

Expediente Núm. 310/2013
Dictamen Núm. 231/2013

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 31 de octubre de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 16 de septiembre de 2013, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 12 de julio de 2012, un abogado, en nombre y representación de los padres del menor perjudicado, presenta en un registro de la Administración autonómica madrileña una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos por su hijo como consecuencia del retraso diagnóstico de un craneofaringioma.

Expone que el día 16 de abril de 2008, y como consecuencia de la disminución de la agudeza visual en el ojo izquierdo, el menor fue derivado por su pediatra a la consulta de Oftalmología. En dicha consulta fue revisado los

días 1 de agosto de 2008 y 1 de abril y 29 de julio de 2009, sin más hallazgos relevantes que una miopía. Señala que “a mediados del año 2010 los padres (del menor) observaron que torcía el ojo izquierdo”, y desde Oftalmología fueron derivados al Hospital “X”, donde fue revisado el 16 de diciembre de 2010, realizándosele un estudio neurofisiológico. El día 1 de febrero de 2011 acuden a un centro privado que “aconseja estudio neurológico completo (...), prestando mayor atención a la silla turca”. Ese mismo día acuden al Servicio de Urgencias de Pediatría del Hospital “X”, y el 8 de febrero de 2011 queda ingresado para la realización de pruebas diagnósticas que, finalmente, confirman la existencia de un craneofaringioma del que fue intervenido el día 23 de ese mismo mes. Junto con la disminución de la agudeza visual izquierda presentó un panhipopituitarismo y otros diagnósticos secundarios. El 28 de abril de 2011 se le realizó una “radiocirugía gammaknife” en el Hospital “Y”, de Madrid.

Indica que como consecuencia de este proceso, “a día de hoy, el niño sigue sin visión en el ojo izquierdo y tiene el sistema endocrino afectado, teniendo que someterse a diversos tratamientos (hormonas de crecimiento, vitamina D, cortisol, tratamiento para la diabetes insípida y para el tiroides)”.

Sostiene que el niño “no recibió la adecuada asistencia sanitaria. La oftalmóloga que le atendió (...) no valoró con la debida diligencia el cuadro potencialmente grave que presentaba y no adoptó todas las medidas oportunas a su alcance para llegar a un diagnóstico precoz a pesar de la persistencia de los síntomas”, por lo que “parece evidente que sufrió un retraso diagnóstico que influyó negativamente en la evolución de su estado de salud”. Añade que hubo “una falta de información sobre las distintas opciones y diagnósticos existentes, lo que supone una infracción del deber de información al que vienen obligados los facultativos médicos”.

Como medio de prueba, solicita que se incorpore el “historial clínico” del paciente. No realiza una cuantificación de la reclamación.

Adjunta copia de los siguientes documentos: a) Poder general para pleitos, otorgado a favor del letrado actuante. b) Hoja de episodios del Centro de Salud, de fecha 3 de mayo de 2012. c) Dos hojas de la historia clínica

del perjudicado en el Servicio de Oftalmología d) Informe del Servicio de Oftalmología del Hospital "X", de 16 de diciembre de 2010. e) Informe de neurofisiología clínica del Servicio de Oftalmología del Hospital "X", de 21 de enero de 2011. f) Informe de un centro oftalmológico privado, de 1 de febrero de 2011. g) Informe de alta de Urgencias de Pediatría, de 1 de febrero de 2011. h) Informe de alta del Área de Gestión Clínica de Pediatría del Hospital "X", de 11 de febrero de 2011. i) Informe de alta del Servicio de Neurocirugía del referido hospital, de 17 de marzo de 2011. j) Informe de alta de la Unidad de Intensivos de Pediatría, de 1 de marzo de 2011. k) Informe de alta del Servicio de Pediatría, de 11 de marzo de 2011. l) Informe del Hospital "Y", de 28 de abril de 2011. m) Informes de consultas en el Servicio de Oftalmología, de fechas 12 de mayo, 10 de junio y 23 de diciembre de 2011. n) Informe de un centro oftalmológico privado, de 15 de noviembre de 2011, que corresponde a la exploración realizada el 29 de octubre de 2011.

2. Mediante escrito notificado a los reclamantes el 31 de julio de 2012, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria les comunica 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 del silencio administrativo.

Asimismo, les requiere para que en el plazo de diez días procedan a la "cuantificación económica del daño" y acrediten la relación de "parentesco con (el) menor perjudicado mediante la presentación de copia del Libro de Familia".

3. El día 31 de julio de 2012, el representante de los interesados presenta en las oficinas de correos un escrito en el que señala que no puede pronunciarse "sobre la evaluación económica de la responsabilidad patrimonial, puesto que a día de hoy es imposible cuantificar el daño sufrido por el niño".

Adjunta una "copia del Libro de Familia con el fin de acreditar el vínculo de parentesco entre los reclamantes".

4. Con fecha 6 de agosto de 2012, el Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital "X" remite al Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios una copia de la historia clínica del paciente. Entre dicha documentación figura un informe de consulta en el Servicio de Oftalmología, de fecha 6 de septiembre de 2012, en el que se señala que el paciente, "con seguimiento previo" en un centro de salud, de "3-4 años por pérdida visual, fue objeto de una primera "exploración oftalmológica" el día 16 de diciembre de 2010, y que "ante la sospecha de patología de la vía óptica se solicitan PEV y ERG". Posteriormente, tras una consulta privada, ingresa en el hospital constatándose "la presencia de un craneofaringioma" del que fue intervenido el 24 de febrero de 2011.

5. El día 24 de septiembre de 2012, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él, tras resumir las atenciones dispensadas en el centro de salud y posteriormente en el Hospital "X", señala que, "pese a las dificultades que pueda conllevar la correcta interpretación de los síntomas oftalmológicos referidos por un niño de más de ocho años", el menor "fue atendido hasta en cuatro ocasiones durante más de 2 años (...), sin que se estableciera algún juicio diagnóstico, se completaran estudios o se remitiera al paciente a un centro especializado", aunque "manifestaba de forma reiterada y persistente una pérdida de visión en el ojo izquierdo. La sospecha diagnóstica de la patología tumoral (...) no se estableció hasta 2 años y 10 meses después de la primera consulta médica, y ello tras consultar en un centro privado por iniciativa de los padres (...). La literatura científica acerca de la valoración oftalmológica en niños recoge que, ante mala colaboración o dificultades en el examen, debería remitirse al paciente a un oftalmólogo pediátrico o a un especialista suficientemente entrenado, lo que no sucedió en este caso hasta casi 3 años después de manifestar el primer síntoma".

Finalmente, sobre el nexo causal con los daños, afirma que, "dadas las características y agresividad intrínseca del tumor -que determina un crecimiento rápidamente progresivo-, no es posible determinar con certeza la relación

causal del retraso en el diagnóstico con los daños sufridos por el paciente. Sin embargo, sí es posible afirmar que la evolución del cuadro clínico y sus secuelas podrían haber sido más favorables si se hubiera diagnosticado antes”.

Concluye que “ha habido retraso diagnóstico atribuible a una inadecuada valoración oftalmológica inicial del cuadro clínico”, y afirma que, de haberse “diagnosticado y tratado en un plazo menor de tiempo es probable que el resultado final hubiera sido más favorable”.

6. Mediante escritos de 28 de septiembre de 2012, el Servicio instructor 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.

7. Con fecha 5 de noviembre de 2012, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias que realizó el informe técnico de evaluación remite al Coordinador de Responsabilidad Patrimonial del Servicio de Inspección el informe emitido por el Servicio de Oftalmología del centro de salud, y afirma que, “valorado el contenido del mismo, no modifica las conclusiones del informe técnico de evaluación”.

En el informe, suscrito el 4 de octubre de 2012, se refieren las cuatro exploraciones realizadas entre el 1 de agosto de 2008 y el 17 de noviembre de 2010, indicando que hasta ese momento “la única patología existente era un problema de refracción, pero ante la reciente aparición del primer signo de alarma se deriva inmediatamente a consultas externas de Oftalmología” del Hospital “X”, y que en la hoja de petición de la consulta se anota “que desde hace 3 meses notan que desvía el ojo izquierdo”.

8. Obra incorporado al expediente un “dictamen para valoración de daños corporales”, con el membrete de la correduría de seguros de la Administración, de fecha 30 de mayo de 2013, suscrito por un facultativo Máster en Medicina de los Seguros. Reconoce secuelas funcionales y estéticas, a las que atribuye, respectivamente, 66 y 7 puntos, y las cuantifica en 181.864,07 €, aplicando

sobre dicha cantidad una disminución del 25%, por lo que concluye un “total (de) indemnización” por importe de 136.398,05 €.

9. Mediante escrito notificado al representante de los interesados el 18 de junio de 2013, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

10. Con fecha 20 de junio de 2013, el representante de los reclamantes solicita una copia del expediente.

El Servicio instructor, mediante escrito de 27 de junio de 2013, le remite una “copia íntegra del expediente (...), que comprende un total de 277 folios numerados correlativamente”, y procede a otorgarle un “nuevo trámite de audiencia” por un plazo de quince días.

11. El día 22 de agosto de 2013, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario elabora propuesta de resolución en la que propone “estimar parcialmente” la reclamación, por entender que “ha habido retraso diagnóstico atribuible a una inadecuada valoración oftalmológica inicial del cuadro clínico”. Pese a que “la relación causal entre los daños sufridos por el paciente y la demora diagnóstica no puede acreditarse de forma definitiva dado el comportamiento agresivo del tumor”, afirma que de haberse “diagnosticado y tratado en un plazo menor de tiempo es probable que el resultado final hubiera sido más favorable. En las distintas fuentes bibliográficas consultadas hay disparidad de criterios en cuanto al porcentaje de recurrencia del craneofaringioma precozmente tratado. Existen estudios que lo sitúan desde el 39,23 al 14%, por lo que cabe hablar de una pérdida de oportunidad del 75% respecto a si se hubiera intervenido precozmente”.

A la vista de ello, y de acuerdo con la valoración efectuada por la correduría de seguros, propone indemnizar al menor en la cantidad de 136.398,05 €.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 16 de septiembre de 2013, registrado de entrada el día 24 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), está el menor perjudicado activamente legitimado para reclamar, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que motivaron la reclamación. Habiendo sufrido el daño una persona menor de edad, están facultados para actuar en su representación los reclamantes, padres del mismo (a tenor de la fotocopia de las hojas del Libro de Familia que obra en el expediente), según lo señalado en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos, quienes a su vez pueden actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley citada.

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 12 de julio de 2012, y en el informe técnico de evaluación se considera acreditado, aunque no hay constancia cierta de ello en el expediente, que el menor fue intervenido para la corrección del estrabismo en un centro privado en diciembre de 2011 (sí consta un informe de una clínica privada -folio 40-, de 15 de noviembre de 2011, en el que se "sugiere cirugía del estrabismo desde el punto de vista estético"), por lo que, sin necesidad de tener en cuenta los tratamientos y revisiones posteriores (de un informe del Servicio de Oftalmología del Hospital "X" -folio 54- se desprende que en la revisión del 12 de junio de 2012 el niño continuaba "pendiente de revisiones" y en un informe del Servicio de Pediatría (Endocrinología Pediátrica), de 19 de julio de 2012 -folio 57-, se anota "revisión según cita"), 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.- El representante de los interesados solicita una indemnización por los daños que considera derivados del retraso en el diagnóstico de una grave enfermedad tumoral que afectó a un menor de edad. También reprocha a la Administración sanitaria “una infracción del deber de información al que vienen obligados los facultativos médicos”. Pese a que la Administración requirió la cuantificación económica del daño, el representante manifestó la imposibilidad de hacerlo, y ni siquiera presentó alegaciones en el trámite de audiencia.

A la vista de la documentación obrante en el expediente, queda acreditado que el menor, tras el tratamiento quirúrgico de un craneofaringioma, presenta un conjunto de lesiones permanentes, oftalmológicas y endocrinológicas.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra

causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que el interesado no tuviera el deber jurídico de soportar.

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 el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante 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.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada 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 todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado -aunque no siempre pueda garantizarse que este sea exacto- en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas

en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También hemos de advertir 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 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.

Por lo que se refiere a la primera de las imputaciones, el Servicio instructor, de acuerdo con el informe técnico de evaluación, reconoce que se ha producido una vulneración de la *lex artis*, puesto que aprecia la existencia de un retraso diagnóstico que atribuye a la "inadecuada valoración oftalmológica inicial del cuadro clínico"; también aprecia insuficiencias en la asistencia prestada, ya que se omitieron estudios complementarios, y no se remitió al paciente a un centro especializado a pesar de que "manifestaba de forma reiterada y persistente una pérdida de visión en el ojo izquierdo". El Inspector de Prestaciones Sanitarias reconoce que el retraso de al menos 3 años en la detección de la enfermedad supuso una dilación en la instauración de la terapia adecuada, y concluye que, aunque no sea posible determinar con certeza en qué grado afectó esa demora al desarrollo de la enfermedad tumoral, resulta inequívoco que influyó en el estado actual del perjudicado, para el que supuso una pérdida de oportunidad terapéutica, dado que, de haberse diagnosticado y tratado el tumor en un plazo de tiempo menor, "es probable que el resultado final hubiera sido más favorable".

Respecto a la falta de información adecuada, dada la absoluta generalidad con la que está planteada la alegación de los interesados, que no la

refieren a ninguno de los tratamientos médicos o quirúrgicos a los que el menor fue sometido, y teniendo en cuenta que en el expediente constan diversos documentos de consentimiento informado para la realización de aquellos (al menos para transfusión sanguínea, anestesia general, cirugía de tumor cerebral y cuidados intensivos e intermedios pediátricos), no podemos considerar acreditado el reproche que se vierte sobre la actuación del servicio público sanitario.

En definitiva, los informes que aporta la Administración al procedimiento nos llevan a apreciar que nos encontramos ante una asistencia sanitaria prestada con infracción de la *lex artis ad hoc*, vulneración que supuso para el paciente una privación de las expectativas de curación o de un mejor pronóstico de la enfermedad. En suma, una pérdida de oportunidad terapéutica, toda vez que no le fueron suministrados al menor en tiempo oportuno los tratamientos posibles, tratamientos que podrían haber minorado las graves secuelas que le produjo la enfermedad.

SÉPTIMA.- Así las cosas, resta como única cuestión nuestro pronunciamiento sobre la cuantía indemnizatoria. En los supuestos de pérdida de oportunidad terapéutica la jurisprudencia ha venido estableciendo que el daño indemnizable no es el de la lesión, respecto de la 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 que podría haber atenuado, y acaso evitado, la gravedad de las secuelas.

Sobre la cuantificación del daño, el Tribunal Supremo tiene declarado que en estos casos de pérdida de oportunidad, que “se caracteriza por la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente”, la valoración ha de tener en cuenta “dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de este mismo” (Sentencia de 3 de diciembre de 2012 -Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª-, que a

su vez cita las Sentencias de la misma Sala y Sección de 19 de octubre de 2011 y 22 de mayo de 2012).

Al respecto, la Administración, para ponderar la probabilidad de evitación del daño, recurre "al porcentaje de recurrencia" de la patología, afirmando que en las distintas fuentes bibliográficas existe "disparidad de criterios" sobre el mismo, citando valores que oscilan entre el 39,23 y el 14%, lo que traduce en "una pérdida de oportunidad del 75% respecto a si se hubiera intervenido precozmente". Por ello, sobre la valoración de las secuelas que realiza un perito de la correduría de seguros propone, de acuerdo con ese mismo peritaje, restar el 25% al total de las secuelas valoradas, con lo que reconoce una cuantía indemnizatoria de 136.398,05 €.

Como ya hemos dejado expuesto, los interesados no aportan cuantificación económica de los daños, ni discuten, en el correspondiente trámite de alegaciones, la efectuada por la Administración.

A nuestro juicio, se deduce de los distintos informes técnicos que obran en el expediente que la Administración ha valorado la totalidad de las secuelas acreditadas, tanto las funcionales (disminución de la agudeza visual, hemianopsia, hipofunción pituitaria hipotalámica anterior y diabetes insípida) como las estéticas (estrabismo y ceguera de un ojo). Para el cálculo de la indemnización se ha tenido en cuenta el baremo establecido al efecto en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor (aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre), por ser el método de valoración comúnmente utilizado a falta de otros criterios objetivos, y, como venimos señalando en dictámenes anteriores, se aplican las últimas cuantías actualizadas, que se fijan para el año 2013 en la Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 21 de enero de 2013.

A la vista de ello, si bien consideramos adecuada la valoración de las secuelas, no podemos dar nuestra conformidad a la aplicación a este supuesto de una minoración por la pérdida de oportunidad ocasionada. En primer lugar, porque la Administración no argumenta su propuesta en relación con las secuelas definitivas y en qué medida pudieran estas haberse evitado o

minorado en el supuesto de una intervención más precoz del carcinoma, sino que se remite a un "porcentaje de recurrencia" de la propia enfermedad, lo que evidencia una mayor gravedad en las consecuencias del retraso diagnóstico y la consiguiente pérdida de oportunidad. En segundo lugar, porque todos los informes técnicos ponen de manifiesto que el retraso diagnóstico contribuyó de manera decisiva a disminuir las posibilidades de evitar el daño, y, dada la relevancia del mismo en la patología tumoral, estimamos que no procede reducir la indemnización en un 25% sobre la valoración de las secuelas que sufre el menor.

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 la reclamación presentada, indemnizar a en la cuantía de ciento ochenta y un mil ochocientos sesenta y cinco euros (181.865 €)."

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.