

Expediente Núm.99/2019
Dictamen Núm. 169/2019

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:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 11 de julio de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 26 de abril de 2019 -registrada de entrada el día 3 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que atribuye a una supuesta negligencia que habría retrasado un trasplante de médula.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 2 de agosto de 2018, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos con ocasión del tratamiento recibido por una patología oncológica en un centro sanitario público.

Explica que el día 27 de febrero de 2014 ingresó en el Hospital “por sospecha de leucemia aguda” que fue confirmada, permaneciendo

“hospitalizada hasta el 11 de abril de 2014”, periodo durante el cual se sometió a “quimioterapia de inducción. Dada la gravedad de la patología, se inicia la búsqueda de un donante compatible, haciéndose constar en ese primer informe de alta que existen como antecedentes familiares una hermana sana”. Manifiesta que ante “la necesidad del trasplante se efectúa un estudio familiar para TPH entre la suscribiente y su hermana”, emitiéndose por los facultativos que identifica “del Servicio de Inmunología de la Unidad de Histocompatibilidad” un informe el 17 de marzo de 2014 en el que se determina que “la hermana (...) es HLA- idéntica a la compareciente”.

Señala que recibió dos ciclos de “quimioterapia de consolidación” que requirieron sendos ingresos hospitalarios durante varios días en los meses de abril y mayo del mismo año, y destaca que en el informe de alta “sorprendentemente se hacen constar” como “antecedentes familiares la existencia de una hermana no histocompatible, lo que es absolutamente falso”; dato erróneo que se reitera en el informe de alta emitido tras la finalización del “último de los ciclos pautados de quimioterapia de consolidación tardía” en el mes de septiembre de 2014.

Indica que a dicho tratamiento siguió una “segunda fase de quimioterapia de mantenimiento con reinducciones” que comprendió diversas sesiones entre los meses de octubre de 2014 y abril de 2015, y que, pese a haberse diagnosticado en un primer momento “una remisión completa con enfermedad residual negativa”, un nuevo estudio llevado a cabo en el mes de septiembre de 2016 determinó que se le diagnosticara “una recaída en la enfermedad”. Denuncia que en ese momento se solicitó “estudio HLA de padres para iniciar búsqueda de donante no emparentado”, lo que suponía obviar de nuevo la existencia del previo “informe de HLA de la hermana (...) acreditativo de la identidad genética entre ambas”. Al respecto, reprocha que “no es hasta el mes de octubre de 2016, año y medio después de la existencia del informe, cuando se remite a consulta” a su hermana “al efecto de comenzar los trámites pertinentes para el trasplante”, que tiene lugar el 15 de noviembre de 2016, y reseña que tras el mismo su evolución “fue totalmente satisfactoria hasta el

momento actual”, habiendo recibido nuevas dosis de quimioterapia hasta el 24 de mayo de 2017.

Considera que la Administración ha incurrido en negligencia al ignorar la existencia del informe de compatibilidad genética de su hermana, lo que ha motivado un retraso en el trasplante que habría significado, a su vez, una prolongación del tratamiento, con el sufrimiento físico y moral que ello implica.

Solicita una indemnización que asciende a treinta mil euros (30.000 €).

Adjunta diversa documentación médica relativa al proceso asistencial por el que reclama.

2. Mediante escrito de 7 de septiembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. A requerimiento del Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, el 27 de septiembre de 2018 la responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la historia clínica de la paciente y el informe emitido por dos facultativos del Servicio de Hematología y Hemoterapia del Hospital

4. En el mes de diciembre de 2018, la compañía aseguradora emite un informe en el que, entre otras consideraciones, afirma que “no existen secuelas ni daños secundarios de los ingresos y tratamientos agresivos que refiere la reclamante” y que “tampoco existió la demora” que señala, concluyendo que, “dado que la perjudicada reclama fundamentalmente los ingresos y los tratamientos quimioterápicos recibidos” y que el alta tras el trasplante tuvo lugar el día 12 de diciembre de 2016, la reclamación resulta extemporánea.

5. El día 17 de diciembre de 2018, una máster en Valoración del Daño Corporal emite un informe médico-pericial a instancia de la compañía aseguradora en el que concluye que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis*, y por lo tanto correspondería desestimar la reclamación”.

6. Mediante oficio notificado a la reclamante el 5 de marzo de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas 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 26 de marzo de 2019, la interesada presenta un escrito de alegaciones en el que, tras rechazar la extemporaneidad alegada por la entidad aseguradora, expresa su convicción de que el estudio realizado a su hermana fue extraviado y que tal incidencia tuvo una repercusión negativa en los tratamientos quimioterápicos a los que debió someterse.

7. El día 4 de abril de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 26 de abril de 2019, 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.

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.

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 Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante 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 el 2 de agosto de 2018, y al señalar la compañía aseguradora su extemporaneidad la reclamante alega que “la determinación del alcance de las secuelas” no se habría producido aún (en referencia al mes de marzo de 2019). Aporta al efecto un informe de 14 de marzo de 2019 que acredita que a partir del 30 de julio de 2018 se sometió a “tratamiento de rescate por una leucemia linfoblástica aguda B en recaída

postrasplante alogénico” en el Hospital Clínic de Barcelona en el marco de un ensayo clínico, y que a fecha 26 de marzo de 2019 continuaba “controles y seguimientos ambulatorios según los protocolos del ensayo”, si bien en el momento en que se emite el informe “se encuentra en aparente remisión de la enfermedad”. En la historia clínica (folio 1322 de la historia Millennium) figura asimismo que la paciente sufrió en el mes de marzo de 2018 una recaída postrasplante (siendo aceptada en ese momento para valoración de inclusión en estudio en el mencionado centro catalán).

Atendiendo, por tanto, al contenido de la documentación médica obrante en el expediente, consideramos que no ofrece duda que la paciente, después de recibir el alta en diciembre de 2016, fue tratada en el mes de julio de 2018 por una “recaída postrasplante” -efecto lesivo que no puede, de modo apriorístico, desvincularse del retraso denunciado en la asistencia en la que se le practica aquel trasplante-, por lo que debe concluirse que se acciona en plazo.

Ahora bien, la reclamante refiere acumuladamente una serie de daños de diversa naturaleza y etiología, algunos de los cuales son ajenos a la evolución reciente de su patología y se objetivaron con anterioridad al 2 de agosto de 2017, por lo que la acción ejercitada el 2 de agosto de 2018 quedaría incurso en prescripción respecto a esas lesiones. Así ocurre notoriamente con el daño de índole moral vinculado a la “angustia y sufrimiento padecidos al comprobar cómo su vida dependía del hallazgo de un donante compatible que ya existía desde el primer momento”, pues es claro que el equívoco o error cometido por el servicio público sanitario acerca de la histocompatibilidad de su hermana se despejó en octubre de 2016, cuando según consta en el expediente y en el propio relato de la interesada en esa fecha su hermana acudió a consulta para “comenzar los trámites pertinentes para el trasplante”, que finalmente tuvo lugar el día 15 de noviembre de 2016.

La misma extemporaneidad acontece con relación a los “padecimientos físicos y psíquicos que los diferentes tratamientos de quimioterapia (le) provocaron” en los años 2014 y 2015 pues, argumentando la interesada que

“no se habría sometido a muchos de ellos” de no haberse ignorado por el servicio público sanitario el informe de 2014 que constataba la compatibilidad genética de su hermana, de los datos obrantes en la historia clínica se deduce con nitidez que los daños consistentes en el sometimiento a sesiones de quimioterapia se objetivaron con su realización, y su título de imputación sería aquel mismo error de la Administración sanitaria (la puntual inadvertencia de la compatibilidad de su hermana) que ya fue despejado en 2016, por lo que podría acaso reclamar por posteriores secuelas imprevistas de ese tratamiento quimioterápico pero no por el tratamiento mismo o sus consecuencias inmediatas.

En definitiva, el análisis de fondo de la posible responsabilidad patrimonial sanitaria examinada solo procede con relación a las deficiencias en la asistencia dispensada en cuanto puedan vincularse -atendido el curso de la enfermedad- a su evolución posterior al mes de agosto de 2017, y concretamente a la “recaída postrasplante”, que es la única incidencia lesiva accionada en plazo que se advierte en lo actuado.

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 incorporación de informe del servicio afectado, 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 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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”.

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, 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; requisitos cuya exigencia constituye “doctrina jurisprudencial reiteradísima” (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:1997-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración el procedimiento de responsabilidad patrimonial instado por una paciente que atribuye a la negligente actuación sanitaria las consecuencias lesivas de la quimioterapia y la negativa evolución de su enfermedad (leucemia), invocando un retraso en la realización de un trasplante de médula.

Consta en el expediente que la interesada se sometió a varios ciclos de quimioterapia durante los años 2014 y 2015, y que tras efectuársele los correspondientes estudios se le practicó un trasplante de médula en el mes de noviembre de 2016, sufriendo una “recaída postrasplante” en 2018. Por tanto, hemos de admitir la existencia de un daño acreditado, asociable en hipótesis al retardo o las deficiencias en la atención dispensada.

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

Como ya ha tenido ocasión de señalar 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.

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.

Sin embargo, en el caso que nos ocupa la reclamante no presenta informe alguno que sustente sus alegaciones, por lo que debemos formar nuestro criterio con base en informes y datos aportados al expediente a instancia de la Administración.

La interesada sostiene que la "negligencia en que ha incurrido esta Administración" resulta evidente, "dado que disponiendo de un informe de compatibilidad genética desde el mismo momento en que la enfermedad le fue diagnosticada el trasplante de médula" no se llevó a cabo "hasta pasados dos años y medio" desde la emisión de aquel, "con los padecimientos físicos y psíquicos que los diferentes tratamientos de quimioterapia (le) provocaron", precisando que "no se habría sometido a muchos de ellos de haberse hecho un uso debido del informe cuando se efectuó", todo ello al margen "de los incalculables daños morales causados tanto a la suscribiente como a toda su familia tras ver no solo el deterioro físico que el tratamiento le provocó, sino de asumir el riesgo evidente de poder fallecer como consecuencia de la enfermedad, máxime tras la recaída sufrida".

La imputación se centra, por tanto, en la existencia de un error de transcripción en uno de los informes emitidos durante el tratamiento -en

concreto, en el informe de alta del mes de mayo de 2014-, en el que equivocadamente se indica que la paciente tiene una "hermana no histocompatible", y que fue reproducido en informes posteriores. Este equívoco se relaciona directamente por la interesada con la posposición del trasplante de médula hasta el año 2016.

Sin embargo, y sin perjuicio del legítimo reproche que merezca esta incidencia, los informes obrantes en el expediente sostienen que tal incidencia no afectó ni a la fecha ni al tratamiento pautado hasta la realización del trasplante; afirmación que avalan los argumentos médicos que proporcionan y los restantes datos obrantes en la historia clínica.

Así, en el emitido por los responsables del Servicio de Hematología y Hemoterapia se aclara que el protocolo seguido con la paciente "se encuentra avalado por el Programa Español para el Tratamiento de las Hemopatías Malignas de la Sociedad Española de Hematología y Hemoterapia", siendo "empleado en prácticamente la totalidad de los hospitales de nuestro país". De acuerdo con el mismo, "la paciente recibió los ciclos previstos" de quimioterapia con "buena respuesta", iniciándose el tratamiento de mantenimiento en el mes de abril de 2015. Destacan al respecto que "los mejores resultados del trasplante tras una recaída se obtienen cuando los pacientes no tienen enfermedad, por lo que siempre se intenta obtener una respuesta completa antes del trasplante", y que "en este caso tras la finalización del tratamiento de reinducción la paciente tuvo una muy buena respuesta con ausencia de enfermedad en el control de fecha 17-10-16". Por tanto, argumentan que con arreglo al protocolo aplicable "no es cierto que estuviera indicado poner en marcha el protocolo de trasplante en marzo del 2014", y que tampoco "es cierto que se hubieran evitado los tratamientos de quimioterapia". Además, con relación a "la indicación de trasplante de médula alogénico", subrayan que "este protocolo solo lo contempla en el caso de no obtener una buena respuesta en los controles previstos", lo que no se dio en la paciente, quien tuvo "desde el primer control (...) una buena respuesta, con una (...) (enfermedad mínima residual) negativa. Por tanto, no procedía" efectuar "un

trasplante de médula ósea hasta el momento de la recaída”, sin que la realización del estudio HLA a los hermanos implique que necesariamente vaya a llevarse a cabo, puesto que el trasplante “solo está previsto en caso de fracaso de los tratamientos de quimioterapia”. En consecuencia, el trasplante se llevó a cabo cuando estaba indicado, esto es, “en el momento de la recaída”.

Por su parte, el informe pericial suscribe puntualmente tales aseveraciones reiterando que “en el momento del diagnóstico no estaba indicada la realización de un trasplante alogénico”, y añade que “el trasplante no hubiera evitado los diferentes tratamientos con quimioterapia”, cuyo desarrollo y posibles efectos secundarios se describen en el documento de consentimiento informado obrante en la historia clínica.

Con relación a este documento de consentimiento informado, observamos que el mismo carece de la firma de la paciente -quien, no obstante, no formula objeción alguna al respecto-, pero tal deficiencia no impide que podamos valorar su contenido en cuanto que avala las explicaciones facilitadas por el Servicio responsable a la interesada. Así, consta en él que “en todas las enfermedades neoplásicas debe recurrirse al tratamiento quimioterápico en un momento u otro de su evolución para el control de la enfermedad. Las alternativas a la quimioterapia propuesta son:/ Demorar el inicio del tratamiento (reduciendo las posibilidades de controlar la enfermedad)./ Tratamientos paliativos (pequeñas dosis de quimioterapia, radioterapia u otros agentes administrados con la finalidad de frenar transitoriamente la evolución de la enfermedad)./ Abstención terapéutica (abandonando toda posibilidad de curación o de control prolongado de la enfermedad)”. Es decir, en dicho documento en ningún momento se contempla el trasplante como una alternativa a la quimioterapia, y sí se establece con claridad que esta última resultaba un tratamiento inevitable, de modo que el error cometido en 2014 por la Administración acerca de la histocompatibilidad de la hermana de la interesada, despejado ya en 2016, no hubiera impedido los tratamientos de quimioterapia seguidos ni alterado la fecha del trasplante.

En suma, los elementos de juicio disponibles acreditan el cumplimiento

de los protocolos aplicables, que figuran incorporados al expediente y carecen de réplica técnica y fundada por parte de la reclamante, por lo que no cabe apreciar la infracción de la *lex artis* denunciada.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, 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.