

Expediente Núm. 344/2017
Dictamen Núm. 206/2018

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

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de septiembre de 2018, 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 21 de diciembre de 2017 -registrada de entrada el día 27 de ese mes-, y una vez atendida, por escrito de 3 de septiembre de 2018 -registrado de entrada el día 5 de ese mes-, la diligencia para mejor proveer, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por el fallecimiento de su madre como consecuencia de la tardanza en la detección de un tumor maxilofacial.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 2 de marzo de 2016, las interesadas -hijas de la fallecida- presentan en la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia del fallecimiento de su madre.

Exponen que “a pesar de que la paciente desde febrero del año 2014 presentaba dificultades para abrir la boca y dolores, no se le hacen las pruebas pertinentes, sino que se considera que es un problema muscular o incluso mental. Se le trata en Cirugía Maxilofacial, pero se insiste en que todo es normal y se diagnostica como trismus o contractura muscular (...). Hasta diciembre de 2014 no se le hacen más pruebas adecuadas, y es cuando se le detecta tumoración maligna en estado avanzado, sin posibilidad de tratamiento./ La evolución de un tumor de este tipo no es de un día para otro, y es muy probable que los problemas detectados a principios del año 2014 y la pérdida de peso que experimentaba la paciente, podrían sugerir la existencia del tumor”.

Consideran que se ha producido un “diagnóstico erróneo, retraso en el diagnóstico y en el tratamiento”, y consideran que “de habersele diagnosticado a tiempo el tumor o neoformación del espacio parafaríngeo, se le podría haber aplicado un tratamiento adecuado que evitara en lo posible su evolución, con las consecuencias correspondientes para la calidad de vida y supervivencia”.

Solicitan una indemnización de cincuenta mil euros (50.000 €) por “los daños personales y morales y materiales”, “más los intereses legales desde la fecha de la reclamación”.

En el mismo escrito señalan un despacho de abogados como “domicilio a efectos de notificaciones”.

Adjuntan a su escrito los siguientes documentos: a) Copias del documento nacional de identidad de la finada y de sus dos hijas -reclamantes-. b) Copias del libro de familia. c) Certificado de defunción. d) Copia del testamento notarial. e) Certificado de últimas voluntades. f) Hoja de historia y exploración clínica del 6 de febrero al 20 de agosto de 2014. g) Volante de citación al Servicio de Cirugía Maxilofacial, para el 2 de julio de 2014. h) Orden de interconsulta de 2 de abril de 2014. i) Resultado de una TC de mandíbula sin contraste, de 21 de julio de 2014. Se informa que “los cóndilos mandibulares presentan una morfología normal estando conservada la interlínea articular. No se evidencian geodas osteofitos o otros hallazgos a nivel de las estructuras

óseas". j) Informe Clínico de Urgencias de la Fundación Hospital, de 21 de noviembre de 2014, que refiere que "se trata de una paciente -71 años- con imposibilidad para abrir la mandíbula por trismus conocido, que se alimenta a base de batidos y purés, en tratamiento por infección respiratoria con activa. Derivan para tratamiento IV. La paciente se encuentra estable termodinámicamente, con BEG y sin signos y síntomas clínicos, analíticos y de imagen que indiquen gravedad, por lo que se decide instaurar tratamiento con AB en formulación sobres para mejor tolerancia por la paciente". El diagnóstico es de "infección respiratoria de vías altas" y "anemia normocítica". k) Formulario historia clínica general de Urgencias, del Hospital, de fecha 15 de diciembre de 2014. l) Informe del Servicio de Neurofisiología Clínica del Hospital, de 17 de diciembre de 2014, que expone que se realizó una eletromiografía de aguja del músculo masetero derecho, no hallándose alteraciones de interés, aunque se advierte que se efectuó tras inyección de toxinabotulínica. m) Resultado de una resonancia magnética craneal, de 18 de diciembre de 2014. Se halla "una masa con restricción difusión lo que sugiere tumoración maligna, con un crecimiento infiltrativo cuyo centro se encuentra situado a nivel del espacio masticador en el lado derecho pero que se extiende a fosa amigdalina pilar anterior del paladar y base de lengua". n) Informe de TC de orofaringe con contraste, de 19 de diciembre de 2014. En la misma "se aprecia una gran tumoración cuyo centro resulta difícil de precisar ya que se extiende en como describiremos posteriormente a lo largo de múltiples espacios cervicales suprahioides en el lado derecho, que afecta a base de lengua donde se objetiva una masa sólida hipercaptante de unos 5 cm de diámetro máximo, con extensión a suelo de boca nivel del espacio sublingual infiltración de los músculos genioglosos". ñ) Informe clínico de alta del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital, de 2 de enero de 2015. El 15 de diciembre de 2014, la paciente acude "derivada por su (médico de Atención Primaria), por cuadro de infección respiratoria de vías altas con disnea progresiva y clínica de ortopnea. Tos no productiva. No fiebre. Dolor torácico pleurítico y en relación a los accesos de tos. No cuenta clínica de fallo./

Asimismo refiere la hija que en las últimas 2 semanas el trismus ha ido progresando, de tal manera que le impide la toma de los suplementos nutricionales habiendo realizado nula ingesta en los últimos días". Tras la realización de pruebas complementarias (TAC y RM), se diagnostica "neoformación del espacio parafaríngeo izquierdo y extensión al espacio masticador y suelo de la boca e infiltración perineural". Se instaura "tratamiento paliativo con infiltración de Botox en los músculos masticadores, analgesia y soporte nutricional". o) Informe del Servicio de Cirugía de Maxilofacial del Hospital, emitido a instancias de la paciente el 29 de enero de 2015. Expone que la paciente es remitida al servicio "para extracciones dentales. El día 6-02-014 es valorada en consultas externas, donde se objetiva dificultad para la abertura oral y problemas de falta de elasticidad muscular, recomendándole ejercicios de abertura oral forzada y revisiones periódicas". Posteriormente, "tras objetivar la ausencia de mejoría se solicita TAC preferente", "se informa a la paciente del resultado" y "se recomienda revisión en dos meses", aunque la paciente "no acude a las revisiones posteriores". p) Hojas de reclamaciones presentadas en el Servicio de Atención al paciente del Hospital, con fechas 12 de febrero y 5 de marzo de 2015. q) Informe clínico de alta del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital, de 24 de abril de 2015. Indica que "la paciente ingresa el 9-3-2015 en el Servicio de (Otorrinolaringología) por condensación pulmonar izquierda, insuficiencia renal y desnutrición calórico-proteica severa. Se instaura tratamiento de soporte para hidratación, tratamiento con antibióticos para su proceso pulmonar y complementos nutricionales asociados a la dieta que la paciente puede ingerir. Se produce mejoría de su estado nutricional y general, presentado desde el día 12-3-2015 episodios de agitación que ceden al aplicar tratamiento con neuroléptico. La paciente presenta desde el 19-3-2015 postración y periodos de adormilamiento alternando con otros de vigilia en los que no presenta dolor y es capaz de ingerir alimentos. Progresivamente el estado vigil va deteriorándose, permaneciendo la paciente sin dolor, siendo éxitus a las 7:00 horas del día 23-3-2015./ Diagnóstico principal:/ "trismus por neoformación de

espacio parafaríngeo con afectación de espacio masticador y suelo de boca e infiltración peineural (irresecable)./ Neumonía izquierda./ Sd. General”.

2. El 8 de marzo de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas envía una copia de la reclamación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

3. Con fecha 17 de marzo de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas designa al Inspector de Prestaciones que actuará en el presente procedimiento.

4. Mediante escrito notificado a las interesadas el 23 de marzo de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas les comunica la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

5. El 30 de marzo de 2016, el Inspector de Prestaciones Sanitarias solicita a la Gerencia del Área Sanitaria V un informe de los servicios intervinientes (Neurología y Cirugía Maxilofacial) en relación con el contenido de la reclamación, así como una copia de la historia clínica.

El 9 de mayo, el Gerente del Área Sanitaria V remite la documentación solicitada, que incluye un parte de reclamación del seguro de responsabilidad sanitaria, informes de los servicios de Neurología y Maxilofacial y un CD que contiene la historia clínica de la paciente.

La Jefa de Sección de Neurología, en su informe de 26 de abril de 2016, se limita a exponer el curso clínico de la paciente en esta sección. Señala que “la paciente acude a urgencias el día 15-12-2014 por disnea secundaria a infección respiratoria. Refiere que en las últimas dos semanas es incapaz de alimentarse por trismus doloroso. La paciente había sido valorada en varias ocasiones por el trismus en el servicio de Cirugía Maxilofacial sin hallazgos

patológicos./ Se decide su ingreso en la sección de Neurología para tratamiento sintomático del trismus con toxina botulínica y para realizar estudios diagnósticos./ Con fecha 18-12-2014 se le practica un estudio de RMN de cráneo y cuello siendo el hallazgo fundamental la aparición de una masa con restricción difusión lo que sugiere tumoración maligna (...). Dicho hallazgo se confirma al día siguiente por estudio de TAC./ El día 19-12-2014 la paciente se traslada al Servicio de (Otorrinolaringología). La paciente no volvió a tener contacto con nuestra sección”.

El informe de la Sección de Cirugía Oral y Maxilofacial, de 28 de abril de 2016, señala que la paciente fue remitida a este Servicio por su médica de cabecera para realizar la exodoncia del diente n.º 45. El 6 de febrero acude a esta consulta, “donde se objetivó la existencia de una limitación importante de la apertura oral (trismus)”;

ese mismo día se le realizó una ortopantomografía, en la que “no se apreciaban alteraciones en los huesos maxilares”, por lo que “se le recomendaron ejercicio con la intención de mejorar la apertura oral para facilitar la exodoncia de un premolar que precisaba”. Se la citó al cabo de un mes, y se comprueba “ausencia de mejoría en la apertura oral y se procedió a la exodoncia del premolar a pesa de la dificultad añadida de hacerlo en situación de apertura oral muy limitada, ya que la limitación podía ser causada por el diente cariado”. El 2 de julio de 2014, en la revisión se aprecia “que continuaba con un trismus (...) importante y se solicitó una TAC para estudio de la posible causa del mismo./ Dicha TAC no reveló alteraciones significativas, de lo cual se informó a la paciente en fecha 20.08.2014, citándola para revisión dos meses después, cita a la que ya no acudió la paciente”. En la Sección no se atendió a esta paciente con posterioridad a esa fecha.

Entre los documentos que integran la historia clínica figura el informe de una TC de cerebro sin contraste, realizada con carácter urgente el 21 de abril de 2014 por un cuadro de “desorientación, agitación y alteración de la marcha de 12 días de evolución”, figurando que “no se aprecian imágenes sugestivas de sangrado intracraneal, efectos masa, desviación de la línea media, ni colecciones extraaxiales”.

6. Mediante oficio de 27 de junio de 2016, el Jefe de Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios remite una copia del expediente completo a la correduría de seguros a fin de recabar el informe pericial de la compañía aseguradora.

Con fecha 19 de octubre de 2016, una especialista en Estomatología y Cirugía Maxilofacial elabora el informe solicitado. Tras resumir los hechos clínicos, formula una serie de consideraciones médicas. En primer lugar, señala como causas más frecuentes del trismus (limitación de apertura oral), "las infecciones dentarias o de orofaringe y la patología funcional de la ATM (bloqueos)", y que en estos últimos suele ser "recurrente". Indican que en el presente caso "la paciente había tenido antecedentes de patología de ATM". Añaden que "otra causa posible son los tumores del llamado espacio masticatorio que suelen describir con las radiografías si afecta al hueso o en TAC y/o RNM si afecta a partes blandas". Señalan que "dichas exploraciones fueron solicitadas en esta paciente, aunque las iniciales no mostraron patología". Además, "no hay referencias a la afectación de ganglios linfáticos alrededor de la tumoración lo cual junto con la extensión perineural hace pensar en un tumor poco convencional y con mal pronóstico aunque de lenta evolución". Concluyen que "el tratamiento y medidas de diagnóstico empleados en la paciente fueron inicialmente los correctos (...). La paciente fue revisada por el especialista aunque sin mejoría tras el tratamiento. No acudió de nuevo tras los resultados del TAC de agosto". Por otra parte, admiten que "el retraso en el diagnóstico pudo condicionar la mala evolución del proceso. Pero las exploraciones solicitadas inicialmente fueron correctas". Finalmente, "el diagnóstico precoz del cáncer oral mejora el pronóstico del mismo. Sin embargo, en este caso no hay diagnóstico anatomopatológico por lo que no sabemos el pronóstico que hubiese tenido la neoformación en esta paciente si se hubiese detectado antes".

7. Mediante oficio de 1 de junio de 2017, la Jefa del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia del expediente para su remisión al Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, al haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación por silencio administrativo de su reclamación.

Consta en el expediente que el 14 de junio de 2017 el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios envía una copia del mismo al Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

8. Obra incorporado al expediente un segundo informe médico-pericial de la compañía de seguros, elaborado por una Doctora en Medicina Legal y Forense y una Licenciada en Medicina, de 13 de abril de 2017.

En cuanto a la pérdida de oportunidad, dicen desconocer el estadio en que estaba el tumor en febrero de 2014, si bien cuando fue diagnosticada, "el tumor era de más de 4 centímetros, por lo que se trataba de un estadio III". Indican que "dado que ya acudió con clínica de no poder abrir la mandíbula, es posible que no haya existido variación del estadio en estos 10 meses, por lo que no existiría pérdida de oportunidad". No obstante, también abordan la hipótesis de que el tumor se hubiese encontrado en un "estadio menor" y hubiese "avanzado durante ese periodo de tiempo"; por lo que si consideramos que "10 meses antes se encontraba en un estadio II, y posteriormente ha avanzado a un estadio III, la supervivencia es de entre un 80 a 63 %, frente a un 66 a 47 %. Teniendo en cuenta estos porcentajes para encontrar la pérdida de oportunidad en cuanto a supervivencia estaría entre un 14 % y un 16 %".

A continuación, advierten que "El dictamen se emite en virtud de la documentación analizada, que se describe en el apartado correspondiente y no entra a valorar la asistencia sanitaria dispensada". La valoración del daño se formula de acuerdo con los valores fijados por la Resolución de 15 de marzo de 2014, de Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que ascendería a 67.103,86 euros (incluidos los daños morales), teniendo en cuenta la edad de

la víctima y que tenía dos hijas mayores de 25 años. No obstante, a la anterior cuantía aplican un factor corrector de reducción del 75 %, de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero, punto siete, del Anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre. Asimismo, y teniendo en cuenta lo ya expuesto sobre la pérdida de oportunidad, consideran que “habría que descontar entre un 84 y un 86 % de la indemnización, pero dado que el máximo que se puede descontar por el factor corrector es 75 %, consideramos aplicable ese 75 de elemento corrector de disminución”.

9. Mediante escrito notificado al lugar indicado por las reclamantes el 10 de noviembre de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

10. El 11 de diciembre de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la correduría de seguros que ha transcurrido el plazo establecido para presentar alegaciones sin haberse recibido.

11. Con fecha 13 de diciembre de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial e Instrucciones Previas propone estimar parcialmente la reclamación presentada. Señala que “en el presente caso, ha existido un retraso en el diagnóstico del tumor de 10 meses, lo que ocasionó una pérdida de oportunidad. Se puede considerar que 10 meses antes se encontraba en un estadio II y posteriormente ha avanzado hasta un estadio III, la supervivencia es de un 80 a 63 % en el estadio II, frente a un 66 a 47 % del estadio III. Teniendo en cuenta estos porcentajes para encontrar la pérdida de oportunidad en cuanto a supervivencia estaría entre un 14 y un 16 %. Dado que lo máximo que se puede descontar por el factor de corrector es un 75 %, se aplica este porcentaje como elemento corrector de disminución”. Con base en lo anterior, propone indemnizar a las interesadas en la cantidad de 16.775,96 euros.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 21 de diciembre de 2017, 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, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

Con fecha 19 de febrero de 2018, el Presidente del Consejo Consultivo solicita documentación para mejor proveer; en concreto, interesa la remisión de la emisión de un informe que, a la vista de los distintos episodios de la historia clínica, analice con detalle el nexo causal que se derivaría de la actividad desplegada por el servicio público sanitario, e ilustre a este Consejo sobre las condiciones en las que se produjo el retraso diagnóstico finalmente apreciado en la propuesta de resolución.

Mediante escrito de 3 de septiembre de 2018 -registrado de entrada el día 5 de ese mes-, V. E. remite a este Consejo una copia del expediente núm. de la Consejería de Sanidad en soporte digital, ampliado con el informe elaborado a instancias de la compañía de seguros por el mismo especialista en Cirugía Maxilofacial que había informado el asunto en octubre de 2016. Reitera las mismas conclusiones, aunque ahora asevera que "en este caso el retraso en el diagnóstico condiciona la mala evolución del proceso". Añade que "las exploraciones solicitadas inicialmente fueron correctas pero no manifestaron enfermedad a ese nivel: una TAC con contraste o una RNM hubiesen sido más indicadas".

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.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante reclamación de las interesadas registrada en la Administración del Principado de Asturias con fecha 2 de marzo de 2016, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y al 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.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJPAC, están las interesadas activamente legitimadas 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 2 de marzo de 2016, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el fallecimiento de la perjudicada- el día 23 de marzo de 2015, 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 Responsabilidad Patrimonial. 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, en lo que atañe a los informes librados por la Sección de Neurología y por la Sección de Cirugía Oral y Maxilofacial, se limitan a exponer el curso clínico de la paciente, sin abordar las imputaciones vertidas en el escrito de reclamación, por lo que ha sido necesario solicitar documentación para mejor proveer. Al respecto, este Consejo ha reiterado (por todos,

Dictamen Núm. 222/2013) que el trámite de emisión de informe del servicio o servicios implicados en la reclamación no puede entenderse cumplido con la incorporación de los evacuados por ellos durante el proceso sanitario asistencial, pues son anteriores al inicio del procedimiento de responsabilidad patrimonial. El artículo 10.1 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial demanda la elaboración de un informe posterior a la presentación de la reclamación que no puede suplirse por la información que sobre el proceso asistencial consta en el historial clínico respectivo, ya que ello impide conocer la versión que el servicio implicado pueda tener sobre datos y consideraciones que consten en aquella.

De otro lado, llama la atención la ausencia de actos de instrucción desde la solicitud del informe pericial a la compañía de seguros en junio de 2016, hasta la apertura del trámite de audiencia en noviembre del año siguiente. Esta dilación en la tramitación del procedimiento supone que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se hubiera 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.

Sin embargo, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

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.- Se somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del fallecimiento de una paciente que sus hijas atribuyen al retraso diagnóstico de un tumor maxilofacial.

Del examen del expediente resulta acreditado que la perjudicada comenzó en febrero de año 2014 con dolores y dificultad para abrir la boca, siendo diagnosticada de "trismus". El Servicio de Cirugía Maxilofacial del Hospital la valoró en varias ocasiones por este motivo sin hallazgos patológicos. El 18 de diciembre de 2014 se practica a la paciente un estudio de RMN de cráneo y cuello siendo el hallazgo fundamental "la aparición de una masa con restricción difusión lo que sugiere tumoración maligna", confirmándose al día siguiente por estudio de TAC la existencia de una "neoformación del espacio parafaríngeo". La enferma fallece en marzo de 2015.

Ahora bien, la existencia 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, pues ha de probarse que aquel se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público y que es antijurídico.

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*. 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 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.

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 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.

En el presente caso, la perjudicada, de 71 años de edad, fue vista en febrero de 2014 en la consulta de Cirugía Oral y Maxilofacial del Hospital, "donde se objetivó la existencia de una limitación importante de la apertura oral (trismus)", por lo que se le realizó una ortopantomografía, en la que "no se apreciaban alteraciones en los huesos maxilares". Se la citó al cabo de un mes, y se comprueba "ausencia de mejoría en la apertura oral y se procedió a la exodoncia del premolar a pesar de la dificultad añadida de hacerlo en situación de apertura oral muy limitada, ya que la limitación podía ser causada por el diente cariado". En abril de ese año se le realizó una TC de cerebro sin contraste que no objetivó hallazgos de interés. El 2 de julio de 2014, en la revisión se aprecia que continuaba con un trismus "importante" y se solicita una TAC de mandíbula sin contraste, que tampoco reveló alteraciones significativas. El 15 de diciembre acude al Servicio de Urgencias del Hospital por "disnea secundaria a infección respiratoria". Refiere que "en las últimas dos semanas es incapaz de alimentarse por trismus doloroso", por lo que se decide su ingreso en la Sección de Neurología para tratamiento sintomático del trismus con toxina botulínica y para realizar estudios diagnósticos. Tras la realización de pruebas complementarias (RM y TC de orofaringe con contraste), se diagnostica "neoformación del espacio parafaríngeo izquierdo y extensión al espacio

masticador y suelo de la boca e infiltración perineural”, inoperable, por lo que se instaura “tratamiento paliativo”. El 9 de marzo ingresa en el Servicio de Otorrinolaringología “por condensación pulmonar izquierda, insuficiencia renal y desnutrición calórico-proteica severa”. El deterioro es progresivo, siendo éxitus el 23 de marzo de 2015 con los siguientes diagnósticos “trismus por neoformación de espacio parafaríngeo con afectación de espacio masticador y suelo de boca e infiltración perineural (irresecable)./ Neumonía izquierda./ Sd. General”.

En su solicitud inicial, las interesadas reprochan al servicio público una demora en la detección de la patología que padecía su madre y consideran que “de habersele diagnosticado a tiempo el tumor o neoformación del espacio parafaríngeo, se le podría haber aplicado un tratamiento adecuado que evitara en lo posible su evolución, con las consecuencias correspondientes para la calidad de vida y supervivencia”. Por su parte, el Instructor del procedimiento propone estimar parcialmente la reclamación al dar por acreditado que “ha existido un retraso en el diagnóstico del tumor de 10 meses, lo que ocasionó una pérdida de oportunidad”.

De la documentación remitida inicialmente a este Consejo no se podía concluir de forma indubitada la posibilidad de haber alcanzado un diagnóstico precoz de la enfermedad que aquejaba a la perjudicada, ya que los Servicios implicados no valoraban en sus respectivos informes si existió o no un retraso diagnóstico, al limitarse a describir la asistencia dispensada a la paciente, sin analizar la cuestión de fondo. Los informes periciales elaborados a instancias de la aseguradora tampoco resultaron concluyentes. Así, el dictamen médico emitido en octubre de 2016 señalaba que “el tratamiento y medidas de diagnóstico empleados en la paciente fueron inicialmente los correctos”, al tiempo que enunciaba en términos meramente hipotéticos que “el retraso en el diagnóstico pudo condicionar la mala evolución del proceso”. El segundo de estos informes, elaborado en abril de 2017, se limitaba a fijar el *quantum* indemnizatorio que correspondería a las interesadas, advirtiendo que sin “valorar la asistencia sanitaria dispensada”.

Esta ausencia de datos que permitiesen establecer una relación causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el fallecimiento de la paciente motivó la solicitud de un informe complementario para mejor proveer a la Autoridad consultante, que lo remitió, elaborado por el mismo especialista en cirugía maxilofacial que había informado el asunto en octubre de 2016, y en el que se alcanza la certeza de que “en este caso el retraso en el diagnóstico condicionó la mala evolución del proceso” y se afirma que “una TAC con contraste o una RNM hubiesen sido más indicadas”.

En definitiva, de la documentación analizada se infiere que ha existido un retraso en la detección del tumor, cuyo diagnóstico pudo haberse alcanzado meses antes si se hubiesen realizado estudios más precisos, como una resonancia o una TC con contraste, lo que constituye un supuesto de pérdida de oportunidad terapéutica que valoramos en un 15 % con base en el segundo informe médico-pericial emitido a instancias de la aseguradora y según lo razonado en la propuesta de resolución.

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

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 del cual no resulta posible saber a ciencia cierta si hubiera podido evitarse, sino que 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 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 un lado, 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, por otro, 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 asunto sometido a nuestra consideración el fallecimiento de la madre de las reclamantes.

Asimismo, debe recordarse que 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) -vigente en el momento de producirse el daño-, en sus cuantías aprobadas por Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 5 de marzo de 2014, contiene una valoración del daño moral en caso de fallecimiento, y, si bien efectivamente no resulta de aplicación

obligatoria, viene siendo generalmente utilizado, con carácter subsidiario, a falta de otros criterios objetivos. Ello hace innecesaria la aplicación de lo dispuesto en el artículo 141.3 in fine de la LRJPAC.

En el supuesto analizado la propuesta de resolución y la reclamación de las interesadas difieren sustancialmente en lo que a la cuantía de la indemnización se refiere. Así, las reclamantes, cuantifican los daños sufridos en la cantidad de cincuenta mil euros (50.000 €) por "los daños personales y morales y materiales" sufridos, más los intereses legales desde la fecha de la reclamación.

Por su parte, la Administración reclamada se muestra dispuesta a reconocer en la propuesta de resolución una indemnización cuyo importe total cifra en 16.775,95 €, al tomar como base el informe emitido a instancias de la compañía aseguradora en el que se justifica que la pérdida de oportunidad en cuanto a supervivencia estaría entre un 14 % y un 16 %. No obstante, antes de aplicar ese porcentaje a la valoración del daño realizada de acuerdo con los valores fijados por la Resolución de 15 de marzo de 2014, de Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones -que ascendería a 67.103,86 euros-, en el informe pericial se advierte que "el máximo que se puede descontar por el factor corrector es 75 %", de conformidad con lo dispuesto en el apartado primero, punto siete, del Anexo al Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, por lo que consideran aplicable esa cifra como "elemento corrector de disminución". Con base en lo anterior, el Instructor del procedimiento propone indemnizar a las interesadas en la cantidad de 16.775,96 euros.

Dado que las interesadas, que tomaron conocimiento de dichas consideraciones en el trámite de audiencia, no formularon alegación alguna al respecto, este Consejo debe formar su juicio sobre la base de la única valoración del daño que, de manera razonada, obra incorporada al expediente.

En consecuencia, coincidimos con la valoración del daño formulada por la aseguradora, que ascendería a 67.103,86 euros (incluidos los daños morales), aunque estimamos que dicha cuantía debería ser minorada en un 85 %, dado que se fijó que la pérdida de oportunidad en cuanto a supervivencia estaría

entre un 14 % y un 16 %, y teniendo en cuenta que el baremo que señala el máximo a descontar por el factor de corrección es orientativo y no resulta vinculante. Por todo ello, la indemnización a satisfacer a las interesadas ascendería a 10.065,58 euros.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de ese dictamen, procede declarar la responsabilidad del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos señalados.”

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.