

Expediente Núm. 186/2018
Dictamen Núm. 260/2018

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de diciembre de 2018, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 19 de julio de 2018 -registrada de entrada el día 27 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios sufridos a causa de una fractura de clavícula patológica que atribuye a la mala praxis en la prestación del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 20 de febrero de 2018, una persona que dice actuar en nombre y representación de la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de una “fractura de clavícula patológica (que no traumática)” ocasionada por mala praxis médica.

Explica que, tras haber padecido en los “años 1993 y 2006” dos carcinomas de mama, “comenzó a sufrir molestias y pérdida de fuerza en la extremidad superior derecha hasta perder su utilidad”, y que por esta razón

acudió al servicio público de salud que “ningunea su padecimiento hasta que finaliza concluyendo tardíamente, por haberla derivado a Servicios que no eran los propios, como Traumatología, Neurología, Patología Mamaria, etc., que padece una ‘plexopatía braquial de origen metastásico’ que de haber sido diagnosticada de forma correcta y en tiempo su padecimiento no habría concluido en tal dolencia”.

Según refiere, por estos hechos formuló en su día “recurso administrativo previo y posterior recurso contencioso-administrativo que finalizó con la condena de la Administración pública sanitaria por error en la praxis y pérdida de oportunidades”, y considera que si bien la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 12 de febrero de 2018 es correcta en cuanto al fondo merece ser censurada “patrimonialmente” por su carácter “minimalista”, ya que “incluso la pericial mercantilista de la aseguradora estimaba que el daño producido (...) era casi el doble que el que concedió” el Tribunal.

Manifiesta que “en el ínterin del contencioso” sufrió la fractura por la que ahora reclama, la cual “devenía (...) asimismo de la mala praxis”, y que “conjugada con la plexopatía braquial la convertía en una persona cuasi-inútil”, por lo que solicitó en su día “la ampliación de la demanda por hechos nuevos” que no fue admitida por el órgano jurisdiccional.

Por los daños sufridos insta una indemnización en concepto de “perjuicio moral por pérdida de calidad de vida por las secuelas”, de naturaleza grave, cuya cuantía asciende a cuarenta y nueve mil quinientos euros (49.500 €).

Adjunta los siguientes documentos: a) Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 12 de febrero de 2018, Sala de lo Contencioso-Administrativo, en la que se aprecia que la actuación del servicio público, al tardar trece meses en diagnosticar el proceso metastásico, “encierra una vulneración de la *lex artis*” que privó a la paciente de “unas expectativas de curación anticipada” y de “un diagnóstico temporáneo que podría haber aminorado o paliado el estado final”, reconociéndole el derecho a percibir una indemnización para el resarcimiento de la correspondiente pérdida de oportunidad que -según se indica- no puede comprender “la totalidad del daño”

que se reclama en concepto de secuelas funcionales y estéticas, días improductivos y daños morales, en la medida en que la "denominada `pérdida de oportunidad´ (...) se apoya no sobre la totalidad de los daños o estado final, ya que buena parte son riesgos típicos de la intervención y dolencia y se hubiesen producido igualmente aunque se hubiese diagnosticado y tratado temporáneamente. A ello se añade que el planteamiento de la demanda resulta maximalista en extremo, no solo en cuanto a la desorbitada valoración del daño moral, sino en cuanto a imputar una incapacidad permanente absoluta o total de grado máximo, calificación que está huérfana de prueba objetiva y convincente". De acuerdo con ello se le reconoce el derecho a percibir por todos los conceptos, incluido el daño moral, la cantidad de 45.000 € determinada a prudente arbitrio. b) Informe pericial elaborado por un facultativo Máster Oficial en Pericia Sanitaria con fecha 6 de junio de 2017, aportado al procedimiento del recurso contencioso-administrativo. c) Solicitud de ampliación del "quantum del suplico" de la demanda con motivo de la materialización de un nuevo daño consistente en la incapacidad derivada de una "fractura patológica de clavícula izquierda" que se dirige al Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias con fecha 21 de junio de 2017. d) Informe médico-legal complementario, librado por un especialista en Medicina Legal y Forense el día 21 de junio de 2017, en el que se concluye que como consecuencia de la "fractura de tercio medio de clavícula de características metastásicas" diagnosticada el día 15 de mayo de 2017 la paciente está actualmente "limitada para la realización de actividades laborales", y "además precisa de la ayuda de otras personas para la realización de su cuidado personal". e) Diversos informes médicos relativos a la asistencia prestada; entre ellos, el del Servicio de Urgencias del Hospital, de 15 de mayo de 2017, que le diagnostica la lesión por la que reclama, y un informe de Atención Primaria en el que se recoge como observación que "necesita atención y supervisión (actividades básicas de la vida diaria) (empeoramiento en los últimos días tras producirse una frac. de clavícula izda. sec. a metástasis ósea)".

2. Mediante oficio de 2 de marzo de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios requiere a quien actúa en nombre de la interesada para que acredite la representación que dice ostentar en el plazo de diez días o para que, en su defecto, la perjudicada remita al Servicio instructor un ejemplar firmado de la reclamación, con advertencia de que si así no lo hiciera se le tendrá por desistida de la misma.

El día 23 de marzo de 2018 se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias una copia del poder notarial otorgado por la interesada a favor de su representante.

3. Con fecha 6 de abril de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios notifica a la representante de la interesada 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.

4. Se incorpora al expediente, a continuación, el informe elaborado por los Servicios Jurídicos de la compañía aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias. En él se expresa que, dado que la sentencia que resolvió el litigio en el que se enjuiciaba la regularidad de la asistencia sanitaria a la que se imputa el daño indemnizó “una pérdida de expectativas” y “no las secuelas como tales”, ya que la perjudicada “no acreditó que de haber sido diagnosticada en tiempo y forma oportunos no se hubieran producido sus secuelas”, el hecho de que “ahora se reclame una nueva secuela no ha de dar lugar a un nuevo procedimiento, ya que se trata de `cosa juzgada´”, y en este sentido se indica que “no se encuentra en la actual reclamación ningún hecho nuevo, de acuerdo con los términos que exige” el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, “que pudiera enervar la excepción de cosa juzgada”.

5. Mediante escrito notificado a la representante de la interesada el 31 de mayo de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 4 de junio de 2018, la representante de la perjudicada se persona en las dependencias administrativas y obtiene una copia completa del expediente.

6. El día 3 de julio de 2018, 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 que se hayan recibido.

7. Con fecha 24 de mayo de 2018, la Jefa del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el requerimiento de remisión del expediente formulado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo N.º 3 de Oviedo, al haber interpuesto la interesada recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Mediante oficio de 30 de mayo de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas envía al Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias una copia del expediente.

8. El día 5 de julio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas propone desestimar la reclamación al considerar que "la indemnización por el retraso en el diagnóstico ya está reconocida en la propia sentencia y no pretende cubrir todos y cada uno de los daños o secuelas que se puedan ir manifestando en el devenir y evolución de la enfermedad, que además se habrían de producir como fruto de la propia patología aunque no hubiese habido retraso diagnóstico. Por tanto, estamos ante una reclamación que debe ser desestimada por haber sido ya objeto de pronunciamiento judicial, encontrándonos en presencia de la institución de la 'cosa juzgada' formal y material. La disconformidad con la cuantía indemnizatoria establecida por la sentencia, que la reclamante califica de 'minimalista', debió dar lugar, si es que procedía, al correspondiente recurso, pero en ningún caso a una nueva reclamación de responsabilidad patrimonial".

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 19 de julio de 2018, 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 posterioridad, el día 31 de julio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite al Consejo Consultivo el escrito presentado por la reclamante en el registro de la Administración del Principado de Asturias el 27 del mismo mes, en el que reduce la cuantía de la indemnización solicitada a 29.000 € “para que el citado procedimiento se albergue en los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y no en la Sala del mismo orden jurisdiccional” del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

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 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto

directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

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 67.1 de la LPAC dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 20 de febrero de 2018, habiéndose diagnosticado la fractura de tercio medio de clavícula de características metastásicas el día 15 de mayo de 2017, 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 rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución. Ahora bien, advertimos que no se ha recabado el informe preceptivo del servicio cuyo funcionamiento ha ocasionado la lesión por la que se reclama, al que se refiere el artículo 81.1 de la LPAC. En otras circunstancias procedería retrotraer el procedimiento al objeto de incorporar el citado informe, pero en este caso estimamos que la retroacción no resulta necesaria, pues, dado que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias ya ha enjuiciado, en el procedimiento terminado mediante Sentencia de 12 de febrero de 2018, la regularidad de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño reclamado, la resolución por la que se

ponga fin al presente procedimiento habrá de estar, respetando el efecto positivo o prejudicial de la cosa juzgada material, a lo señalado en la sentencia referida.

Asimismo, se aprecia que en el momento de emitir el presente dictamen ya se ha rebasado el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. Ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la LPAC. 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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. 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 34 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.- Funda la interesada su pretensión indemnizatoria en el anormal funcionamiento de la Administración sanitaria por retraso en el diagnóstico de las metástasis óseas de un carcinoma de mama. Más concretamente, la reclamación va dirigida a obtener el resarcimiento de los perjuicios derivados de una fractura de clavícula que constituye, según resulta del expediente, el último episodio del proceso de diseminación tumoral que padece.

Resultando acreditada la realidad de la lesión física por la que se reclama, hemos de comenzar por recordar que la mera constatación de un daño surgido con ocasión 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.

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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

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

En el caso de que se trata, la perjudicada articula su pretensión sobre la estimación parcial en vía jurisdiccional de una pretensión indemnizatoria antecedente y conexa con la ahora ejercitada. Considera que para atender la solicitud que formula basta con estar al reconocimiento en sede judicial de que existió un retraso en el diagnóstico de las metástasis no acorde con la *lex artis ad hoc*, y con ello parece pretender que el citado pronunciamiento se erija en título suficiente para obtener el resarcimiento de los daños -presentes y acaso futuros- que se puedan ir materializando en el curso de la enfermedad y que no existían al tiempo de formular la demanda.

En la sentencia a la que la reclamante se refiere, dictada el 12 de febrero de 2018 por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, se deja sentado que la demora en el diagnóstico del proceso metastásico por parte del servicio público sanitario constituyó una actuación contraria a la *lex artis* médica por la que la paciente se vio privada de “unas expectativas de curación anticipada” o, al menos, de ver “aminorado o paliado el estado final”; dicho en otras palabras, supuso el reconocimiento de una pérdida de oportunidad. De manera consecuente con dicha apreciación, el Tribunal consideró que no procedía indemnizarla por “la totalidad de los daños” reclamados, que ascendían a 154.685,33 € en concepto de secuelas funcionales y estéticas, días impeditivos y daños morales, pues buena parte de ellos eran “riesgos típicos de la intervención y dolencia y se hubieran producido igualmente aunque se hubiese diagnosticado y tratado temporáneamente”, fijándose entonces la indemnización por todos los conceptos a prudente arbitrio, habida cuenta la “gran dificultad (en) determinar el grado de probabilidad de cambio sustancial del resultado final en caso de diagnóstico temporáneo”. Dicho razonamiento es perfectamente consecuente con las notas características de la figura de la pérdida de oportunidad diagnóstica o terapéutica, en la que -como venimos señalando reiteradamente- cabe apreciar siempre concausa e incertidumbre en la contribución del servicio público a la producción del resultado final, pues junto a la acción u omisión sanitaria en que se concreta la infracción de la *lex artis* existe la patología de base del paciente, de modo que el resultado dañoso no puede imputarse en exclusiva a la intervención del servicio público sanitario, limitándose este a haber disminuido las opciones de curación o las de una más favorable evolución de la enfermedad, sin que pueda saberse con absoluta certeza si las mismas se habrían materializado o no en el supuesto de que se hubiera prestado el servicio sanitario de forma correcta. Por ello, en los casos como el presente la jurisprudencia viene estableciendo que el daño indemnizable no es el de la lesión, respecto de la cual no es posible conocer a ciencia cierta si hubiera podido evitarse, sino que ha de ser propiamente la pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado, impidiendo con ello la posibilidad de evitar daños o secuelas.

Lo anterior nos lleva a concluir en el asunto que nos ocupa que, una vez resarcido en ejecución de sentencia el daño correspondiente a la pérdida de oportunidad, no existe perjuicio alguno pendiente de indemnización que pueda derivarse de la mala praxis apreciada en vía judicial, y por ello la reclamación formulada ha de desestimarse.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.