

Dictamen Núm. 170/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 9 de septiembre de 2021, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 23 de junio de 2021 -registrada de entrada el día 28 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados del fallecimiento de su padre y esposo, respectivamente, que achacan a la falta de tratamiento de su proceso oncológico.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 30 de octubre de 2019, se recibe en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito en el que los dos hijos y la viuda de un paciente reclaman una indemnización en concepto de responsabilidad patrimonial del servicio público sanitario por la defectuosa asistencia prestada a su familiar y que acabaría ocasionando su fallecimiento.

Refieren que el paciente, nacido el 22 de septiembre de 1949, es diagnosticado de adenocarcinoma de recto T3N1M0 en el mes de junio de

2015, que se trata inicialmente mediante cirugía, recibiendo tratamiento con quimioterapia y radioterapia concomitantes que finaliza en octubre de 2015.

Señalan que el 1 de septiembre de 2016 se le realiza un TC de control que evidencia la presencia de "múltiples nódulos milimétricos en parénquimas pulmonares sugestivos de metástasis", frente a lo cual "no fue adoptada ninguna decisión médica", y que el día 17 de marzo de 2017 "se realiza TC toracoabdominopélvico observándose un crecimiento con respecto al TAC previo de 11-01-2017 de al menos tres nódulos parenquimatosos, uno de 12 x 11 mm paracardiaco en el lóbulo medio, otro de 11 mm en el lóbulo inferior izquierdo adyacente a la cisura y otro de 8 mm en el lóbulo superior izquierdo, hallazgos compatibles con metástasis". Ante la progresión de la enfermedad se presenta el caso en Sesión Oncológica y "se decide pedir una PET, tras la cual es de nuevo comentado en Sesión Oncológica de 8 de mayo de 2017, donde el Servicio de Oncología Radioterápica" de la Fundación Hospital "X" "propone enviar al enfermo para valoración de radiocirugía (a un centro privado), estando de acuerdo el resto de componentes del Comité (Cirugía General, Anatomía Patológica y Oncología Médica). Sin embargo, y a pesar de dicha indicación terapéutica, el paciente nunca recibió tratamiento (...), no se llevó a cabo ninguna otra actuación médica acorde con dicho empeoramiento ni se (le) dispensó tratamiento alguno".

Indican que el 13 de agosto de 2018 "se practica un nuevo TAC, constatándose un marcado empeoramiento radiológico respecto al control previo de marzo 2017, con aumento de tamaño de las metástasis pulmonares descritas previamente, aparición de múltiples metástasis pulmonares y hepáticas, metástasis ósea en L4 con incipiente compromiso del canal raquídeo e infiltración del agujero de conjunción L4-L5 izquierdo./ En informe de fecha 11 de agosto de 2018 se señala 'pendiente de tratamiento definitivo'. Comentado el caso nuevamente en Sesión con Oncología se decide tratamiento con quimioterapia, 'por lo que le llamarán de Oncología Médica', tratamiento que no fue dispensado al paciente".

Destacan que su familiar acude al médico de Atención Primaria "en el mes de enero de 2016" por presentar "clínica de claudicación intermitente en

pierna izquierda”, siendo remitido al Servicio de Angiología y Cirugía Vasular de la Fundación Hospital “X”, y que en “septiembre de 2018” le atienden en el Hospital “Z” de un cuadro de “tiritona/distermia, coincidiendo con taquicardia y debilidad generalizada, así como limitación a la deambulaci3n”, anotándose en el informe correspondiente que el paciente presenta “n3dulos pulmonares a estudio con sospecha de lesiones metastásicas (pendiente de tratamiento definitivo), seg3n refiere la familia metástasis 3seas y hepáticas, por lo que se encontraba en tratamiento paliativo”.

Afirman que tras sufrir “fortísimos dolores derivados de su proceso oncol3gico y un deterioro generalizado de su estado de salud” en los 3ltimos meses de vida, fallece el 1 de noviembre de 2018 en la Fundaci3n Hospital “X” a consecuencia de la enfermedad “que no fue tratada”, con lo que se le “priv3” del “tratamiento que habría aumentado su curabilidad y supervivencia”.

Identifican como daño indemnizable la “frustraci3n de la expectativa de supervivencia” debida a la “pérdida de oportunidad” por falta de tratamiento de sus metástasis pulmonares, y solicitan ser indemnizados, seg3n el baremo de accidentes de tráfic3, en la cuantía de doscientos cincuenta y cinco mil ochocientos veintiocho euros con tres céntimos (255.828,03 €), de los cuales 214.434,57 € corresponderían a la viuda y 20.696,73 € a cada uno de los hijos que, seg3n se expresa, son independientes econ3micamente.

Adjuntan diversa documentaci3n clínica, una certificaci3n literal de defunci3n, copia del Libro de Familia, certificado de rentas del finado correspondiente al ejercicio 2018 y resoluci3n de la Direcci3n Provincial de Asturias del Instituto Nacional de la Seguridad Social por la que se reconoce a la esposa la incapacidad permanente en grado de absoluta para todo trabajo.

2. Con fecha 11 de noviembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a los interesados la fecha de recepci3n de su reclamaci3n en el Servicio de Inspecci3n de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará, el plazo máx3mo para la resoluci3n y notificaci3n del mismo y los efectos de la eventual falta de resoluci3n expresa en el citado plazo.

3. Atendiendo a la petición formulada por la Instructora Patrimonial, el día 17 de diciembre de 2019 la Gerente de la Fundación Hospital "X" le remite una copia de la historia clínica del paciente obrante en el citado hospital y los informes de los Servicios que le prestaron asistencia.

En el suscrito por el facultativo responsable del Servicio de Cirugía General en "diciembre de 2019" se indica que el caso se comentó "en Sesión Oncológica de ocho de mayo, donde Oncología Radioterápica propone enviar para valoración de radiocirugía (a un centro privado), estando de acuerdo el resto (...). Por razones que desconocemos el paciente no fue tratado en (el centro privado), acudiendo a nuestras consultas en agosto de este año. Ante esta situación se solicitó nuevo TAC en el que se vio un marcado empeoramiento radiológico respecto a los previos, con metástasis en otras localizaciones./ En nueva Sesión Oncológica del 20 de agosto de 2018 se decidió tratamiento con quimioterapia, pendiente de cita por parte del Servicio de Oncología Médica del Hospital "Y"".

En el informe emitido por la responsable del Servicio de Oncología Radioterápica, de fecha 20 de diciembre de 2019, se explica que el paciente "había recibido en nuestro Servicio tratamiento con radioterapia complementaria tras la cirugía (...), siendo alta por nuestra parte el 18-08-16, por lo que ya no participábamos en su seguimiento./ No fue hasta el Comité de Tumores del 13-08-18 cuando tuve conocimiento de que (...) se le había propuesto para un tratamiento de SBRT en mayo 2017, puesto que no me consta que se hubiera recibido comunicación alguna en ese periodo ni para solicitar (...) dicho tratamiento, ni por la ausencia del mismo./ Veo en las notas del Comité de Tumores en la historia resumida, con fecha 08-05-17, que en dicho Comité se decidió tratamiento local, cirugía vs radioterapia./ Desconozco cuándo o cómo se tomó la decisión de radioterapia, pero no consta que se nos haya comunicado dicha decisión, ni nueva presentación en Comité que lo refleje".

4. En respuesta a la solicitud formulada por el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas, el Gerente del Área Sanitaria V remite al Servicio instructor, con fecha 17 de julio de 2020, el informe librado por el responsable del Servicio de Oncología Médica y del Comité de Tumores del Hospital "Y", así como una copia de la historia clínica del paciente en el referido centro.

En el informe del Servicio de Oncología Médica, fechado el 3 de julio de 2020, se indica que tras detectarse en marzo de 2017 "recidiva pulmonar radiológica por PET-TAC" se "plantea en Comité de Tumores" con la Fundación Hospital "X" "tratamiento radical a nivel pulmonar, bien con cirugía, bien con radioterapia (...). No tenemos más noticias del paciente hasta agosto de 2018, cuando acude" al Hospital "Z" "por un dolor lumbar y se le practica una RNM de la zona objetivándose afectación sospechosa metastásica en L3 y L4. Se completa estadiaje con TAC toraco-abdomino-pélvico donde se objetiva progresión a nivel pulmonar con lesiones pulmonares bilaterales compatibles con metástasis, adenopatías en ventana aorto-pulmonar, múltiples lesiones ocupantes de espacio hepáticas sospechosas de metástasis, así como lesión lítica a nivel de L4./ Se comenta de nuevo en sesión y se decide radioterapia paliativa a nivel de L4 por dolor importante que presenta el paciente a nivel de miembro inferior izquierdo para posteriormente plantear quimioterapia paliativa./ Nuestro último contacto con el paciente es el 20-09-2018, donde es visto en 1.ª visita en Oncología Médica para plantear quimioterapia paliativa. El paciente presentaba dolor importante a nivel lumbar que se irradiaba hacia miembro inferior izquierdo, por lo que se tramita radioterapia paliativa para posteriormente recibir quimioterapia posterior, hecho que no ocurrió./ No tuvimos más noticias ni más contacto con el paciente".

5. Obra incorporado al expediente, a continuación, un informe pericial emitido a instancias de la compañía aseguradora de la Administración por una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal, con fecha 27 de septiembre de 2020. En él, tras revisar la historia clínica, se señala que "en mayo de 2017 ante la progresión de la enfermedad (...), en Sesión Oncológica, se decidió remitir al

paciente (a un centro privado) para tratamiento mediante radiocirugía. Se informó al paciente, como queda reflejado en nota de curso el 09-05-2017, se anotó `pendiente de tramitar´./ En la documental aportada no se encuentran documentos que hagan referencia al trámite de derivación al (centro privado). Se desconoce si dicho centro (...) tuvo constancia de la remisión del paciente y, si la tuvo, si se contactó o no con él (...). Por ello, para poder (valorar) la actuación y si esta ha sido conforme a protocolos y *lex artis* sería necesario disponer de información adicional -solicitud de asistencia al (centro privado) e historia clínica de Atención Primaria por si el paciente consultó en ese periodo de tiempo-./ El Servicio de Oncología Radioterápica" de la Fundación Hospital "X" "en un informe emitido en relación a la presente reclamación (...) comunica que no participó en la Sesión Multidisciplinar de mayo de 2017, ya que al paciente se le dio el alta en agosto de 2016 y no se valoró de nuevo hasta agosto de 2018, cuando se decidió tratamiento radioterápico antiálgico sobre metástasis ósea./ Desde mayo de 2017 hasta agosto de 2018 no constan asistencias ni consultas" en la Fundación Hospital "X" ni en el Hospital "Y". Resulta "sorprendente que (...) no consultara habiendo sido informado de la recidiva pulmonar de la enfermedad y la decisión de remisión al (centro privado) para tratamiento tomada por el Comité de Tumores./ No es hasta 14 meses después, y tras ser diagnosticado de metástasis ósea en otro centro (Hospital `Z´) que el paciente informa" en la Fundación Hospital "X" "que `no le han llamado´./ Si bien pudo producirse un error burocrático por parte de las instituciones sanitarias al no tramitar la derivación, el paciente, adulto, autónomo, con FFSS conservadas y suponiéndole conciencia de enfermedad grave, debería haber consultado y/o reclamado la asistencia ante la demora. Con seguridad se hubiese actuado de manera preferente, al igual que se actuó tras el diagnóstico de la metástasis ósea en agosto de 2018./ Parece difícil de entender que durante más de un año y presentando deterioro progresivo, como queda reflejado en el informe" del Hospital "Z", "no solicitara visitas de control en los centros (...) que habían realizado seguimiento estrecho de su enfermedad".

6. El día 1 de octubre de 2020, la Instructora Patrimonial solicita a la Gerencia del Área Sanitaria V una copia de la historia clínica de Atención Primaria y el “informe relativo a la solicitud de realización del tratamiento acordado en Sesión Oncológica de fecha marzo-mayo de 2017”.

Con la misma fecha, requiere a la Gerencia de la Fundación Hospital “X” un informe sobre la misma cuestión.

7. Mediante oficio de 16 de octubre de 2020, el Gerente del Área Sanitaria V le remite el informe librado el día anterior por el Jefe de la Sección de Oncología Médica del Hospital “Y”. En él, tras detallar las sucesivas intervenciones del Comité de Tumores en el curso de la atención, indica que “la ejecución práctica de las decisiones de los Comités corresponde al Servicio que presenta el caso (por ejemplo, en la solicitud de nuevas pruebas), o bien a aquel del que depende la realización del procedimiento terapéutico acordado, encargándose cada Servicio de las gestiones oportunas para ejecutar dichas decisiones”.

El día 23 de octubre de 2020, la Gerencia del Área Sanitaria V envía a la Instructora Patrimonial la historia clínica del paciente en Atención Primaria.

8. Con fecha 22 de octubre de 2020, la Gerente de la Fundación Hospital “X” remite nuevamente a la Instructora Patrimonial los informes librados por los responsables de los Servicios de Cirugía General y Digestivo el 28 de agosto de 2018 y de Oncología Radioterápica el 20 de diciembre de 2019.

Mediante escrito de 28 de octubre de 2020, la Gerente de la Fundación Hospital “X” solicita al Jefe del Servicio de Oncología Radioterápica que “a la mayor brevedad posible se aporte la siguiente información:/ Aclaración de lo sucedido en base a la petición realizada por el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios./ Relación nominal de los facultativos asistentes a las Sesiones Oncológicas en las que se valoró al paciente./ Sistemática de funcionamiento del Comité de Tumores y de las Sesiones Oncológicas que se realizan habitualmente en el centro./ Circuitos y/o flujos de información en el hospital tras la toma de decisiones sobre cada paciente./ Circuito y/o flujos de información con el (centro privado)”.

El día 29 de octubre de 2020 el Jefe del Servicio de Oncología Radioterápica de la Fundación Hospital "X" libra un informe aclaratorio. En él indica, en cuanto a la relación nominal de asistentes a las Sesiones Oncológicas en las que se valoró al paciente, que "no existe una constancia por escrito de (...) los médicos que acudieron a dicho Comité", aunque se conoce por las anotaciones realizadas en el formulario del Comité de Tumores que el día 8 de mayo de 2017 estuvieron presentes los facultativos que cita. Significa que "las incidencias ocurridas en cuanto a pérdidas de información de pacientes han sido anecdóticas y siempre son solucionadas por llamadas entre servicios", precisando que en el caso de que se trata "por una cuestión de mal entendido y/o una falta de información desde el Comité de Tumores de ese día no se tuvo constancia de tener que tramitar dicha solicitud en ese momento. Tampoco se tuvo en los meses siguientes ni solicitud por parte del paciente ni tampoco por parte del S.º de Cirugía General, que supuestamente era donde el paciente podría haber llamado para reclamar la falta de llamada desde el (centro privado), pues fue desde donde se le informó que se derivaría a dicho centro". Aclara que "en el Comité se toma una decisión colegiada referente al tratamiento integral del paciente./ En el caso de que se considere indicado el tratamiento de radioterapia fuera de la red pública el protocolo a seguir es el siguiente:/ Se cubre el anexo I (derivación) adjuntando un informe y se envía a Dirección Médica de este hospital para su firma y tramitación a Inspección del (Servicio de Salud del Principado de Asturias) para autorización del mismo y derivación (...). En nuestro Servicio no se tiene contestación directa de la tramitación desde el (Servicio de Salud del Principado de Asturias), y solo sabemos que se ha tratado cuando se ha realizado el tratamiento y recibimos el informe médico" correspondiente. De todas formas, "se le dice al paciente que si en unos días no lo citan se ponga en contacto con nosotros para ver en qué punto se encuentra el trámite".

Con fecha 23 de noviembre de 2020, la Directora Médica de la Fundación Hospital "X" remite un informe a la Instructora Patrimonial en el que, tras identificar a los profesionales participantes en la Sesión de 8 de mayo de 2017, señala que "es de extrañar que un paciente que asistió a consultas, pruebas

diagnósticas y tratamientos consecuencia de un proceso oncológico, con experiencia previa en los circuitos asistenciales de este tipo de patologías (fue presentado al Comité Multidisciplinar de Tumores de "X" ya en el año 2016), durante todo un año (desde el Comité del 8 de mayo del 2017 hasta el verano de 2018) no se hubiera puesto en contacto con los servicios médicos que lo trataban para interesarse por el estado de sus cuidados./ Aunque es cierto que muchos pacientes claudican a lo largo de la atención de los procesos oncológicos (...), no es posible conocer el motivo de esta falta de comunicación por su parte, ya que tampoco existe una renuncia a la atención propuesta, ni verbal ni escrita./ Queremos entender (...) que de forma personal y unilateral (...) pudo tomar la decisión de no continuar con los tratamientos de su enfermedad, decisión de la que tampoco habría informado a su familia, vista la evolución del caso y teniendo en cuenta su comportamiento y buena relación con los servicios implicados en su atención hasta el final de su vida". Explica que "el Servicio de Cirugía General no citó al paciente a una revisión en todo ese año, ya que lo que se comenta a los pacientes de forma ordinaria es que cuando se finaliza el tratamiento propuesto (...) ellos mismos o sus familias se deben poner en contacto con el Servicio para solicitar una consulta de revisión", si bien "de este proceder no existe tampoco registro en la historia clínica (...), por lo que tampoco hay constancia de que tales indicaciones fueran dadas al paciente o a su familia. Además, es absolutamente inusual que ante retrasos en los inicios de tratamientos o dudas sobre los mismos no acudan o llamen al hospital planteando estas cuestiones". Tras describir el procedimiento de derivación de forma coincidente con la reflejada en el informe del Servicio de Oncología Radioterápica de 29 de octubre de 2020, refiere que consultado el archivo en papel del Servicio de Radioterapia de la Fundación Hospital "X", en el que "figuraban los anexos" de solicitud de derivación, se comprobó que en el caso del paciente al que se refiere la reclamación "no existía tal registro, por lo que en ese momento ya se entendió que la solicitud de tratamiento no había salido del Servicio de Radioterapia".

9. El día 9 de diciembre de 2020, se emite un informe de ampliación del librado anteriormente a instancias de la entidad aseguradora en el que se concluye que “existió una negligencia por parte de las instituciones sanitarias al no tramitar la solicitud de tratamiento. Sin embargo, la evolución del proceso no puede atribuirse únicamente a dicha circunstancia puesto que se vio agravada por la inacción del paciente al no reclamar/consultar ante la demora para recibir el tratamiento del que había sido informado”.

10. Con fecha 29 de enero de 2021, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia del expediente, al haberse interpuesto por los interesados recurso contencioso-administrativo frente a la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Consta en el expediente que el 3 de febrero de 2021 la Jefa de la Sección de Apoyo de la Dirección General de Política y Planificación Sanitarias atiende el requerimiento.

11. Se incorpora al expediente, a continuación, un informe técnico de valoración del daño corporal elaborado por los servicios de la compañía aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias en el que se señala que sobre la indemnización por fallecimiento del paciente que correspondería a los hijos y a la viuda, que asciende a un total de 208.701,65 €, “hay que aplicar el porcentaje de pérdida de oportunidad”, que cuantifican “en el 16 %” por referencia a las posibilidades de supervivencia del paciente en el momento en que se decidió derivarlo al centro privado, por lo que la indemnización a satisfacer ascendería a 33.392,26 €.

12. Mediante oficio notificado a los interesados el 27 de abril de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándoles una copia en formato electrónico del expediente.

No consta en el mismo que se hayan formulado alegaciones.

13. Con fecha 7 de junio de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio. Tras realizar consideraciones similares a las recogidas en los informes médicos obrantes en el expediente, concluye que “la asistencia sanitaria no ha sido conforme con los protocolos por deficiente tramitación de la derivación a centro privado para aplicación de tratamiento oncológico; sin embargo, la evolución del proceso no puede atribuirse únicamente a dicha circunstancia puesto que se vio agravada por la inacción del paciente. Por ello, cabe apreciar una concurrencia en la responsabilidad del cuidado de la salud, de un lado, el comportamiento individual del paciente con su inacción ante la demora en la aplicación del tratamiento efectivo y ausencia de seguimiento clínico y, de otro, la negligencia del Servicio de Salud por falta de realización de las gestiones pertinentes para la realización del tratamiento; por tanto, la cuantía indemnizatoria por pérdida de oportunidad terapéutica y con base a la referida concurrencia de responsabilidad debe ser minorada en un porcentaje del 50 %, resultando un monto indemnizatorio de 16.696,13 €”, que deberá ser objeto de actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de junio 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), están los interesados activamente legitimados 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 el Servicio de Salud del Principado de Asturias tenía suscrito, en el momento en que se produce la prestación, en el año 2017 (*Boletín Oficial del Principado de Asturias* de 4 de febrero de 2017), y mantiene en la actualidad, un convenio singular para la prestación de atención sanitaria a los 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 referido 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 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 30 de octubre de 2019, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el fallecimiento del paciente- el día 1 de noviembre 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 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 responsable, 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 que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

Asimismo, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo

dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. Y en su apartado 2 que, “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder sin más por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del fallecimiento de un paciente que los reclamantes achacan a la falta de tratamiento de las metástasis que presentaba.

Aunque identifican como daño resarcible la “frustración de la expectativa de supervivencia” de su familiar, con “pérdida de oportunidad” por falta de tratamiento de las metástasis pulmonares que presentaba, solicitan ser indemnizados como si el óbito pudiera imputarse en exclusiva a la intervención del servicio público sanitario. En cualquier caso, y sin perjuicio de lo que se indicará en la consideración séptima, hemos de admitir que acreditada la defunción por la que se reclama la misma ha causado a los reclamantes, dado su cercano parentesco, un daño cierto.

Ahora bien, la mera constatación de un perjuicio efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica *per se* la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio sanitario y si ha de reputarse antijurídico.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 80/2020), 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 los reclamantes y cuya efectividad ha sido acreditada 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.

A la hora de enjuiciar la actuación administrativa resultan relevantes los hechos a los que nos referiremos a continuación, todos ellos extraídos de las anotaciones obrantes en la historia clínica del paciente. De las practicadas por el Servicio de Cirugía General y Digestivo resulta que en un TAC de control efectuado al enfermo en septiembre de 2016 se evidencia la "aparición de múltiples nódulos milimétricos en parénquimas pulmonares sugestivos de metástasis como primera posibilidad", decidiéndose en sesión del Comité de Tumores adoptar una actitud expectante y "repetir TAC en 3 meses". El 11 de enero de 2017 se realiza un nuevo estudio que se compara con el TAC previo, recomendándose "continuar con seguimiento evolutivo (3-4 meses)" dado "el pequeño tamaño de los nódulos". El 17 de marzo de 2017 se repite la prueba

de imagen observándose “un crecimiento (...) de al menos tres nódulos parenquimatosos”, por lo que se pide “PET para iniciar (tratamiento)”, comentándose el caso nuevamente en sesión del Comité de Tumores el día 8 de mayo de 2017, que plantea la “posibilidad de radiocirugía” en un centro privado. Al día siguiente “se informa al paciente y queda pendiente de tramitar”. Según consta en la historia clínica de Atención Primaria, el día 19 de diciembre de 2017 el enfermo acude a su centro de salud para “seguimiento por psa elevado”, y el facultativo que le atiende anota en la hoja de episodios “actualmente en espera para tratamiento de metástasis pulmonares en (el centro privado)”. En agosto de 2018, cuando demanda asistencia por dolor lumbar, se repara en que la derivación planteada en la Sesión de 8 de mayo de 2017 nunca se había llegado a tramitar. En ese momento, según se anota en la hoja de curso clínico del Servicio de Cirugía General y Digestivo, el examen radiológico evidencia un “marcado empeoramiento” de su situación clínica respecto de las pruebas anteriores, con “aumento del tamaño de las metástasis pulmonares descritas previamente. Aparición de múltiples metástasis pulmonares y hepáticas. Metástasis ósea en L4, con incipiente compromiso del canal raquídeo e infiltración del agujero de conjunción L4-L5 izquierdo”, por lo que se propone tratamiento paliativo.

Tanto el segundo informe librado a instancias de la compañía aseguradora del Servicio de Salud del Principado de Asturias como la propuesta de resolución coinciden en calificar como negligente la actuación de las instituciones sanitarias al no haber cursado la solicitud de derivación del enfermo. Asume la Administración que la falta de tratamiento de las metástasis debido a un error administrativo indujo en el paciente una pérdida de una oportunidad terapéutica y, con ella, la privación de una expectativa de mayor supervivencia. Ahora bien, se considera que el propio afectado es corresponsable del daño sufrido por no haber reclamado ni consultado ante la demora en recibir el tratamiento que se le había anunciado, lo que se traduce en una propuesta de reducción proporcional de la indemnización.

A juicio de este Consejo, la actitud del paciente que se limita a esperar no puede erigirse, atendidas las circunstancias del caso, en causa

significativamente concurrente a la producción del resultado dañoso al objeto de limitar o exonerar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. El paciente, lego en medicina, al que no consta que se le haya transmitido la prevención habitual de que “si en unos días no lo citan se ponga en contacto con nosotros para ver en qué punto se encuentra el trámite” a que alude el informe librado por el Jefe del Servicio de Oncología Radioterápica de la Fundación Hospital “X” el día 29 de octubre de 2020, y que no había renunciado a la atención propuesta, como asume la Directora Médica del mismo centro en su informe de 23 de noviembre de 2020, no tenía por qué conocer cuáles eran los tiempos habituales de atención, y es posible que tampoco tuviera una noción realista de la incidencia que el transcurso del tiempo podía tener en la evolución de su enfermedad, pues de inicio se había adoptado una actitud expectante respecto de la evolución de los nódulos pulmonares y se encontraba asintomático. Asimismo, resulta extraordinariamente significativo que cuando el 19 de diciembre de 2017 acude a su centro de salud a consultar por otro proceso, al facultativo que le atiende, que conoce que el enfermo se encuentra en espera de recibir el tratamiento como resulta de la anotación correspondiente, no le choque la demora -que era ya de siete meses- ni inste al asegurado a interesarse por el estado de la derivación. En consecuencia, estimamos que no procede modular la responsabilidad de la Administración a través del mecanismo de la compensación de culpas.

SÉPTIMA.- Establecida la responsabilidad administrativa en el daño causado, procede valorar la cuantía de la indemnización a la que tienen derecho los reclamantes, a cuyo efecto no puede obviarse que en los casos en los que se acredita la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria por pérdida de oportunidad existe siempre concausa e incertidumbre en la contribución del servicio público en la producción del resultado final. Junto a la acción u omisión sanitaria en que se concreta la infracción de la *lex artis* existe la patología de base del paciente, de modo que el resultado dañoso no puede imputarse en exclusiva a la intervención del servicio público sanitario, limitándose este a haber disminuido las posibilidades de curación, de una

mayor expectativa de supervivencia o de una más favorable evolución de la enfermedad, sin que pueda saberse con absoluta certeza si esas posibilidades se habrían materializado o no en el supuesto de que se hubiera prestado el servicio sanitario de forma correcta. Por ello, pese a constatar la existencia de una infracción de la *lex artis*, no pueden satisfacerse en su totalidad las pretensiones de los reclamantes que, como en este caso, demandan el total resarcimiento de los daños sufridos por la muerte como si la misma hubiese sido verdaderamente causada por el funcionamiento del servicio público sanitario cuando, en realidad, el fallecimiento se debió a la progresión de la enfermedad oncológica.

A la hora de fijar la indemnización en el caso concreto han de tenerse presentes las consideraciones realizadas por la facultativa que informa a instancias de la entidad aseguradora y el autor de la propuesta de resolución, únicas de las que disponemos para formar nuestro juicio técnico sobre la reclamación planteada al no haber aportado los interesados prueba alguna, según las cuales la expectativa de supervivencia del enfermo en mayo de 2017 era únicamente del 16 %. Igualmente, han de tenerse en cuenta los siguientes extremos: el paciente tenía 69 años a la fecha del fallecimiento y su mujer 63, llevaban casados 44 años y tenían dos hijos mayores de 30 años independientes económicamente; el paciente percibía unas rentas anuales de 14.187,29 € netos y su esposa tenía reconocida una incapacidad permanente absoluta para todo trabajo, por lo que a falta de aportación de la resolución de reconocimiento del grado de discapacidad correspondiente ha de reconocérsele por defecto el 33 %. De conformidad con lo señalado, debe indemnizarse a los perjudicados en las cantidades que se detallan a continuación, que resultan de aplicar el índice de supervivencia antes referido (16 %) a las cuantías del baremo de la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, de Reforma del Sistema para la Valoración de los Daños y Perjuicios causados a las Personas en Accidentes de Circulación, con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo, esto es, a la fecha del fallecimiento, de modo que corresponde a la viuda la cantidad de 25.591,16 € por los conceptos de perjuicio personal básico, perjuicio particular y perjuicio patrimonial (daño emergente y lucro cesante), y

a cada uno de los hijos la cantidad de 3.280,34 € en concepto de perjuicio personal básico y perjuicio patrimonial (daño emergente). Las cantidades citadas habrán de ser objeto de la debida actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad patrimonial de conformidad con lo previsto en el artículo 34.3 de la LRJSP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos señalados con obligación de repetir contra el centro sanitario concertado.”

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.