

Dictamen Núm. 140/2020

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 junio de 2020, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. La Consejera doña María Isabel González Cachero votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 27 de diciembre de 2019 -registrada de entrada el día 15 de enero de 2020-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del deficiente seguimiento de una lesión cerebral.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 11 de septiembre de 2018, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que atribuye a la falta de seguimiento de una dolencia cerebral, tardíamente diagnosticada como tumor.

Expone que el 22 de abril de 2010 acude a consulta del Servicio de Otorrinolaringología del Hospital por "síntomas de vértigo", realizándosele una resonancia magnética el 27 de enero de 2011 que detecta un "proceso infiltrativo tipo gliomatosis cerebral", sin que se le prescriba seguimiento alguno para su "dolencia incipiente".

Añade que es atendido en el Servicio de Urgencias los días 8 de julio de 2012 y 4 de junio de 2013 por "vértigo" y en la consulta de Otorrinolaringología el 4 de abril de 2016, siendo diagnosticado de "enfermedad de Ménière bilateral". Tras consultar en los Servicios de Neurología y de Otorrinolaringología se le efectúa el 14 de agosto de 2017 una nueva resonancia magnética, detectándose un "probable tumor glial de grado hemisférico derecho", y el 4 de junio de 2018 es intervenido con el diagnóstico principal de "tumoración glial infiltrante".

Considera que se ha permitido el desarrollo del tumor que ya padecía en el año 2011 al no prescribirsele "ningún tratamiento médico, ni quirúrgico, ni farmacológico" hasta 2017.

Cuantifica el daño sufrido en doscientos mil euros (200.000 €).

Adjunta a su escrito una copia de diversa documentación clínica y solicita la testifical de los facultativos que identifica.

2. Mediante escrito de 1 de octubre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. El día 5 de octubre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas acuerda motivadamente denegar la prueba testifical solicitada. No obstante, recuerda la posibilidad de que por parte del interesado se incorpore al expediente, antes del trámite de audiencia, "cualquier medio de prueba que considere conveniente".

4. Con fecha 26 de octubre de 2018, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la historia clínica del paciente obrante en los centros hospitalarios en los que fue atendido y los informes emitidos por los servicios de Neurología, de Urgencias y de Otorrinolaringología.

El 5 de noviembre de 2018, el interesado aporta para su inclusión en el expediente una “nota de progreso” del Servicio de Salud Mental de fecha 1 de octubre de 2018, en la que se recoge que presenta un “cuadro depresivo claramente asociado con (intervención quirúrgica) de tumor cerebral en junio 2018 y sesiones de radioterapia posteriores”, y la Resolución de la Consejería de Servicios y Derechos Sociales del Principado de Asturias por la que se le reconoce un grado de discapacidad del 70 %.

5. El día 15 de mayo de 2019, emite informe una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal, a instancias de la compañía aseguradora de la Administración. En él afirma que tras la realización de la resonancia magnética craneal de 2011, “en la que se objetivó una lesión cerebral”, el Servicio de Otorrinolaringología “debería haber derivado al paciente” al Servicio de Neurocirugía para “seguimiento y valoración de tratamiento”. Precisa que “no fue evaluado periódicamente según protocolos./ No se le realizó seguimiento alguno” hasta el año 2017. Considera que “ha existido una demora, la cual puede haber ocasionado un empeoramiento en el pronóstico y variado las opciones terapéuticas”.

Concluye que la actuación no ha sido “conforme con los protocolos” y propone estimar parcialmente la reclamación, fijando la indemnización en 15.000 € con base en el informe de valoración del daño corporal que acompaña.

6. Evacuado el trámite de audiencia, el 25 de noviembre de 2019 el representante del interesado -lo que acredita mediante poder general para

pleitos que acompaña- presenta un escrito de alegaciones en el que manifiesta su disconformidad con la valoración efectuada por la entidad aseguradora y solicita que “se prorrogue el plazo” para aportar un “informe pericial” de refutación. El 27 de noviembre de 2019 adjunta el informe emitido por un gabinete médico privado de valoración del daño corporal que carece de cuantificación económica.

7. Con fecha 5 de diciembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio al entender que la asistencia no se adecuó a la *lex artis*, dado que no se realizó un seguimiento de la lesión detectada en 2011. No obstante, subraya que “teniendo en cuenta la naturaleza de la lesión, al tratarse de una lesión infiltrativa difusa, y su mal pronóstico no existe una total seguridad acerca de que la actuación omitida hubiese sido eficaz para evitar el resultado final”, considerando procedente una indemnización de 15.000 €.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de diciembre 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 Salud, 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 según 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, de conformidad con 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 el interesado activamente legitimado 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 con fecha 11 de septiembre de 2018, y se deduce frente a la demora en el abordaje de un tumor que no se objetiva ni interviene hasta el 4 de junio de 2018, por lo que es claro que ha sido 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 contenidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial de los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicho cuerpo legal.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 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”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo 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.- Presenta el interesado una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del inadecuado tratamiento de un “proceso infiltrativo tipo gliomatosis cerebral”, lesión detectada en 2011 de la que no se realizó seguimiento hasta 2017.

Constatado el diagnóstico definitivo de “tumoración glial infiltrante”, queda acreditada la efectividad del daño por el que se reclama.

Ahora bien, la mera constatación de un perjuicio 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 acreditarse que el daño alegado guarda un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 25/2019), 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 el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado -aunque no siempre pueda garantizarse que este sea exacto- en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente en la fase de diagnóstico tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento. El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que la mera constatación de un error médico o de un retraso diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*.

En el supuesto examinado, el reclamante invoca la falta de seguimiento de su "dolencia incipiente", y de la historia clínica incorporada al expediente se desprende que tras la realización de la resonancia magnética craneal en 2011 -en la que se objetivó una lesión cerebral- no se le deriva al servicio especializado para realizarle un seguimiento; y tampoco cuando acude al Servicio de Urgencias en 2012 y 2013 por "vértigo", siendo examinado nuevamente por el Servicio de Otorrinolaringología en 2016, que le diagnostica "enfermedad de Ménière bilateral", hasta que ya en 2017, tras consultar en los Servicios de Neurología y de Otorrinolaringología, se le efectúa una nueva resonancia magnética en la que se detecta un "probable tumor glial de grado hemisférico derecho" que posteriormente se confirma, siendo intervenido el 4 de junio de 2018 con el diagnóstico principal de "tumoración glial infiltrante".

Ante este proceso patológico los servicios hospitalarios que trataron al enfermo admiten que su dolencia era acreedora de un seguimiento periódico y especializado, que hubiera permitido anticipar la segunda resonancia magnética en la que se objetiva la sospecha tumoral. La facultativa que informa a instancias de la entidad aseguradora de la Administración reconoce puntualmente que ya en 2011 "se debería haber derivado al paciente" para "seguimiento y valoración de tratamiento" al Servicio de Neurocirugía, de lo que deduce que "no fue evaluado periódicamente según protocolos", pues "no se le realizó seguimiento alguno" hasta el año 2017. El técnico que elabora la propuesta de resolución suscribe estas conclusiones, por lo que a la luz de la sustancial coincidencia de todos los peritos informantes hemos de estimar acreditada la invocada infracción de la *lex artis* por un deficiente seguimiento de la patología presente en 2011.

Resta por aislar la incidencia del retardo en el resultado lesivo. Al respecto, el reclamante no aporta pericial alguna, toda vez que el informe que acompaña a su escrito de alegaciones se limita a valorar el daño corporal sin descender al extremo aquí controvertido. Ateniéndonos a los criterios periciales obrantes en las actuaciones, se observa que la facultativa que informa a instancias de la compañía aseguradora reconoce que la demora "puede haber

ocasionado un empeoramiento en el pronóstico y variado las opciones terapéuticas”, si bien en términos netamente hipotéticos o probabilísticos -descartada la certeza-, propone una indemnización a tanto alzado. El técnico que suscribe la propuesta de resolución confirma este criterio y razona que “teniendo en cuenta la naturaleza de la lesión, al tratarse de una lesión infiltrativa difusa, y su mal pronóstico no existe una total seguridad acerca de que la actuación omitida hubiese sido eficaz para evitar el resultado final”.

Este Consejo viene reiterando que cuando se invoca una pérdida de oportunidad no solo debe acreditarse una omisión contraria al buen quehacer médico, sino también la existencia de una técnica que oportunamente aplicada al enfermo hubiera conducido a una mejora de su situación o a un resultado distinto. Es este segundo requerimiento el que aquí no se despeja, enfrentándonos en rigor a una doble incertidumbre: por un lado, la derivada de la dificultad diagnóstica del tumor, sin que nada alcance a objetivar que se hubiera detectado precozmente de no haberse omitido el seguimiento adecuado; por otro lado, la asociada al propio tumor cerebral, patología *per se* de compleja e incierta resolución pese a su puntual abordaje.

En definitiva, admitida la eventualidad de un mejor pronóstico pero no acreditada su certeza -y sin que pueda tampoco deducirse racionalmente de la naturaleza de la dolencia-, procede la estimación parcial de la reclamación formulada, en la medida en que el resultado lesivo hubiera podido atemperarse y acaso evitarse en parte de haberse dispensado al enfermo la atención protocolaria.

SÉPTIMA.- Establecida la responsabilidad patrimonial del servicio público sanitario, hemos de pronunciarnos sobre la cuantía indemnizatoria.

El *quantum* resarcitorio solicitado por el reclamante se cifra en 200.000 €, si bien no se desglosa con arreglo a ningún parámetro objetivo ni se justifica en pronunciamientos sobre supuestos análogos. El informe sobre el daño corporal que se adjunta al escrito de alegaciones omite la cuantificación

económica y hace abstracción de la limitada incidencia del retardo en el resultado lesivo o las reducidas probabilidades de un mejor pronóstico.

La propuesta de resolución valora el daño en 15.000 € siguiendo el informe de valoración aportado por la aseguradora, que se revela más preciso que el traído por el perjudicado en la medida en que no desconoce la existencia de parámetros objetivos comúnmente aplicables en esta materia -el baremo que rige para los accidentes de circulación- y desecha razonadamente ciertos conceptos -como los daños asociados a determinados aspectos del tratamiento del tumor- que el enfermo hubiera enfrentado en cualquier caso por razón de su patología.

En supuestos similares al que nos ocupa, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias sostiene que “solamente debemos acoger el derecho a la indemnización derivada de la pérdida de oportunidad, ya que como ha señalado el Tribunal Supremo `la caracterización de la «pérdida de oportunidad» se concreta en el grado de incertidumbre que rodea a una determinada actuación médica para constatar en qué medida se hubiera evitado un resultado lesivo, atendida la gravedad del daño, o se hubiera mejorado la situación del paciente de haberse tomado una decisión concreta´ (...), con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de este mismo´” (Sentencia de 29 de noviembre de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:3375-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

En el caso examinado, el daño resarcible se liga a la eventualidad de que hubiera podido atemperarse o evitarse de haberse dispensado al paciente el seguimiento oportuno, y el resultado lesivo que pudo en hipótesis soslayarse es en esencia el cuadro clínico que el paciente presenta al final del proceso asistencial, tras la cirugía; esto es, un tumor con bajo grado de malignidad, pues en el diagnóstico posquirúrgico fechado el 20 agosto de 2018 consta

“disminución global tumefacción posquirúrgica (...). Persiste tejido de borde mal definido (...) en relación con restos de tumor infiltrante de bajo grado”.

Tal como razonamos, nada alcanza a objetivar que el tumor se hubiera detectado precozmente de haberse dispensado la atención protocolaria, y tampoco consta la certeza de que un temprano diagnóstico hubiera evitado los padecimientos por los que se reclama, que son además limitados, pues no consta un avance letal del carcinoma. Han de moderarse, en consecuencia, los dos sumandos a los que alude la jurisprudencia citada, el relativo a la posibilidad misma de anticipar el diagnóstico y el asociado a la eventualidad de un mejor pronóstico en caso de abordaje precoz. Ahora bien, ante el dilatado retardo asistencial -de 2011 a 2017- no puede soslayarse que es lógico concluir que aunque se aprecie un escenario de incertidumbre respecto a su incidencia se ha ocasionado un menoscabo a la salud del paciente, que sufre una dolencia no exenta de riesgos. La propuesta de resolución subraya que “no existe una total seguridad” acerca de la eficacia de la actuación omitida, de lo que puede deducirse que sí media una probabilidad atendible y que el retraso diagnóstico -siempre en términos de imputación probabilística-, dado el lapso de tiempo transcurrido y la posibilidad de haber anticipado un tratamiento que hubiera mejorado previsiblemente la calidad de vida y expectativas del reclamante, excede de la reducida entidad con la que se cifra por la Administración (15.000 €).

En estas condiciones, y de acuerdo con el citado pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, procede “fijar al respecto una cantidad a tanto alzado, acudiendo a un juicio ponderado y prudente (...), considerando las circunstancias concurrentes (...) y valorando (...) las pruebas practicadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica” (Sentencia de 29 de noviembre de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:3375-). A la vista de otros supuestos análogos, este Consejo estima que la ausencia de parámetros objetivos no permite tampoco obviar el referente de más general aplicación -el baremo que rige para los accidentes de tráfico-, debiendo proyectarse la imputación probabilística sobre el entorno cuantitativo que en él

se objetiva, estimándose adecuado fijar una indemnización actualizada de veinticinco mil euros (25.000 €).

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,