

Dictamen Núm. 103/2021

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 10 de junio de 2021, 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 22 de marzo de 2021 -registrada de entrada el día 24 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del retraso diagnóstico de un tumor.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 3 de diciembre de 2019, se recibe en el Registro General de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial, suscrita conjuntamente por el reclamante y un Procurador de los Tribunales, por los daños sufridos como consecuencia de un “retraso de casi dos años” en el “diagnóstico de un tumor”.

Exponen que “se trata de un paciente de 69 años de edad, con diagnóstico desde los 38 años de hipertensión arterial, diabetes mellitus tipo 2, a tratamiento con insulina, e hipercolesterolemia, con consultas en el Servicio de Urgencias” de la Fundación Hospital “ya en agosto de 2016 por dolores en la planta del pie”.

Señalan que “pese al diagnóstico en el ámbito privado, el día 14 de noviembre de 2016, de un tumor, a descartar malignidad, no fue” determinada “su naturaleza maligna con capacidad metastásica hasta un informe de Anatomía Patológica el día 1 de octubre de 2018 (biopsia), habiendo sido intervenido quirúrgicamente el 24 de septiembre, aunque el podólogo había recomendado ya en su primera visita descartar la posible tumoración maligna y el tratamiento quirúrgico de la lesión”.

Manifiestan que, no obstante, “fue infiltrado y se fue retrasando la intervención hasta casi dos años después de la sospecha. Finalmente precisó de tres intervenciones quirúrgicas: la necesaria para extirpar el tumor y dos añadidas: una para ampliación de la exéresis y otra de cirugía plástica para colocación del injerto”.

Afirman que “la no acción en este caso dio lugar a un riesgo de metástasis que felizmente no se consuma, pero sí a una situación de desasosiego y angustia (...) por todo este tiempo transcurrido en espera de una actuación médica eficaz en aras a conocer la naturaleza de su lesión, consecuencias, posible tratamiento e intervención./ El excesivo tiempo transcurrido hasta la intervención quirúrgica, manteniendo al paciente de forma innecesaria con su problemática casi dos años, entendemos que merece la consideración de días de perjuicio personal básico, conforme a la Ley 35/2015, reclamándose además por daño moral, secuelas y probables daños futuros”.

Describen el proceso asistencial y transcriben lo que denominan “informe médico pericial”, que en realidad es un “informe podológico” sin firma, confeccionado por un gabinete médico privado al que el reclamante acude para “consulta de biomecánica el día 10-11-2019 con motivo de dolor metatarsal y sensación de inestabilidad durante la deambulación”, que -según se afirma en el mismo- se corresponde con “la secuela quirúrgica de una extirpación tumoral”. En él se concluye que “se consideran factores agravantes de la condición de salud del paciente la demora de la intervención quirúrgica, ya que la identificación del tumor fue realizada en el año 2016 (...) y no tuvo lugar hasta el año 2018 su extirpación. Asimismo (...), la posibilidad de un

perjuicio a causa de la infiltración de corticoesteroides en la región tumoral, ya que la ficha técnica de este medicamento no indica tal aplicación. Diversos aspectos relativos a la atención recibida por el paciente han perjudicado su salud permanentemente. Desde la remisión desde la consulta podológica (...) (noviembre de 2016) en vista de una posibilidad de enfermedad maligna hasta su diagnóstico médico transcurrieron 2 años. El diagnóstico final es de hidroadenoma nodular de células claras, cuyo poder de metástasis es alto y, por suerte, en el paciente no ha desencadenado tumores secundarios. No obstante, el (...) paciente refiere cuadros de angustia y ansiedad por el simple riesgo de haber padecido una enfermedad potencialmente mortal en ausencia de atención médica./ Actualmente (...) presenta” como “secuelas (...): una metatarsalgia crónica de difícil resolución (...). Una restricción de la movilidad derivada del propio dolor que le produce el apoyo del pie (...). La necesidad de uso de dispositivos de ayuda para la marcha que, actualmente, se resuelve con un bastón pero en el futuro podría precisar dispositivos complejos (...). Un perjuicio sistémico de su salud dada la imposibilidad de caminar distancias medias, lo cual es un factor determinante para el control de diabetes mellitus (...). Riesgos de patología del aparato locomotor derivados de las compensaciones de la marcha que (...) presenta a fin de evitar el dolor (...). Un perjuicio estético más allá de la lesión visible en la región plantar afectada. El paciente presenta cojera evidente y necesidad de uso de un bastón”.

En cuanto a la “evaluación económica de la responsabilidad patrimonial”, interesan “una cantidad a tanto alzado” que cifran en treinta mil euros (30.000 €), si bien para ello toman “como referencia el baremo previsto para accidentes de circulación en la Ley 35/2015, de 22 de septiembre”. En concreto, solicitan que el “excesivo tiempo transcurrido hasta la intervención quirúrgica” sea conceptuado como “perjuicio personal básico”, y teniendo en cuenta la actualización del baremo correspondiente al año 2018 aplican la cantidad de 30,56 €/día a los 623 días transcurridos entre el 10 de noviembre de 2016, día en que un podólogo privado observó la “tumoración y recomienda descartar malignidad y tratamiento quirúrgico”, y el 24 de septiembre de 2018, fecha en la que este tratamiento se le dispensó por parte

del servicio público sanitario -una vez descontados los 60 días que, como plazo de espera, se establecen para la especialidad de Cirugía General en el anexo I del Decreto 59/2018, de 26 de septiembre-, lo que arroja la cantidad de 19.038,88 €. Asimismo, en concepto de secuelas -y aunque reconocen que no saben "qué habría sucedido de haberse procedido a la intervención quirúrgica precozmente"- afirman que "ciertamente se habrían producido daños, pero éstos serían de menor entidad", considerando además evidente que "el paso del tiempo agravó el proceso patológico y así se explica la intervención quirúrgica para extirpar el tumor que al final precisó de tres, una para ampliar márgenes, de lo que se deduce que el daño resultó mayor de lo esperado, y otra plástica", añadiendo que "el resultado es que ahora tenemos una cojera ostensible (que le impide caminar como antes, lo que repercute negativamente sobre la evolución de su diabetes) y una cicatriz en la planta del pie que sin duda habría sido menor de haberse abordado precozmente la intervención". En estas condiciones, asimilan esta "cojera evidente" a un "perjuicio estético medio" al que adjudican 14 puntos, incrementados con otros 2 puntos de secuelas -uno por metatarsalgia y otro por exceso en la extensión de la cicatriz-, lo que supone un total de 16 puntos de secuelas, que se valoran a efectos indemnizatorios, atendiendo a la edad del perjudicado, en 13.820 €. Por último, entienden que el "daño moral y riesgos a futuro" se incardina en el "impacto" de la patología del perjudicado "sobre el aparato locomotor, calidad de vida y economía del paciente como factores agravantes de su salud", con especial referencia a la "imposibilidad de caminar distancias medias, lo cual es un factor determinante para el control de la diabetes mellitus". Indican al efecto que "este señor (...) con anterioridad a su enfermedad todos los días caminaba grandes distancias, tal y como le aconsejaba su médico de cabecera, para el cuidado de su diabetes. Ahora esta costumbre solo la puede llevar a cabo parcialmente, lo que (...) ha repercutido negativamente en la evolución de su diabetes precisando un incremento del tratamiento de la insulina". Además, incluyen "como daño moral el riesgo de desarrollar metástasis que se incrementó con el discurso del tiempo, de modo tal que ha estado latente

cuando menos estos dos años de evolución al que tendría en las fases iniciales del cuadro”.

Adjuntan a su escrito diversos informes médicos relativos a la asistencia prestada entre los que se encuentra el informe podológico al que se hace referencia en la reclamación.

2. Mediante escrito de 13 de diciembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado 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.

En el mismo oficio se le indica que si el procurador “va a actuar como representante en este procedimiento ha de acreditar la representación”.

3. Previa solicitud formulada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, las Gerencias de la Fundación Hospital y del Área Sanitaria V remiten al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica del perjudicado y un informe del servicio interviniente en soporte digital.

El informe suscrito por el Jefe del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología de la Fundación Hospital el 30 de enero de 2020, describe la atención prestada al paciente a lo largo del episodio clínico cuestionado en términos que concuerdan con el relato contenido en el escrito de reclamación. Reseña, “en relación a la patología de tumoración en planta del pie”, que “consta una solicitud de consulta desde Atención Primaria de fecha 12 de junio de 2013 por: `dolor en pie derecho desde hace 2-3 semanas, objetivando lesión subcutánea a nivel de 5 meta pie derecho. Exploración: lesión subcutánea de 0,5 cm, no dolor en la palpación ósea ¿ganglión? Ruego valoración´. Siendo citado para primera consulta de Traumatología el día 8 de agosto de 2013, no acudiendo a dicha consulta”.

En cuanto al episodio clínico que se cuestiona, señala que el paciente fue visto "en consulta el día 6 de febrero de 2017, informándosele de los hallazgos y realizándose infiltración 4.º espacio intermetatarsal con corticoide + anestésico local para analgesia./ En revisión el día 27 de febrero refiere continuar con dolor a pesar del tratamiento, por lo que es valorado en sesión clínica del Servicio de Traumatología, decidiéndose proponer tratamiento quirúrgico que consistiría en escisión-biopsia de tumoración quística en 4.º espacio intermetatarsal./ El día 14 de marzo de 2017 se le informa de la indicación, refiriendo el paciente que en ese momento no tiene dolor de importancia y que no desea intervenirse".

4. Con fecha 28 de febrero de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la correduría de seguros una copia del expediente a fin de que se recabe el correspondiente informe pericial.

Atendiendo a este requerimiento, el día 31 de agosto de 2020 una licenciada en Medicina y Cirugía emite un informe pericial sobre la reclamación formulada. En él, a pesar de reconocer un retraso en "el diagnóstico" y que con ello se produjo "una demora en el estudio y tratamiento, lo que hubiera podido conllevar una diseminación con el consecuente riesgo vital", considera que "dada la historia natural de la neoplasia que presentaba el paciente (crecimiento lento) no se modificó el estadiaje del tumor, la enfermedad permaneció estable a nivel local y sin diseminación a distancia, la demora no supuso empeoramiento en el pronóstico ni varió las opciones terapéuticas. Se puede afirmar que no existió pérdida de oportunidad./ El diagnóstico de este tipo de neoplasias se realiza tras la exéresis de la lesión y el análisis anatómico-patológico posintervención./ El paciente rechazó, pospuso, el tratamiento quirúrgico tras la realización de la primera RM en la que si bien no se sugería malignidad de la lesión se aconsejaba su exéresis. Se respetó su voluntad conforme a la autonomía del paciente./ La infiltración de corticoide-anestésico local en un punto selectivo (base del 4.º metatarsiano) como tratamiento del dolor no supone una mala praxis. La existencia de una lesión a ese nivel,

quiste de inclusión como primera opción diagnóstica, no es una contraindicación para la infiltración ni supuso un daño su realización./ No se puede establecer un nexo de causalidad entre la demora en el diagnóstico/tratamiento y los daños o secuelas que presenta el paciente./ Se actuó de manera correcta en cada asistencia al paciente siguiendo protocolos. De manera preferente, ante la confirmación de enfermedad neoplásica grave, se realizaron pruebas de imagen, interconsultas a Oncología y Cirugía Plástica e intervenciones quirúrgicas (...). Por ello, la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y, por lo tanto, correspondería desestimar la reclamación”.

5. Dispuesta por el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, se pone la misma en conocimiento tanto de la Gerencia de la Fundación Hospital como del perjudicado.

El día 8 de febrero de 2021, el interesado presenta un escrito de alegaciones en el que muestra su desacuerdo con las consideraciones recogidas en el informe pericial emitido por la compañía aseguradora de la Administración. En él señala, respecto a la afirmación de que “no existió pérdida de oportunidad”, que “afortunadamente el tumor era de crecimiento lento, lo cual no significa no crecimiento en tan largo periodo de tiempo. El hecho de tener que realizar una segunda intervención para ampliar márgenes demuestra que se subestimó la patología del paciente y hubo un empeoramiento en su situación./ Este retraso en el diagnóstico es susceptible de generar una situación de zozobra e incertidumbre (...) y desde esta perspectiva debe aplicarse una pérdida de oportunidad en los términos expuestos por el Tribunal Supremo, `por 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´ (...); y también como `la certidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del

paciente 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 un efecto beneficioso y el grado entidad o alcance de este mismo´ (...). Constatado el retraso indebido en el diagnóstico y, correlativamente, en el tratamiento, con infracción de la *lex artis*, surge la pérdida de oportunidad que justifica una indemnización por daño”.

En cuanto a la aseveración de que el “paciente rechazó, pospuso, el tratamiento quirúrgico tras la realización de la primera RM en la que si bien no se sugería malignidad de la lesión se aconsejaba su exéresis, se respetó su voluntad conforme a la autonomía del paciente”, pone de manifiesto que “no es cierto” que el paciente rechazara la operación. A estos efectos, partiendo de la anotación obrante en la historia clínica correspondiente a la consulta del 14 de marzo de 2017 -en la que figura la impresión diagnóstica de “metatarsalgia pie derecho. Quiste de inclusión en cuarto espacio intermetatarsal. Actualmente mejor, refiere que no le duele como para intervenirse. Alta y control por su (médico de Atención Primaria). Remitir en caso de necesidad de intervención quirúrgica”-, matiza que “para entender lo sucedido ha de ponerse el énfasis en que el médico informa al paciente como diagnóstico de `quiste de inclusión´, también conocido como quiste epidermoide, de queratina o sebáceo, de escasa importancia y naturaleza benigna. El doctor no le informa de lo que verdaderamente tiene porque en ese momento desconoce su malignidad por la ausencia de la biopsia. Esta falta de información vicia el consentimiento a realizar o no cirugía. La anotación del doctor de `no le duele como para intervenirse´ ha de ponerse en su debido contexto: la doctora le da el diagnóstico quitándole importancia y le pregunta por el dolor. El ahora reclamante, al encontrarse en ese momento mejor y decirle que se trataba de un mero quiste declina la intervención./ Sin embargo, la cuestión aquí no es la intensidad del dolor sino descartar la malignidad, y no se actuó correctamente. De haberle hecho con carácter previo la biopsia el facultativo conocería de su patología y la pregunta acerca del dolor simplemente sobraba. Era necesaria la intervención y (...) no se hubiese negado como finalmente sucedió. /Debió

actuarse exactamente al contrario: primero realizar la prueba diagnóstica (biopsia) y luego intervenir. Aquí se invirtieron los términos: primero se operó casi dos años después del informe podológico por el que se instaba a descartar tumoración maligna, para entonces hacer la biopsia y conocer la naturaleza neoplásica”. Como refuerzo a esta alegación se adjunta “un artículo doctrinal publicado en Internet a la voz de `quiste de inclusión´. Se dice que `podrían desarrollarse lentamente pero no son cancerosos´”.

A continuación, muestra rechazo acerca de que “la infiltración de corticoides y anestésico local en un punto selectivo como tratamiento del dolor no supone una mala praxis. La existencia de una lesión a ese nivel, quiste de inclusión como primera opción diagnóstica, no es una contraindicación para la infiltración ni supuso un daño su realización”, y pone de relieve que “este tratamiento es equivocado porque el diagnóstico de mero quiste lo fue. Debería haberse realizado un diagnóstico diferencial o la prueba diagnóstica oportuna para descartar la malignidad”.

Finalmente, en relación con la manifestación de que “no se puede establecer un nexo causal entre la demora en el diagnóstico/tratamiento y los daños o secuelas que presenta el paciente”, insiste en que este “ha estado casi dos años con un tumor con capacidad metastásica que afortunadamente no se llega a materializar. Es obvio que empeoró su pronóstico, como evidencia la necesaria reintervención para ampliar márgenes. Las fotografías muestran las notables dimensiones de la cirugía. Un más temprano tratamiento habría supuesto un daño estético menor y repercutido favorablemente en la evolución funcional del paciente. Hoy caminando con bastón”.

A la vista de ello, se reafirma en todos los términos de la reclamación formulada, interesando que se indemnice “en la cantidad de 30.000 €, más los intereses legales que procedan a partir de la fecha de interposición de esta reclamación”.

Mediante oficio de 22 de febrero de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite una

copia de las alegaciones formuladas a la compañía aseguradora de la Administración.

6. El día 22 de febrero de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella razona que “la RM realizada el 30 de enero de 2017 no mostró signos de malignidad, por lo que la infiltración era el tratamiento correcto. No consta que el podólogo privado haya advertido de la malignidad del proceso. Dado que seguía con dolor, el 27-2-2017 se le propone escisión biopsia que el paciente rechaza, no volviendo a contactar con el Servicio de Traumatología hasta un año después, y todavía en ese momento la segunda RM no mostraba signos de cambios con respecto a la primera. La decisión de realizar una escisión-biopsia tomada en sesión clínica por el Servicio de Traumatología es correcta y conforme a la literatura científica. La segunda intervención para ampliar márgenes es correcta dada la malignidad del tumor que evidenció el estudio anatomopatológico. El retraso alegado es imputable al reclamante. Se puede afirmar que no ha existido pérdida de oportunidad, ya que dado el lento crecimiento de la neoplasia no se modificó el estadiaje del tumor, y sin diseminación a distancia la enfermedad permaneció estable a nivel local (...). La demora no supuso empeoramiento del pronóstico ni varió las opciones terapéuticas”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de marzo de 2021, 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 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 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.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, este Consejo viene reiterando (entre otros, Dictámenes Núm. 94/2014, 98/2020 y 263/2020) que el Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario, que en el presente caso ha sido prestado por un centro asistencial con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de usuarios del Sistema Nacional de Salud; y ello sin perjuicio de la repetición de los costes a los que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento y en los términos establecidos en el citado convenio. En este supuesto, de la documentación obrante en el expediente se desprende que la atención prestada al perjudicado en el centro hospitalario privado lo ha sido en tanto que beneficiario del sistema sanitario público, y que los servicios prestados se encuentran incluidos en el convenio singular aludido.

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 3 de diciembre de 2019, y en ella el interesado reprocha al servicio público sanitario un “retraso de casi dos años para (el) diagnóstico de un tumor”. Indica que tras haber acudido en agosto de 2016 a la Fundación Hospital por dolores en la planta del pie, y a pesar de que en una prueba de imagen realizada el 14 de noviembre de 2016 en la consulta de un podólogo privado se observara la presencia de una “tumoración”, para la cual se le recomendó “tratamiento quirúrgico (...) lo antes posible (...) para descartar patología malignas”, no sería hasta el 24 de septiembre de 2018 cuando se le realizó en el ámbito de los servicios públicos sanitarios una biopsia que arrojó como resultado un “hidroadenoma nodular maligno de células claras (hidroadenocarcinoma apocrino)”, cuyo tratamiento precisó de una “ampliación quirúrgica” y de un injerto que fue practicado el día 12 de diciembre de 2018. En consecuencia, tomando como referencia esta última fecha, es claro que la reclamación 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 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 de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, reparamos en que se ha facilitado con ocasión del trámite de audiencia una copia de la documentación obrante en el expediente al procurador que junto con el reclamante firma el escrito inicial y cuyo domicilio

profesional se indica a efectos de notificaciones; todo ello a pesar de que, como convenientemente fue advertido en su momento, tal representación no ha sido documentada de forma adecuada. Al respecto, debemos recordar a la Administración consultante que aunque el escrito inicial está suscrito por el reclamante y en él se designa el despacho profesional del procurador como domicilio a efectos de notificaciones -posibilidad prevista expresamente en el artículo 66.1.b) de la LPAC como contenido propio de la solicitud de iniciación (“Identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en que desea que se practique la notificación”)-, no por ello cabe dar por acreditada la representación alegada en los términos de lo establecido en el artículo 5.4 de la LPAC. Ahora bien, resulta indudable que el Procurador había tenido acceso previo a la historia clínica del perjudicado al habérsela facilitado este, como lo prueban los anexos que se adjuntan al escrito de reclamación, y también que aun sin ostentar la condición legal de representante dirige las actuaciones frente a la Administración, por lo que consideramos que no se han conculcado las garantías legales sobre acceso a datos personales. Por lo demás, habida cuenta de que la Administración -al margen de la advertencia inicial- no ha cuestionado en ningún momento la representación alegada, en aplicación del principio de eficacia, reconocido en el artículo 103.1 de la Constitución, procede analizar el fondo de la cuestión controvertida, no sin antes advertir de que si en el pronunciamiento se apreciara la concurrencia de los requisitos que permiten declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración no cabría una estimación de la reclamación sin que esta, por el procedimiento legal oportuno, verifique dicha representación. 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.

Asimismo, 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 que esta se adopte, 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”.

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.- En la reclamación de responsabilidad patrimonial que nos ocupa el interesado solicita ser indemnizado por lo que considera un “retraso de casi dos años para (el) diagnóstico de un tumor”.

La documentación incorporada al expediente remitido acredita, sin que la Administración cuestione en lo fundamental el relato de hechos en los que se fundamenta la reclamación, que como punto final de la asistencia que se le venía prestando al reclamante por parte del servicio público sanitario desde el mes de agosto de 2016, simultaneada en noviembre de ese mismo año con la recibida a cargo de un podólogo de la sanidad privada, fue sometido el 24 de septiembre de 2018 a una intervención quirúrgica diagnóstica cuya biopsia arrojó el resultado de “hidroadenoma nodular maligno de células claras (hidroadenocarcinoma apocrino)”, que constituye un “tumor anexial de características malignas, en general de crecimiento lento pero con capacidad metastásica”, cuyo tratamiento precisó de una posterior “ampliación quirúrgica” y de un injerto. Finalizado el mismo no se ha objetivado recidiva, sin que, afortunadamente -tal y como reconoce el propio reclamante-, el potencial riesgo de capacidad metastásica del tumor detectado se haya consumado.

Con base en estos hechos, el interesado solicita ser indemnizado en la cantidad de 30.000 € como consecuencia del “excesivo tiempo transcurrido hasta la intervención quirúrgica”, de las “secuelas” que persisten y del “daño moral y riesgos a futuro”.

Acreditado el relato fáctico del reclamante, y admitiendo, siquiera sea como hipótesis de partida y a efectos meramente dialécticos, su planteamiento

en el sentido de que la necesidad de proceder a la “escisión tumoración derecha” realizada el 24 de septiembre de 2018 deviene de un retraso en el diagnóstico y tratamiento de la patología en presencia desde que en agosto de 2016 fuera atendido en la Fundación Hospital por dolencias en el pie, podemos dar por probada la existencia de un daño cuyo alcance y evaluación económica determinaremos si concurren los requisitos para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Como 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 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 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*.

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.

A los efectos señalados, en el presente caso denuncia el interesado en primer lugar y de manera principal "el excesivo tiempo transcurrido hasta la intervención quirúrgica", y asimila a efectos indemnizatorios este supuesto retraso con un "perjuicio personal básico", solicitando al efecto una indemnización de 19.038,88 €.

Pues bien, basta un simple repaso a la cronología de los hechos en los que se basa la reclamación, respaldado por la historia clínica del episodio asistencial cuestionado, para concluir que, aun en el hipotético caso de que hubiera existido la demora denunciada por el perjudicado en la intervención quirúrgica diagnóstica realizada el 24 de septiembre de 2018, este supuesto retraso, de existir, no tendría otro antecedente con relevancia causal que la conducta del propio interesado, al haber rechazado la intervención precoz cuando fue propuesta desde el servicio público sanitario. Ello se traduce, aplicando la doctrina general de la responsabilidad patrimonial, en una clara ruptura del imprescindible nexo causal entre el funcionamiento del servicio

sanitario frente al que reclama y los supuestos daños cuya indemnización se postula, que en todo caso se encontrarían unidos causalmente y de manera exclusiva a su propio comportamiento.

En efecto, el ahora reclamante fue atendido en la Fundación Hospital en dos ocasiones durante el mes de agosto de 2016 por dolor en el pie, acudió el día 10 de noviembre de ese mismo año a la consulta de un podólogo privado para "tratamiento quiropodológico habitual". Al referir "dolor en pie derecho" el podólogo privado le realiza una exploración en la que observa "tumoración", por lo que le indica que vuelva otro día. En la consulta podológica privada del 14 de noviembre de 2016 se procede a la valoración de una "ecografía de la zona" y se aprecia una "tumoración con forma fusiforme y hipoecogénica bajo cabezas de 4.º y 5.º metatarsianos pie derecho compatible con lipoma o fibroma benigno", derivando "al paciente a su médico de cabecera para valorar tratamiento quirúrgico y descartar tumoración maligna", con la recomendación de "tratamiento quirúrgico (...) de la lesión (...) lo antes posible (...) para descartar patologías malignas". El enfermo acude directamente al Servicio de Traumatología de la Fundación Hospital el día 15 de diciembre de 2016, y presenta a la exploración física en el pie derecho "dolor a la palpación a nivel de la cabeza de los metatarsianos. Bajo el 4.º y 5.º dedos se aprecia una queratosis y acúmulo líquido que al puncionar es sangre". Como pruebas complementarias se realiza una radiografía que informa de "desviación en ráfaga de los metatarsianos. Hallux valgus bilateral". Ese mismo día se solicita una resonancia que se practica el 30 de enero de 2017 y, finalmente, el 14 de marzo de 2017 se comenta con el paciente el resultado de la misma, siendo la impresión diagnóstica -que no diagnóstico- de "metatarsalgia pie derecho. Quiste de inclusión en 4.º espacio intermetatarsal", y se le ofrece la posibilidad -tal y como le había recomendado el podólogo privado apenas cuatro meses antes- de someterse a una intervención quirúrgica diagnóstica; posibilidad que el paciente rechaza refiriendo que "no le duele como para intervenirse", tras lo cual es "alta" y se le remite a "control por su (médico de Atención Primaria). Remitir en caso de necesidad de (intervención quirúrgica)". El paciente no vuelve a consultar en

relación con alguna patología del pie hasta transcurrido un año, en concreto el 14 de marzo de 2018, retomándose entonces su seguimiento por parte del servicio público sanitario, en cuyo ámbito el día 24 de septiembre de ese mismo año se lleva a cabo una "escisión tumoración derecha" cuya biopsia arroja el resultado ya conocido.

No existiendo el retraso alegado en la realización de la intervención quirúrgica diagnóstica que le fue propuesta al paciente, sino más bien el respeto a su voluntad de no someterse en un momento determinado a una intervención diagnóstica para la detección de un tumor previsible del que, tal y como se recoge en la literatura científica en la materia mencionada en el informe pericial de la compañía aseguradora, apenas existen "50 casos notificados (...), generalmente de localización facial, cuero cabelludo, torso y extremidades", es en todo punto comprensible la actuación expectante adoptada por los servicios sanitarios, a la vez que respetuosa con la voluntad del paciente. No puede obviarse, además, que descartada por el reclamante en el momento inicial la operación que hubiera permitido confirmar la malignidad del tumor la dolencia fue tratada con una infiltración de corticoide-anestésico local, y la enfermedad permaneció estable a nivel local y sin diseminación hasta su empeoramiento en una fase posterior de evolución.

En las condiciones señaladas, y no concurriendo el retraso denunciado, no procede reconocer indemnización alguna al interesado en atención al "excesivo tiempo transcurrido hasta la intervención quirúrgica". Como hemos señalado en ocasiones anteriores (por todas, Dictamen Núm. 77/2020), no es posible exigir a los profesionales médicos un diagnóstico precoz e indubitado antes de que aparezcan los síntomas, o los signos, que lo evidencien con certeza, y que no cabe la valoración retrospectiva de la sintomatología una vez que se conoce el diagnóstico final.

Siendo lo anterior motivo suficiente para desestimar la reclamación en su conjunto, ya que se basa toda ella de manera principal en el "excesivo tiempo transcurrido hasta la intervención quirúrgica", desestimada la concurrencia de este retraso, incluso aunque nos situáramos en la perspectiva

del resto de los daños y perjuicios cuya reparación se insta no puede prosperar.

Así, en concepto de secuelas el interesado, a pesar de reconocer que no sabe “qué habría sucedido de haberse procedido a la intervención quirúrgica precozmente”, no alberga duda de que “ciertamente se habrían producido daños, pero estos serían de menor entidad”, considerando además evidente que “el paso del tiempo agravó el proceso patológico, y así se explica la intervención quirúrgica para extirpar el tumor que al final precisó de tres, una para ampliar márgenes, de lo que se deduce que el daño resultó mayor de lo esperado, y otra de plástica”. Conceptuando estas tres operaciones como una “secuela”, reclama una indemnización por tal concepto de 13.820 €.

Basta de nuevo una remisión a la literatura médica en la materia recogida en el informe pericial elaborado por la entidad aseguradora de la Administración para concluir que lo que se califica como secuela no deja de ser una prueba cumplida de la adecuación de la asistencia sanitaria que le fue prestada al paciente por el servicio público a la más estricta *lex artis ad hoc*. Reseña al respecto la literatura médica citada que “el único tratamiento que ha demostrado influir positivamente en la supervivencia es la resección quirúrgica ampliada del tumor (se recomienda entre 3 y 5 cm de margen, asegurando negatividad)./ Generalmente se realiza una cirugía diagnóstica, siendo necesaria una segunda intervención para la ampliación de márgenes y estudio ganglionar una vez conocida la estirpe tumoral”. Así lo hizo el servicio público sanitario, además con éxito, como lo prueba el hecho que no haya recidiva, y sin que -tal como reconoce el propio reclamante- el potencial riesgo de capacidad metastásica del tumor detectado se haya consumado. En definitiva, tampoco situados en la perspectiva de las secuelas cuya indemnización se pretende la reclamación presentada puede ser atendida.

El tercer concepto indemnizatorio que solicita el perjudicado -de difícil, por no decir imposible, cuantificación económica, toda vez que fijándose la indemnización solicitada “por todos los conceptos a tanto alzado” en 30.000 €, la suma de los dos anteriores ya supera esta cantidad- viene referido al “daño moral y riesgos a futuro”, y relaciona el mismo con el “impacto de su patología

(...) sobre el aparato locomotor, calidad de vida y economía del paciente” como “factores agravantes de su salud”, con especial referencia a la “imposibilidad de caminar distancias medias, lo cual es un factor determinante para el control de la diabetes mellitus”. Se indica al efecto que “este señor, de 69 años de edad, con una problemática diagnosticada desde los 38 años de hipertensión arterial y diabetes mellitus tipo 2, a tratamiento con insulina, con anterioridad a su enfermedad todos los días caminaba grandes distancias, tal y como le aconsejaba su médico de cabecera para el cuidado de su diabetes. Ahora esta costumbre solo la puede llevar a cabo parcialmente, lo que (...) ha repercutido negativamente en la evolución de su diabetes precisando un incremento del tratamiento de la insulina”. En el mismo apartado se incluye “como daño moral el riesgo de desarrollar metástasis que se incrementó con el discurso del tiempo, de modo tal que ha estado latente cuando menos estos dos años de evolución al que tendría en las fases iniciales del cuadro”.

Sobre este extremo, la voluminosa historia clínica del paciente obrante en Atención Primaria acredita que los problemas de deambulación cuya indemnización se pretende en concepto de “daño moral y riesgos a futuro” como causados por la asistencia recibida en el concreto episodio cuestionado son recurrentes, remontándose a años atrás. A modo de ejemplo, se observa que el día 10 de marzo de 2015 al ser atendido por un episodio de “dolor torácico” refirió que “desde hace unos 5 meses presenta astenia, sudoración y dolor en ambos muslos cuando camina (unos 500 m), lo que le obliga a pararse”. En el mismo sentido el 31 de marzo de 2015, también en relación con este episodio, comenta al facultativo que le atiende que “desde 8-2014 se encuentra cada vez más limitado para realizar ejercicio. Hasta entonces caminaba unos 12 km al día y ahora no pasa de 1 km, con dificultad progresiva, sin angor, con cansancio, intenso dolor en muslos y disnea”. El 23 de junio de ese mismo año se anota “sedentario por artrosis de EEII que limitan capacidad de deambulación”, y el 11 de marzo de 2016 que está a “seguimiento en (...) Traumatología desde 7-10 por metatarsalgia bilateral con plantillas ortopédicas. Rotura menisco rodilla dcha. (...). Antes caminaba más de 10 km al día. Ahora no dolor MMII”. Es decir, los daños que el reclamante

asocia a las dificultades en la deambulaci3n bajo la r3brica de "daño moral y riesgos a futuro" eran preexistentes, por lo que no cabe su vinculaci3n con el episodio cl3nico cuestionado, no procediendo indemnizaci3n alguna por este concepto.

En consecuencia, este Consejo entiende que no concurre el necesario nexo causal entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio p3blico sanitario y que no cabe la valoraci3n retrospectiva de la sintomatolog3a una vez que se conoce el diagn3stico final, por lo que la reclamaci3n debe ser desestimada.

En m3rito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, una vez atendida, en su caso, la observaci3n esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, debe en consecuencia desestimarse la reclamaci3n presentada por

V. E., no obstante, resolver3 lo que estime m3s acertado.

Gij3n, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.