicio de Neumología en fecha 21-10-2009 en el que se llega al siguiente diagnóstico:/ carcinoma no microcítico de pulmón estadio IV (afectación ósea)./ Se señala que acudirá a las consultas de radioterapia” del Hospital “X” cuando sea citado y se solicita “valoración por parte de Oncología Médica” del citado hospital. El día 3 de junio de 2010 el referido Servicio informa que “el carcinoma pulmonar de estadio IV ha invadido otras zonas, presentando:/ Afectación pulmonar bilateral./ Afectación ósea en fémur izquierdo./ Progresión a nivel mediastínico y posteriormente a nivel pleural”.

Con fecha 13 de julio de 2010 ingresa en el Hospital “Y”, “dándosele el alta el 16-07-2010, fecha en que se emite informe por el Servicio de Neumología en el que se realiza la siguiente impresión diagnóstica:/ carcinoma pulmonar no microcítico, estadio IV, en clara progresión y con deterioro clínico manifiesto”. El día 17 de julio de 2010 el perjudicado fallece en su domicilio.

Critican el hecho de que con “una impresión diagnóstica el día 10-12-2008 de probable carcinoma de pulmón” los servicios sanitarios se centren en la “artritis reumatoide y en la patología de la cadera izquierda, enviándose al Servicio de Traumatología, haciéndose caso omiso a la sospecha del carcinoma de pulmón”, y no siendo “hasta 10 meses después (21-10-2009) cuando se inicia el tratamiento con radioterapia” para hacer frente al nódulo existente, por lo que consideran que “desde el punto de vista médico legal y forense (...) se ha dejado evolucionar la tumoración de este paciente privándosele de tratamientos terapéuticos en estadios anteriores que hubiesen podido alargarle la vida considerablemente”.

Solicitan una indemnización por importe total de ochenta y un mil dieciocho euros con cuarenta y tres céntimos (81.018,43 €).

Adjuntan una copia de los siguientes documentos: a) Solicitud de interconsulta al Servicio de Cirugía General del Hospital “Y”, de fecha 29 de febrero de 2008. b) Informe del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital “X”, de 10 de noviembre de 2008. c) Informe de alta del Servicio de Cirugía Maxilofacial

del Hospital "X", de 2 de diciembre de 2008. d) Hojas de consentimiento informado, así como de realización de estudio preoperatorio. e) Informe del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital "X", de 10 de diciembre de 2008. f) Solicitud de interconsulta al Hospital "Y", de 24 de agosto de 2009. g) Resumen de la historia clínica del perjudicado obrante en el Centro de Salud h) Resultados de la analítica efectuada en el Hospital "Y", de fecha 19 de agosto de 2009. i) Informe radiológico del Hospital "Y", de 22 de agosto de 2009. j) Informe de alta del Servicio de Urgencias del Hospital "Y", de 24 de agosto de 2009. k) Informe de la resonancia magnética efectuada en una clínica privada, de fecha 16 de septiembre de 2009. l) Informe del Servicio de Reumatología del Hospital "Y", de 2 de octubre de 2009. m) Informe del Servicio de Neumología del mismo hospital, de 21 de octubre de 2009. n) Informe del Servicio de Oncología Médica del Hospital "X", de 3 de junio de 2010. ñ) Informe del Servicio de Neumología del Hospital "Y", de 13 de julio de 2010. o) Certificado de defunción del perjudicado. p) Libro de familia. q) Documento nacional de identidad de los reclamantes. r) Anotaciones del Servicio de Oncología Radioterápica del Hospital "X", de 3 de noviembre de 2009, en el que se recoge la "planificación e inicio de (tratamiento) radiológico paliativo", y de 15 de diciembre de 2009, en el que se detalla el seguimiento del mismo. s) Informes del Servicio de Radiodiagnóstico II del Hospital "X" de fechas 21 de enero y 31 de marzo de 2010, en los que se efectúa el diagnóstico de "gran progresión tumoral a nivel torácico, óseo y a nivel de D12 y sin poder evaluar la evolución de la lesión metastásica de la cadera izda." y "gran progresión a nivel pulmonar y mediastínico", respectivamente.

2. Mediante escrito de 20 de julio de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. El día 3 de agosto de 2011, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado para elaborar el informe técnico de evaluación solicita a la Gerencia del Hospital "Y" una copia de la historia clínica del perjudicado y un informe de los Servicios de Neumología y de Reumatología.

Con esa misma fecha, requiere a la Gerencia del Hospital "X" una copia de la historia clínica del afectado y un informe de los Servicios de Radiodiagnóstico, de Anestesia y Reanimación y de Oncología Médica, interesando, en particular, que "se pronuncien sobre la información dada al paciente o sus familiares sobre el resultado del TAC torácico efectuado el 3 de diciembre de 2008 (probable carcinoma de pulmón) y la conducta posterior adoptada al respecto".

Finalmente, insta al Gerente de Atención Primaria del Área Sanitaria III a que le remita una copia de la historia clínica del perjudicado obrante en su centro de salud y un informe de su médico de cabecera.

4. El día 2 de agosto de 2011, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital "X" remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica solicitada.

Con fecha 8 de agosto de 2011, le traslada el informe emitido por el Servicio de Oncología Médica el día 4 de ese mismo mes. En él se hace constar que "el paciente acudió a primera visita el 28-10-2009 ya con el diagnóstico de carcinoma de pulmón estadio avanzado, y por tanto sin capacidad por nuestra parte en entrar en el detalle de si hubo o no demora en el diagnóstico por otro hospital o servicio (...). Siguió tratamiento considerado como estándar para este tipo de patología tumoral, estadio y estado general del paciente, basado en Cisplatino, Taxanos y Pemetrexete, alcanzando una supervivencia en torno a los 9 meses, que puede ser considerado como la mediana de supervivencia global mínima exigible para este tipo de patología".

5. Con fecha 11 de agosto de 2011, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital "X" remite al Servicio instructor el informe del Servicio de Cirugía Maxilofacial.

6. Mediante escrito de 18 de agosto de 2011, el Director Médico del Hospital “Y” envía al Servicio instructor una copia de la historia clínica del perjudicado obrante en dicho centro.

7. Con fecha 1 de septiembre de 2011, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital “X” traslada al Servicio instructor el informe del Servicio de Radiodiagnóstico. En él, emitido el 31 de agosto de 2011, se indica que “tras un informe de una radiología de tórax PA y Lat realizada como estudio preoperatorio, donde se visualiza un nódulo en hemitorax derecho”, con fecha 10 de noviembre de 2008 “se solicitó un estudio de TC toraco-abdominal, realizándose el 3-12-2008, donde se sospecha neoplasia pulmonar en hemitorax izquierdo. Este informe y fotografías se envían al Servicio de Anestesia y Reanimación, sin que conste el médico peticionario. El informe queda registrado en el sistema informático (...) el día 10-12-2008”.

8. Mediante escrito de 5 de septiembre de 2011, el Director Gerente del Hospital “Y” remite al Servicio instructor los informes de los Servicios de Neumología, de Reumatología y de Urgencias.

En el emitido por el Servicio de Reumatología el 25 de agosto de 2011 se hace constar “el 2-10-2009, última consulta en Reumatología (...), `paciente diagnosticado de AR, en remisión clínica, que presenta dolor moderado-severo en cadera derecha. En RM (privada) se objetiva osteonecrosis rodeada por intenso edema e imágenes nodulares en su interior. Se ha solicitado consulta preferente a COT y gamma ósea’. Tres días después de la consulta, el 5-09-2010, asistencia a Urgencias por persistencia del dolor en cadera, donde se solicitó Rx:/ Tórax: masa hiliar izquierda, resto sin alteraciones significativas./ Pelvis: no se aprecian alteraciones significativas. Hay una dudosa zona de radiolucencia (a) nivel del cuello femoral izquierdo que debe ser confirmada mediante otras técnicas de imagen”.

En el informe del Servicio de Neumología, emitido el 18 de agosto de 2011, se señala que el paciente “fue atendido en este Servicio e ingresado con fecha (...) 5 de octubre de 2009. Se le apreciaba una masa perihiliar izquierda

que, tras los estudios oportunos, fue diagnosticada de carcinoma no microcítico de pulmón con afectación ósea (...), estadio IV (...), siendo remitido a las consultas de Radioterapia y (...) de Oncología Médica del Hospital "X". El paciente en aquel momento nos remitió un informe radiológico del 10 de diciembre de 2008" de este último hospital en el que consta que "en el TAC toraco-abdominal se apreciaba un nódulo de 3 x 2 cm en llingula, no calcificado, con captación de contraste e imágenes espiculadas, y por tanto sospechoso de malignidad". Finaliza indicando que el paciente "ingresó posteriormente el 13 de julio de 2010 por presentar derrame pleural, siendo diagnosticado en aquel momento (...) de carcinoma pulmonar estadio IV en clara progresión y con deterioro clínico manifiesto (...). Fue tratado con drenaje pleural, valorando la posibilidad de iniciar sedación paliativa, manifestando la familia el deseo de tratamiento sintomático en su domicilio, por lo cual fue enviado al mismo".

En el informe del Servicio de Urgencias, de fecha 5 de septiembre de 2011, se expone, "con relación a la atención prestada el 24 de agosto de 2009", que el paciente "acudió a Urgencias por un dolor en cadera izquierda, apreciándose en la exploración física un dolor importante a la rotación de dicha articulación. Se comentó el caso con el Servicio de Reumatología, dado que el paciente estaba en tratamiento en este Servicio por una artritis reumatoide". Asegura que "no es cierto, como se afirma en (...) la reclamación, que (hubiéramos afirmado que) 'la radiología de tórax realizada es normal'. Ni figura este comentario en el informe, ni consta en la documentación clínica de la asistencia que en esa consulta en Urgencias se hiciera radiografía de tórax". El día 5 de octubre de 2009 acude de nuevo a Urgencias por "dolor de gran intensidad en cadera izquierda. En esta ocasión, según figura en el informe de Urgencias, la esposa del (paciente) comentó que en el preoperatorio de la intervención por un angioma en un labio se había detectado 'una mancha en un pulmón' y se había realizado un TAC del que desconocían el resultado./ En la Rx de tórax practicada en esta ocasión en Urgencias se objetivó una masa parahiliar izquierda, por lo que se procedió a ingresar al paciente en el Servicio de Neumología para estudio".

9. Con fecha 7 de septiembre de 2011, el Jefe de Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital "X" remite al Servicio instructor el informe del Servicio de Anestesia y Reanimación. En él se expone que "la patología en curso y la expectativa de pruebas diagnósticas no contraindicaban la intervención quirúrgica ni la actuación anestésica; no existía razón para demorar la cirugía y esta se realizó según práctica habitual, sin incidencias y sin perjuicio para el paciente./ Dado que el Servicio de Anestesia y Reanimación es un servicio central sin camas de hospitalización asignadas, y que debido a la estructura y funcionamiento de este tipo de servicios no se puede realizar el seguimiento de todos los pacientes intervenidos bajo vigilancia anestésica, los resultados de las pruebas realizadas no son derivados al personal de Anestesiología, sino al servicio de referencia, ya que, aun estando implicado en la actividad asistencial, no es competencia suya el seguimiento de las patologías concomitantes más allá de su posible interacción con el proceso perioperatorio".

10. El día 7 de septiembre de 2011, la Directora Médica de Atención Primaria del Área Sanitaria III remite al Servicio instructor la historia clínica solicitada y el informe del médico de cabecera del centro de salud del perjudicado. En él, emitido el 5 de septiembre de 2011, se hace constar que se trata de un "paciente diagnosticado de artritis reumatoide siguiendo controles en el S.º de Reumatología" del Hospital "Y". En julio 2009 es valorado en el citado hospital por "coxalgia secundaria a artritis, habiéndosele realizado Rx de pelvis informada como `cambios degenerativos`, pautándose tratamiento analgésico./ Dada la no mejoría, en agosto 2009 se remite al S.º de Urgencias (...), desde donde se le solicita consulta al S.º de Reumatología (2-10-09) con diagnóstico de artritis reumatoide en remisión y lesión en cadera dcha. a estudio, solicitándose consulta preferente en COT y gammagrafía ósea./ El 4-XI-2009 es atendido en esta consulta con el diagnóstico de Ca. de pulmón en estadio IV, iniciándose tratamiento con QXT./ En febrero 2010 se envía al S.º de Urgencias (...) a causa de edema en MID, con la sospecha de TVP, confirmándose el diagnóstico". Adjunta copia de las hojas de curso clínico.

11. Con fecha 10 de octubre de 2011, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él señala que la actuación de “los servicios médicos” del Hospital “Y” que “intervinieron en la atención al paciente (...) debe considerarse correcta y ajustada a los criterios definitorios de la buena práctica médica”.

No obstante, estima “evidente que en el caso concreto, por las causas que sean, no atribuibles a ningún servicio en concreto, se ha producido y objetivado una anomalía en el flujo de la documentación clínica, de forma que el resultado de un TAC sospechoso de patología tumoral, impresión diagnóstica que más tarde se vería confirmada (...), ha determinado que este diagnóstico de sospecha haya pasado desapercibido para los distintos servicios actuantes durante varios meses, pudiendo haber privado al perjudicado de un diagnóstico en estadios menos avanzados y restándole por tanto la posibilidad de beneficiarse de un tratamiento más precoz y probablemente más eficaz de su proceso neoplásico. En definitiva, esta anomalía o defecto en el flujo de la información clínica ocurrida” en el Hospital “X” “ha supuesto una quiebra de la lex artis que podría haber limitado las opciones diagnósticas y terapéuticas del paciente, y se ha traducido en una posible merma en sus posibilidades de curación y supervivencia”.

Entiende que la reclamación, “con independencia de la cuantía que en su momento se acuerde o determine, debe ser estimada”.

12. Mediante escritos de 18 de octubre de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

13. Con fecha 2 de julio de 2012, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria remite a la correduría de seguros un escrito en el que le comunica que “la comisión de seguimiento, en su reunión de 22 de diciembre de 2011, acordó estimar la reclamación de responsabilidad patrimonial” y le insta a que “procedan a la valoración económica de los daños alegados por los reclamantes”.

14. Obra incorporado al expediente un dictamen estimatorio de daño corporal en fallecimiento, realizado por un perito el 26 de julio de 2012, en el que consta que “podemos determinar que el daño producido consiste en una pérdida de oportunidad de supervivencia, consecuencia del retraso diagnóstico, que se estima en un 50%”, mientras que el porcentaje correspondiente a los perjuicios económicos de los reclamantes, “en ausencia de justificación de ingresos económicos, se calcula por defecto un 10%”.

15. Mediante escrito notificado a los reclamantes el 22 de octubre de 2012, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y les adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente. El día 2 de noviembre de 2012 se persona uno de ellos en las dependencias administrativas y obtiene una copia de aquel, compuesto en ese momento por trescientos cinco (305) folios, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto.

16. El día 3 de noviembre de 2012, los reclamantes presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que aseguran que “existe un error material” en el cálculo de la indemnización realizada por el perito. Además, discrepan “de la aplicación del 50% por pérdida de oportunidad” fruto del cálculo del retraso diagnóstico “en 11 meses, desde el 10-12-08 hasta el día 20-10-09”, pues entienden que el día del inicio del cómputo debe ser “el día 10-11-08, fecha en que por el Servicio de Radiodiagnóstico I del Hospital “X” se emite un informe” en el que se refleja “nódulo pulmonar solitario en segmento anterior del lóbulo superior derecho, que, por su morfología, no puedo excluir se trate de malformación vascular entre otras posibilidades, por lo que sugiero realización del estudio con contraste intravenoso si el paciente no dispusiera de estudios previos”. En su opinión, “el retraso debe de considerarse superior a un año”, privando al perjudicado de “un diagnóstico en estadios iniciales y (...) le ha restado la posibilidad de un tratamiento precoz (incluida la cirugía) y más eficaz que hubiese significado

incluso la curación de su proceso neoplásico, y por tanto su supervivencia”, y entienden que “es improcedente la aplicación del coeficiente de pérdida de oportunidad aplicado”.

Finalmente, consideran que el porcentaje a aplicar por perjuicios económicos no debe ser del 10% sino del 15%, “dado que los ingresos del fallecido superaban los 30.000,00 euros”, y se reafirman en la cuantía indemnizatoria reflejada en su escrito inicial.

17. Con fecha 16 de noviembre de 2012, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria remite a la correduría de seguros un escrito en el que le solicita “una nueva valoración económica de los daños”. Consta, a continuación, el dictamen estimatorio del daño corporal en fallecimiento, de fecha 20 de diciembre de 2012.

18. El día 29 de enero de 2013, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria comunica a los reclamantes la apertura de un segundo trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándoles la nueva documentación obrante en el procedimiento.

19. Con fecha 8 de febrero de 2013, los interesados presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que se reafirman en su pretensión.

20. El día 13 de febrero de 2013, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario elabora propuesta de resolución en el sentido de estimar parcialmente la reclamación en la cuantía de cuarenta mil doscientos veintitrés euros con dos céntimos (40.223,02 €), al considerar que el “retraso en el diagnóstico ha podido suponer para el paciente una pérdida de oportunidad que podría haber limitado sensiblemente sus posibilidades de curación y supervivencia”.

21. En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de febrero de 2013, registrado de entrada el día 25 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 Sanidad, 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), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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 14 de julio de 2011, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el fallecimiento del perjudicado- el día 17 de julio de 2010, 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 informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, 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.- Los interesados -madre y dos hijos del perjudicado- pretenden ser indemnizados como consecuencia de la muerte de este, que imputan al anormal funcionamiento del servicio público sanitario.

A la vista de la documentación incorporada al expediente, no existe duda alguna respecto al fallecimiento alegado, por lo que cabe presumir que los reclamantes, por su cercano parentesco, han sufrido un daño moral, sin perjuicio de una valoración económica más precisa que realizaremos en el caso de que concurran los requisitos para declarar la responsabilidad pretendida.

Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, 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 eventualmente pueda sufrir el 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 concretos.

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.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar aquellos en los que funda su pretensión, así como de probar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

Los reclamantes achacan a la Administración sanitaria que cuando “el día 10-12-2008 se emite informe por el Servicio de Radiodiagnóstico” que señala “nódulo de 3 x 2 cm (...) sospechoso de malignidad (...): posible carcinoma de pulmón” no se proceda “al tratamiento inmediato para hacer frente al nódulo existente, no siendo hasta 10 meses después (21-10-2009) cuando se inicia el tratamiento con radioterapia”, y añaden que los “tratamientos locales como la cirugía son potencialmente curativos en estadios precoces”. Afirman que, puesto que el paciente tenía “antecedentes (...) de artritis reumatoide y otros detectados analíticamente”, el diagnóstico “se centra en dicha artritis reumatoide y en patología de cadera” hasta que se le “diagnostica el carcinoma de pulmón no microcítico”. Sostienen que se “ha dejado evolucionar la tumoración (...), privándosele de tratamientos terapéuticos en estadios anteriores que hubieran podido alargarle la vida considerablemente”.

En efecto, de la documentación obrante en el expediente que analizamos resulta que al paciente, en el preoperatorio para la intervención de un angioma en un labio, se le detecta un nódulo pulmonar con sospecha de malignidad, emitiendo el Servicio de Radiología el correspondiente informe el día 10 de diciembre de 2008. Si bien se lleva a cabo la intervención del angioma con fecha 2 de diciembre de 2008, el alta definitiva tiene lugar el día 16 de ese mismo mes; es decir, días más tarde de la emisión del citado informe sin que conste que se llevase a cabo ningún tipo de seguimiento ni de pruebas complementarias.

Así, en el historial clínico del perjudicado en su centro de salud se detalla, en las anotaciones correspondientes al 29 de julio, 4 y 19 de agosto de 2009, "artritis reumatoide", "dolor con la movilización" y "mejoría del dolor, aunque con reagudización nocturna", respectivamente -folio 281-. También consta que el día 24 de agosto de 2009 acude al Servicio de Urgencias del Hospital "Y" por dolor de cadera, según se consigna en el informe del Jefe de dicho Servicio de 5 de septiembre de 2011 -folio 273-, reflejándose en él que puesto que "el paciente estaba en tratamiento" en el Servicio de Reumatología "por una artritis reumatoide", se le remite a dicho Servicio "para estudio con carácter preferente".

Por tanto, hasta que acude de nuevo al Servicio de Urgencias del Hospital "Y" el día 5 de octubre de 2009 por "dolor de gran intensidad en cadera izquierda" y, tal y como se indica en el informe del Jefe del Servicio de Urgencias, "la esposa (...) comentó que en el preoperatorio de la intervención por un angioma en un labio se le había detectado 'una mancha en un pulmón' y se había realizado un TAC del que desconocían el resultado", la Administración sanitaria no realizó seguimiento alguno de la anomalía observada en un pulmón meses antes. Es a partir de ese momento cuando en el Servicio de Urgencias le realizan una "Rx de tórax" que "objetivó una masa parahiliar izquierda, por lo que se procedió a ingresar al paciente" y a realizar estudios complementarios que, a tenor del informe del Servicio de Neumología de 21 de octubre de 2009 -folio 165-, concluyen que existe un "carcinoma no microcítico de pulmón, estadio IV (afectación ósea)", por lo que se le somete a "radioterapia por metástasis óseas en cadera izquierda en diciembre de 2009", según se señala en el informe del Servicio de Oncología Radioterápica del Hospital "X" de 26 de mayo de 2010 -folio 261-; es decir, un año después de que se le detectara un nódulo pulmonar con sospecha de malignidad.

Al respecto, hemos de señalar que del estudio de la documentación incorporada al expediente se deducen las siguientes cuestiones. En primer lugar, que en la historia clínica remitida por el Hospital "X" al Servicio instructor no consta el informe del Servicio de Radiodiagnóstico II de fecha 10 de diciembre de 2008 -folio 170-, a pesar de que dicha prueba se efectuó tras el comentario

que se hace en el informe de Radiología de 10 de noviembre de 2008, en el que -después de observar en la Rx de tórax la existencia de un "nódulo pulmonar- se sugiere la "realización del estudio con contraste intravenoso", constando "AC médica: Admisión HC. Médico: preoperatorio" -folio 90-, y así se refleja por el Servicio de Anestesia y Reanimación el día 17 de noviembre de 2008, tanto en la hoja de órdenes terapéuticas, "pendiente de Rx con contraste para descartar patología" -folio 91- como en la de valoración preanestésica -folio 73-.

En segundo lugar, en el informe del Jefe del Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital "X", de 31 de agosto de 2011, consta que con fecha "10-11-2008 se solicitó un estudio de TC toraco-abdominal, realizándose el 3-12-2008, donde se sospecha neoplasia pulmonar en hemitorax izquierdo. Este informe y fotografías se envían al Servicio de Anestesia y Reanimación sin que conste el médico peticionario. El informe queda registrado en el sistema informático (...) el día 10-12-2008" -folio 269-. Por el contrario, en el informe firmado por la Coordinadora de Anestesia, RQ y T. Dolor y por la Jefa de la Sección de Anestesiología, RQ y T. Dolor del citado hospital el 30 de septiembre de 2011 se afirma que, siguiendo "el protocolo existente, al revisar el preoperatorio en la placa de tórax figura que aparece un nódulo pulmonar por lo que el Servicio de Radiología sugiere realizar un TAC torácico con contraste para completar el diagnóstico. Solicito el TAC torácico", pero añaden que el "Servicio de Anestesia y Reanimación es un servicio central sin camas de hospitalización asignadas", por lo que "los resultados de las pruebas realizadas no son derivados al personal de Anestesiología, sino al Servicio de referencia" -folio 291-.

En tercer lugar, en las hojas de curso clínico del Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital "X", en la anotación correspondiente al día 1 de diciembre de 2008, se detalla "CI firmado y preoperatorio completo" -folio 72-, sin que se haga alusión alguna a las anomalías detectadas en el citado preoperatorio -solicitado por dicho Servicio-, al igual que ocurre en el informe de alta hospitalaria de fecha 2 de diciembre de 2008, tras realizársele la cirugía del angioma labial -folio 14-, y al darle el alta, según consta en la anotación que figura en las hojas de curso clínico correspondientes al día 16 de diciembre de 2008 -folio 60-, aunque ya se conocía el resultado del TAC.

En cuarto lugar, en el informe del Jefe del Servicio de Oncología Médica del Hospital "X", de 4 de agosto de 2011, se recoge que "el paciente acudió a primera visita el 28-10-2009 ya con el diagnóstico de carcinoma de pulmón (en) estadio avanzado, y, por tanto, sin capacidad por nuestra parte en entrar en el detalle de si hubo o no demora en el diagnóstico por otro hospital o servicio" - folio 143-, a pesar de que en la historia clínica de dicho centro hospitalario constan todos los antecedentes expuestos en los apartados anteriores.

Por otro lado, los diferentes servicios especializados que participan en el proceso asistencial nada informan respecto a la ausencia de seguimiento de una posible neoplasia pulmonar, limitándose a dejar constancia de sus respectivas intervenciones, sin valorar lo que *prima facie* hemos considerado una demora en la implantación de un tratamiento adecuado, ni las posibles repercusiones de la misma. Por razones que la Administración no explica, tal resultado no le fue comunicado al paciente, constando en el informe de alta del Servicio de Urgencias del Hospital "Y" de 5 de octubre de 2009 que "su mujer refiere que durante el preoperatorio de la intervención del angioma se le objetivó en la placa una mancha en el pulmón (no sabiendo especificar de que lado) por la que le realizaron, según el paciente, un escáner torácico sin haber llegado nunca a darle un resultado" -folio 208-, lo que se corrobora en la historia clínica general del referido hospital en la anotación correspondiente al día 6 de octubre de 2009, al reflejar en los "antecedentes personales" del paciente, entre otras cuestiones, que fue "intervenido de angioma en labio superior" en el Hospital "X" "donde, en el preoperatorio y al detectar una alteración en Rx de tórax, se le realizó un TAC después de la IQ sin llegar a informarle nunca del resultado, y comentándole (que) le llamarían si fuera patológico" -folio 188-. Aunque sorprende que en el informe del Director de la Unidad de Gestión Clínica de Neumología del Hospital "Y" de 18 de agosto de 2011, tras detallarse la asistencia prestada al paciente el 5 de octubre de 2009, es decir en las mismas fechas, se afirma que el "paciente en aquel momento nos remitió un informe radiológico del 10 de diciembre de 2008" del Hospital "X" -folio 272-.

Sentado que, como señala el informe técnico de evaluación, "al cabo de unos meses" desde la intervención máxilofacial el paciente "comenzó con clínica

de dolor a nivel de cadera” que “resultó ser debido a un foco metastásico de un tumor primario situado en la región parahiliar del pulmón (...), en estadio IV”, queda por determinar si en alguna medida la propia conducta del perjudicado, que no tomó ninguna iniciativa para conocer los resultados de la prueba practicada entonces, ni comentó en el curso de las consultas médicas la alteración detectada en el pulmón, puede alcanzar la consideración de causa significativamente concurrente a la producción del resultado dañoso al objeto de limitar o exonerar la responsabilidad patrimonial de la Administración. Estimamos que no, pues resulta humanamente comprensible que el interesado entendiese - como explica en el Servicio de Urgencias el día 5 de octubre de 2009- que “le llamarían si fuera patológico” y, desde luego, si existió alguna falta de diligencia por su parte no es comparable a la magnitud con que esta se presenta para la Administración sanitaria.

Al respecto, en el informe técnico de evaluación se afirma que “se ha producido y objetivado una anomalía en el flujo de la documentación clínica”, puesto que “el resultado de un TAC sospechoso de patología tumoral”, impresión diagnóstica “que más tarde se vería confirmada (...), ha determinado” que el diagnóstico de sospecha “haya pasado desapercibido para los distintos servicios actuantes durante varios meses, pudiendo haber privado al perjudicado de un diagnóstico en estadios menos avanzados y restándole, por tanto (...), la posibilidad de beneficiarse de un tratamiento más precoz y probablemente más eficaz de su proceso neoplásico”.

En el supuesto concreto que analizamos, en el informe del Jefe del Servicio de Oncología Médica del Hospital “X”, de fecha 4 de agosto de 2011, se indica que “el paciente acudió a primera visita el 28-10-2009 ya con el diagnóstico de carcinoma de pulmón, estadio avanzado”, lo que corrobora el informe del Servicio de Oncología emitido al día siguiente de esa primera visita, en el que consta como diagnóstico “carcinoma no microcítico de pulmón, estadio IV, por afectación ósea en fémur izquierdo y por afectación pulmonar bilateral”.

Además, el informe técnico de evaluación acredita un cierto nexo causal con el resultado finalmente producido, que se explicaría por la pérdida de oportunidad terapéutica, ya que cuando “se sospecha clínicamente que un

paciente presenta un CPNM debe realizarse una amplia recolección de datos y exámenes complementarios para lograr un diagnóstico preciso”, y añade que la “estadiación de la enfermedad es pieza clave para decidir la conducta posterior”, indicando que en el caso del “cáncer de pulmón no microcítico” el “estadio IV” supone que se “ha extendido a otra parte del organismo”. El referido informe reconoce la existencia de una infracción de la *lex artis*, dado que la “anomalía o defecto en el flujo de la información clínica (...) podría haber limitado las opciones diagnósticas y terapéuticas, y se ha traducido en una posible merma de sus posibilidades de curación y supervivencia”. En el mismo sentido se pronuncia la propuesta de resolución, que recoge en sus fundamentos jurídicos las conclusiones del informe técnico de evaluación. En consecuencia, ninguna duda hemos de albergar sobre la alegada infracción asistencial.

Por ello, concluimos que el anormal funcionamiento del servicio público sanitario, que permitió que no se completara hasta octubre de 2009 el proceso diagnóstico de una grave dolencia de la que ya existían indicios contrastados en diciembre de 2008, con la consiguiente demora en su tratamiento, ha privado al interesado de la oportunidad de alterar el curso de la enfermedad, generando una pérdida de sus posibilidades de supervivencia.

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

Los reclamantes estiman los daños padecidos en la cantidad de ochenta y un mil dieciocho euros con cuarenta y tres céntimos (81.018,43 €), de los que 70.891,13 € corresponderían a los dos hijos mayores de 25 años y 10.127,30 € a la madre (incluyendo en dichas cuantías un factor de corrección por ingresos de la víctima del 15%).

En los supuestos de pérdida de oportunidad de recibir un tratamiento acorde con la verdadera patología, la jurisprudencia ha venido estableciendo que el daño indemnizable no es el de la lesión, o en este caso el fallecimiento producido, respecto al cual no resulta posible saber a ciencia cierta si hubiera podido evitarse, sino que el daño indemnizable ha de ser propiamente la pérdida

de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado, al haberse impedido de modo objetivo la posibilidad de pertenecer al conjunto de pacientes que -en un determinado porcentaje- sobreviven.

Sin embargo, a la hora de fijar la cuantía indemnizatoria hemos de distinguir entre aquellos supuestos en los que se causa un daño a un paciente en forma de secuelas, ya sean físicas o morales, pero que sobrevive, y aquellos otros en los que el paciente en cuyo tratamiento se ha producido la infracción de la *lex artis* fallece.

En el primer caso, si el daño pudo evitarse en un porcentaje estadísticamente conocido se indemnizará al paciente por haberle privado de la posibilidad de pertenecer al grupo de pacientes que no lo sufre.

En el segundo, en cambio, es obvio que no se indemniza al paciente, sino en general a los familiares cercanos, y por tanto el daño causado no es propiamente la pérdida de la oportunidad de sobrevivir, sino el daño moral que esos allegados han sufrido como consecuencia de saber que un diagnóstico precoz habría aumentado las posibilidades de supervivencia de aquel, aunque no pueda establecerse con precisión en qué medida. Por ello, podríamos presumir en estos casos la existencia de dos daños morales de diferente etiología: por una parte, el que se produce como consecuencia de la muerte del ser querido, que no sería indemnizable por la Administración por no existir prueba cierta del nexo causal y, de otra, el que se origina en el entorno familiar al conocer que una actuación más acertada de la Administración sanitaria podría haber evitado ese resultado, formulado al menos como una probabilidad que las estadísticas sanitarias precisan en forma de porcentaje. Este es el daño moral que ha de indemnizarse en el asunto sometido a nuestra consideración, puesto que es el único sobre el que podemos establecer un nexo causal con la actuación del servicio público, y siempre que ese daño moral esté vinculado a un resultado dañoso cierto; es decir, no solo hipotético, sino efectivamente producido, como es, en el caso examinado, el fallecimiento del hijo y padre de los reclamantes.

A la vista de ello, y pese a las evidentes dificultades que encierra la valoración de un daño moral, este Consejo entiende que para la determinación del resarcimiento de los daños que, presumimos, se han ocasionado al entorno

familiar cercano ante la constatación de que el fallecimiento acaso pudo haberse evitado, cabe acudir como punto de partida, por su carácter objetivo, al baremo establecido al efecto en la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), en sus cuantías actualizadas para el año 2013.

En el supuesto analizado, la propuesta de resolución y la reclamación de los interesados difieren sustancialmente en lo que a la cuantía de la indemnización se refiere. Ambos parten de la aplicación del citado baremo de accidentes de circulación, pero la propuesta de resolución asume el informe de valoración elaborado por un perito a instancia de la aseguradora que considera, a efectos de valorar la pérdida de oportunidad, "la posibilidad de que el paciente presentara a fecha 10-12-08 una enfermedad en estadio limitado (localmente avanzada), produciéndose en el transcurso de los 11 meses siguientes la transformación a enfermedad en estadio extendido", añadiendo que los "mejores resultados en pacientes" con estadio limitado se han "obtenido con el empleo simultáneo de radioterapia y quimioterapia (...), alcanzando medianas de supervivencia de 18 a 24 meses y supervivencia a los 2 años de un 40-50% con menos de un 3% de mortalidad relacionada con el tratamiento", por lo que en dicho informe la pérdida de oportunidad de supervivencia consecuencia del retraso diagnóstico se estima "en un 50%", proponiendo rebajar la indemnización que corresponde por el fallecimiento en tal porcentaje, y, en cuanto al porcentaje correspondiente a los perjuicios económicos, "en ausencia de justificación de ingresos económicos, se calcula por defecto un 10%". Dado que los interesados no han desarrollado actividad probatoria alguna al respecto, este Consejo debe formar su juicio con base en la única valoración del daño que obra incorporada al expediente.

En consecuencia, estimamos en un 50% el daño moral infligido a los familiares al conocer que la actuación del servicio público redujo las posibilidades de curación y supervivencia del paciente, correspondiendo a su madre 5.256 € y a cada uno de los dos hijos mayores de 25 años 18.398 € -aplicando en ambos casos un factor de corrección del 10%-.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a #reclamante# en los términos expuestos en el presente 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.