

Dictamen Núm. 178/2021

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 16 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 1 de junio de 2021 -registrada de entrada el día 7 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 y terapéutico de un carcinoma de orofaringe.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 15 de enero de 2020, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial “frente al (Servicio de Salud del Principado de Asturias) y la compañía aseguradora coadyuvante con la que tenga contratada póliza de responsabilidad civil”.

Expone que en el mes de “febrero de 2017 consulta con su médico de cabecera por un bulto aparecido en el cuello con molestias a la palpación”,

afirmando a continuación -sin más relato- que “errores médicos y administrativos retrasan el diagnóstico y tratamiento de un carcinoma epidermoide de orofaringe con secuelas gravísimas para el paciente”, y señala que “en la actualidad presenta problemas deglutorios, fonatorios y estéticos”, así como “depresión reactiva”.

Concreta la mala praxis en un “error al consultar una prueba médica diagnóstica negativa para células cancerígenas en lugar de otra positiva”, lo que provoca una “demora en el diagnóstico e intervención quirúrgica”, a lo que añade que “concorre un error administrativo al remitir al paciente equivocadamente” al Servicio de Otorrinolaringología en lugar de al Comité Oncológico del Hospital “X” “para inicio del tratamiento de radio/quimioterapia”, lo que “trae como consecuencia una nueva demora o retraso a sumar a la pérdida de tiempo anterior”.

Entiende que existe “una infracción a las disposiciones contenidas en el Decreto 59/2018, de 26 de septiembre, sobre Garantía de Tiempo Máximo de Acceso a las Prestaciones Sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias”.

Efectúa entonces un relato cronológico de la asistencia recibida, destacando los hitos que identifica como “clave” en su reclamación. En primer lugar, en relación con la punción del bulto realizada el 15 de febrero de 2017, que dio un resultado “negativo para células malignas”, expone que “hoy sabemos que esta prueba o no se hizo bien o no se interpretó correctamente a la vista de los acontecimientos posteriores”, pues “fue un falso negativo”, ya que “el cáncer, aunque fuera en un momento inicial, ya estaba presente”. En segundo lugar, tras la realización de un TAC en el mes de marzo de 2018, la prueba revela “adenopatías en rango y aspecto patológico laterocervicales derechas”, lo que le lleva a considerar que a partir de esa fecha el cáncer es “una realidad constatada”, si bien -precisa- “tendría conocimiento” de su existencia “6 meses más tarde, en concreto el 14-09-2018”. Añade que la punción realizada el día 22 de marzo de 2018 determina “como diagnósticos diferenciales (...) un carcinoma epidermoide”, lo que -a su juicio- “confirma el

diagnóstico que indicaba hacia el cáncer”. Sin embargo, destaca que el día 5 de abril de 2018, en “cita telefónica” en la que le proporcionan los resultados, “le dan por error los de la prueba del año anterior (la del 15-02-2017), donde daba negativo para células cancerosas”, y se le “aconseja quitar el quiste”; exéresis que se produce el día 3 de septiembre de 2018. Es al analizar el quiste cuando se le diagnostica un “carcinoma escamoso sugestivo de quiste branquial malignizado (branquioma maligno)”, de lo que se informa al paciente en la consulta del 14 de septiembre de 2018.

Refiere el proceso asistencial posterior, que incluye un “vaciado bilateral y amigdalectomía bilateral” el día 28 de octubre de 2018, siendo derivado “al alta (...) a Comité Oncológico para radio-quimio”, si bien “por error” se remite a Otorrinolaringología del Hospital “X” y no al Comité Oncológico. Afirma que tal error demoró la atención, pues en la consulta del Servicio de Otorrinolaringología llevada a cabo el día 21 de enero de 2019 “el doctor que le atiende sorprendido le comenta que la petición está equivocada” y “que se había perdido mucho tiempo”. Así, señala que entre la documentación a la que tiene acceso encuentra “la desestimación del (tratamiento) complementario a la cirugía del Comité Oncológico por haber superado más de dos meses desde la cirugía”, si bien posteriormente (abril de 2019) inicia quimioterapia y radioterapia. El proceso se cierra con una “cirugía programada para cierre de estoma” de la traqueotomía el día 13 de noviembre de 2019.

Indica que ya el 15 de febrero de 2019 presentó una “reclamación/queja” en el primer hospital en el que fue atendido solicitando “daños y perjuicios”, y que fue objeto de respuesta por parte del hospital admitiendo la existencia de un error al revisar “el resultado de la punción anterior” en la consulta llevada a cabo en el mes de marzo de 2018.

Precisa que “entre la PAAF de febrero de 2017 y la extirpación del tumor en octubre de 2018 pasa año y medio, lo que causa un crecimiento y dispersión del tumor exponencial”; a su vez, el retraso en la administración del tratamiento quimio y radioterápico provoca que este se realice de forma “radical”. Por otra parte, considera que se ha infringido el Decreto 59/2018, de

26 de septiembre, sobre Garantía de Tiempo Máximo de Acceso a las Prestaciones Sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias, pues, “tomando como referencia el 14 y 22 de marzo de 2018, cuando se conoce el resultado de las pruebas diagnósticas: TAC y (...) PAAF que ya orientan de manera clara a una patología cancerosa (...), la intervención quirúrgica se realiza el día 28 de octubre (+ de 7 meses después) y el tratamiento radiológico y de quimio todavía se dilata hasta el 29 de abril del año siguiente (+ de 13 meses después)”; plazos que -entiende- vulneran los fijados en la norma citada, que establece un plazo máximo de quince días para la realización de pruebas diagnósticas y procedimientos terapéuticos en pacientes clasificados como preferentes y de 30 días en pacientes “cuyo tratamiento quirúrgico, siendo programable, no admite una demora superior a 30 días”.

Solicita una indemnización ascendiente a seiscientos mil euros (600.000 €), y señala como conceptos integrantes de dicha cuantía “la incapacidad permanente absoluta reconocida de oficio” y el “perjuicio personal por pérdida de calidad de vida”.

Aporta diversa documentación médica relativa al proceso asistencial.

2. Previa petición formulada por una funcionaria del Servicio instructor, el día 3 de febrero de 2020 el Secretario de Gerencia del Área Sanitaria VIII le remite dos CD que contienen una copia de la historia clínica del paciente obrante en el Hospital “Y” y en Atención Primaria, así como el informe emitido el 31 de enero de 2020 por el Jefe del Servicio de Otorrinolaringología del primer centro. En él se explica el proceso asistencial seguido por el paciente en dicho Servicio, precisando que en la consulta de 6 de marzo de 2018 se solicitó tomografía computerizada y punción, y si bien los resultados de esta última planteaban como “posibilidades un carcinoma epidermoide bien diferenciado o un quiste branquial (...) en la revisión se miró por error el resultado de la punción anterior, donde no había células atípicas, aunque se programó igualmente para cirugía de exéresis”. Tras las intervenciones de 3 de septiembre y 28 de octubre de 2018, y a la vista de los resultados del análisis anatomopatológico de las

lesiones resecaadas realizado tras esta última, "se remite de forma preferente para tratamiento complementario mediante radioterapia al Comité Oncológico de (Otorrinolaringología) del (Hospital `X´) según informe del 13-11-2018, día del alta hospitalaria". Añade que "el paciente fue atendido en el (Hospital `X´) más de 2 meses después por razones que desconocemos", valorando entonces el Comité Oncológico que "en ese momento ya no está indicada la radioterapia", aunque tras una nueva consulta se le remite a dicho Comité y se programa "radioterapia".

Con fecha 12 de febrero de 2020, el Secretario de Gerencia del Área Sanitaria VIII remite al Servicio instructor un CD con los documentos de consentimiento informado recabados en el Hospital "Y".

Por su parte, el día 14 de ese mismo mes una responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos del Área Sanitaria IV le remite un CD que contiene una copia de la historia clínica del paciente en el Hospital "X" y el informe elaborado el 13 de febrero de 2020 por el Jefe del Servicio de Oncología Radioterápica de este centro. En él expone que "el paciente no fue enviado directamente al S.º de Oncología Radioterápica, sino que se hizo al S.º de (Otorrinolaringología) del (Hospital `X´), como se realiza habitualmente en este tipo de patología", y que "por razones que desconozco la admisión" en dicho Servicio "se hizo el día 21-01-2019, 69 días después de haber sido dado de alta en el H. `Y´ y solicitada la consulta, según reza en la historia, y casi tres meses desde la intervención que había sido realizada el 21-10-2019./ Con fecha 22-01-2019, y según consta en la historia del (Hospital `X´), fue presentado en el Comité de Tumores, donde por el tiempo transcurrido desde la intervención y puesto que el paciente estaba asintomático, se desestima la indicación de radioterapia adyuvante, pues esta se define como el tratamiento administrado tras una cirugía y en un plazo que debe rondar las 6 semanas desde la intervención./ Transcurrido ese tiempo tras la cirugía y en un caso de riesgo de recidiva se deben plantear estudios que indiquen si en ese momento el paciente sigue libre de enfermedad o presenta enfermedad activa, ya que si es así lo que habría que indicar (...) es un tratamiento con intención radical,

bien reinterviniendo o dando tratamiento con radioterapia o radioquimioterapia, según se considere./ Dicho estudio fue realizado y solicitado desde su hospital de referencia en el S.º de (Otorrinolaringología) del H. `Y´, donde indican la realización de un PET-TAC que se lleva a cabo con fecha 1-2-2019 (...), donde se aprecia captación patológica indicativa de enfermedad tumoral a nivel retrofaríngeo izdo., por lo que es enviado y visto por el S.º de (Otorrinolaringología) del (Hospital `X´) con fecha 19-02-19, y presentado nuevamente en el Comité de Tumores con fecha 25-02-19 se plantea la indicación de un tratamiento radical con quimio y radioterapia”, que se lleva a cabo “entre los días 29-04 y 10-06 de 2019”. Concluye señalando que el paciente continuó a seguimiento y control en el Servicio, “estando actualmente libre de enfermedad”.

3. Obra incorporado al expediente, a continuación, el informe pericial emitido el 31 de marzo de 2020 a instancias de la compañía aseguradora de la Administración por una licenciada en Medicina y Cirugía, máster en Valoración del Daño Corporal.

En él se concluye que “la actuación no habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis*”, puesto que “se produjo un error en la consulta del día 28-03-2018 ya que en el momento de consultar el resultado de la biopsia del día 22-03-2018 se consultó el (...) de la (...) realizada el año anterior, en la que no se detectaban células atípicas. Además, no se valoró el informe del TAC de cuello realizado el día 14-03-2018 en el que se describen adenopatías de aspecto y rango patológico./ En ese momento el paciente presentaba un carcinoma de orofaringe en estadio IV (...). El carcinoma se encontraba diseminado a más de un ganglio linfático, pero ninguno de ellos era mayor de 6 cm”, sin “presencia de metástasis”. Añade, no obstante, que “si bien se produjo un retraso en el diagnóstico al producirse un error al consultar el resultado anatomo-patológico de la punción no se puede acreditar una pérdida de oportunidad, ya que la neoplasia se encontraba en el mismo estadio pasados 6 meses”.

En relación con el tratamiento recibido, precisa que “tras el tratamiento quirúrgico de la neoplasia de orofaringe, estadio IV, la indicación según protocolos y guías clínicas (Guías Prácticas de Oncología Radioterápica) es la administración de tratamiento radioterápico coadyuvante y este tratamiento no se llevó a cabo. La solicitud de interconsulta al Servicio de (Otorrinolaringología) del (Hospital `X´) y posterior valoración del caso en el Comité de Tumores se retrasó por razones desconocidas. Apuntar que la derivación a (Otorrinolaringología) era correcta, ya que desde dicho Servicio se presentan los casos clínicos al Comité de Tumores./ El retraso excesivo ocasionó que fuese desestimado el tratamiento radioterápico y con ello se produjo una pérdida de oportunidad”.

4. Con fecha 1 de febrero de 2021, una Asesora Médica de la correduría de seguros del Servicio de Salud del Principado de Asturias emite un informe de valoración del daño corporal en el que cuantifica el sufrido en un total de 18.385,35 €, cifrando en 17.294,96 € las “lesiones temporales” -que identifica con un total de 326 “días moderados”, de los cuales 159 son de “retraso en el diagnóstico del carcinoma” y 167 de perjuicio moderado por el “retraso en el tratamiento adyuvante”- y en 1.120,39 € el perjuicio asociado a la intervención quirúrgica de exéresis del quiste de hendidura branquial, que considera una “cirugía innecesaria, pues de haberse realizado el diagnóstico correcto se habría programado la cirugía de extirpación del tumor con vaciamiento ganglionar ampliado, que se realizó posteriormente”.

5. Mediante oficio notificado al interesado el 11 de febrero de 2021, la Jefa de la Sección de Apoyo de la Dirección General de Política y Planificación Sanitarias le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

Con fecha 21 de abril de 2021, el interesado presenta un escrito de alegaciones en el que destaca la admisión por parte de la Administración de la existencia de infracción de la *lex artis*, concluyendo que “visto el reconocimiento de la contraparte (...) interesa (...) se dicte resolución estimando” lo solicitado.

6. Con fecha 10 de mayo de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio. En ella, con base en los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento concluye que “la actuación no ha sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y, por lo tanto, corresponde estimar la reclamación por retraso diagnóstico y pérdida de oportunidad, considerando que las secuelas de la cirugía y el trastorno depresivo reactivo por las que también reclama son inherentes al tumor y no se vieron agravadas por los retrasos en la aplicación efectiva del tratamiento”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 1 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), 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 15 de enero de 2020, y se refiere a un proceso asistencial cuyo último hito es la cirugía para el cierre del estoma traqueal practicada en el mes de noviembre de 2019, por lo que es claro que se acciona 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 afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis

meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC, aun teniendo en cuenta la suspensión de dicho plazo entre el 14 de marzo y el 1 de junio de 2020, en virtud de lo previsto en la disposición adicional tercera del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el Estado de Alarma para la Gestión de la Situación de Crisis Sanitaria ocasionada por el COVID-19, y sus prórrogas, y en el artículo 9 del Real Decreto 537/2020, de 22 de mayo, por el que se prorroga el estado de alarma declarado por el Real Decreto 463/2020. 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 “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.- El interesado solicita una indemnización por los daños derivados del retraso diagnóstico y terapéutico sufrido en la detección y tratamiento de un carcinoma de orofaringe.

En cuanto a la efectividad del daño, es patente que el retardo en el diagnóstico y abordaje de la patología oncológica que el reclamante sufría le provoca unos padecimientos severos, objetivándose además en este caso que se le sometió a una cirugía innecesaria o prescindible. Merece, no obstante, puntualizarse que no cabe en este momento accionar por una “pérdida de oportunidad terapéutica”, entendida como merma de posibilidades de supervivencia, en tanto consta que el paciente prosigue en la actualidad un tratamiento asistencial y curativo y no se acredita un quebranto de su expectativa vital; extremos que habrán de despejarse con el transcurso del tiempo sin que proceda anticipar la reclamación por un daño que en el presente no se ha concretado. La invocada “pérdida de oportunidad” ha de entenderse,

por tanto y por ahora, circunscrita a la expectativa de no sufrir secuelas o de someterse a un tratamiento menos gravoso o agresivo de haber sido diagnosticado y abordado el tumor con puntualidad.

Ahora bien, la mera constatación de este daño, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que el interesado no tuviera el deber jurídico de soportar.

Como ha señalado este Consejo en ocasiones anteriores (por todas, Dictamen Núm. 218/2019), 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 concretos.

Por tanto, para poder apreciar si 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.

También es criterio de este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 246/2017 y 146/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). 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. Esto es, ha de constatarse tanto el reproche culpabilístico como el engarce fáctico entre el tratamiento dispensado u omitido y el resultado dañoso.

El interesado atribuye la pérdida de oportunidad invocada al retraso diagnóstico y terapéutico producido con relación a un carcinoma de orofaringe, reconocido por la propia Administración. No obstante, en las alegaciones presentadas con ocasión del trámite de audiencia el reclamante muestra su conformidad con los términos en que dicha admisión de errores se produce, circunscrita a la consulta del día 28 de marzo de 2018, primero, y a la derivación al Comité Oncológico del Hospital "X", después, sin pronunciarse ni reiterar una de sus imputaciones iniciales, que partía de la consideración del retraso diagnóstico desde la primera punción, llevada a cabo en el mes de febrero de 2017, pues -según su exclusivo criterio, desprovisto de soporte pericial alguno- aquel resultado negativo se debió a una deficiente realización o interpretación de la prueba; afirmación que, sin más, en tanto que genérica, imprecisa y carente de un mínimo soporte probatorio no cabe aceptar.

En cambio, sí es pacífico admitir que existió un retraso diagnóstico producto de un error humano como consecuencia de una incorrecta lectura de los resultados de las pruebas llevadas a cabo en el mes de marzo de 2018; y que fruto de dicha confusión, en la que se omitieron los resultados de las últimas realizadas e ignorando la orientación a la patología oncológica que las

mismas proporcionaban, el diagnóstico certero no se facilitó hasta el mes de septiembre de 2018.

Respecto a las consecuencias de tal demora, y según se razona a continuación, a falta de pericial de contrario han de ponderarse y complementarse las conclusiones de la especialista que suscribe el informe emitido a instancias de la compañía aseguradora, relativas a la ausencia de “pérdida de oportunidad” porque el estadio del tumor era el mismo en el mes de marzo, cuando se cometió el error al interpretar las pruebas, que en septiembre de 2018. La Asesora Médica que realiza la valoración económica a instancias de la entidad aseguradora afirma, en cambio, que el estadio del cáncer varió, precisando que en el mes de marzo de 2018 el estadio era III y que cinco meses después, tras la realización de la cirugía de exéresis, era IV. Aunque también razona que las opciones de tratamiento en ambos “son las mismas”, resulta obvio que existió una progresión en el mismo y una demora en el tratamiento quirúrgico aplicado. En todo caso, admitida además la concurrencia de un segundo retraso en la administración del tratamiento de radio y quimioterapia -dilación cuya exacta causa se desconoce pero que aparentemente se relaciona con un error burocrático en la derivación al Comité Oncológico del Hospital “X”-, y estimado por las facultativas informantes a instancias de la compañía aseguradora que medió una pérdida de oportunidad resarcible, ha de concluirse que tanto el primer retraso diagnóstico como la posterior dilación en el tratamiento coadyuvante abocaron a una prolongación o agravamiento de los padecimientos inherentes a la enfermedad sufrida -a una pérdida efectiva de calidad de vida en ambos órdenes, físico y psicológico-, sin que corresponda valorar en este momento su incidencia sobre la expectativa vital del paciente.

Tal como razonamos en el Dictamen Núm. 91/2020, algunos supuestos en los que no se objetiva una pérdida de posibilidades de supervivencia merecen sin embargo un resarcimiento, a la luz del conjunto de las circunstancias, cuando acreditada una infracción de la *lex artis* el enfermo se ve abocado a tratamientos invasivos adicionales, padecimientos evitables con un

abordaje adecuado o a una situación de marcada angustia o zozobra. Como se estima en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 30 de abril de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:1248- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), los casos en que el diagnóstico precoz del paciente no hubiera interferido en sus posibilidades de supervivencia pero sí hubiera comportado un “cierto efímero alivio de sus dolencias” pueden merecer una compensación económica prudencial, ajustada a la entidad del daño que se resarce.

En suma, en el supuesto examinado cabe apreciar dos sucesivas infracciones de la *lex artis* -en el retardo diagnóstico y en la demora en el tratamiento coadyuvante- a las que se anuda un daño efectivo consistente en la necesidad de someterse a una doble intervención quirúrgica, la prolongación de un proceso asistencial gravoso y la angustia que se asocia al descuido del servicio sanitario en el abordaje de una patología grave. Sin embargo, no se estima que las secuelas de la cirugía se deban a la mala praxis médica, pues en todas las periciales obrantes en el expediente se aprecia que son inherentes al tumor y no se vieron agravadas por el retraso en su abordaje. Tampoco se estima aquí -reiteramos- un daño por la eventual pérdida de oportunidad de sobrevivir, ya que de estimarse alguna incidencia al respecto de la praxis médica denunciada su reclamación requeriría que se hubiera concretado el riesgo de mortandad cuya acentuación se imputa a la Administración sanitaria.

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

En supuestos similares al que nos ocupa, en los que los usuarios del servicio público sanitario sufren un daño derivado del error o retraso diagnóstico que influye en el proceso de curación o expectativas de mejora del paciente, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias sostiene que la compensación ha de atemperarse a la vista del “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”, por lo que “hemos de examinar la fijación de la cuantía correspondiente teniendo en cuenta (...) el desconocimiento de cómo habría podido evolucionar” el reclamante, y cuando “el único concepto indemnizable es la pérdida de unas expectativas reducidas, (...) dada la falta de parámetros objetivos (...), procede fijar al respecto una cantidad a tanto alzado, acudiendo a un juicio ponderado y prudente (...), considerando las circunstancias concurrentes (...) y a falta de otros datos objetivos (...) 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-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.a).

Asimismo, en supuestos como el presente este Consejo ha señalado que “el daño indemnizable no es el de la lesión, respecto de la cual no es posible saber a ciencia cierta si hubiera podido evitarse, sino que ha de ser propiamente la pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado, impidiendo con ello la posibilidad de evitar daños y secuelas. En tales casos, si el daño pudo evitarse en un porcentaje estadísticamente conocido se indemnizará al paciente por haberle privado de la posibilidad de pertenecer al grupo de pacientes que -en un determinado porcentaje- no lo sufre” (por todos, Dictamen Núm. 173/2017).

En su solicitud el interesado incluye como daño específico las “secuelas” del cáncer padecido, concepto que ya hemos rechazado por no objetivarse que las secuelas inherentes al tumor se hubieran agravado por las dilaciones denunciadas, e integra en su cuantificación otros conceptos como “la incapacidad permanente absoluta reconocida de oficio” y el “perjuicio personal por pérdida de calidad de vida”.

La propuesta de resolución asume la valoración efectuada por la compañía aseguradora, en la que se distingue entre “el retraso en el diagnóstico del carcinoma”, al que corresponden 159 días de perjuicio temporal moderado, y el “retraso en el tratamiento adyuvante”, cuantificado en 167 días, lo que supone un “total de 326 días de perjuicio moderado”. A ello se añade el concepto correspondiente a la realización de la cirugía de exéresis del quiste de hendidura branquial, que se considera innecesaria, pues “de haberse realizado el diagnóstico correcto se habría programado la cirugía de extirpación del tumor” llevada a cabo con posterioridad. Para el cálculo de la indemnización correspondiente a los conceptos resarcibles la propuesta emplea el sistema establecido en el Texto Refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, modificado por 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, que si bien no es de aplicación obligatoria viene siendo generalmente utilizado, con carácter subsidiario, a falta de otros criterios objetivos.

Sin embargo, resulta confusa y compleja la aplicación a este caso de las reglas del referido baremo, concebidas para supuestos notoriamente distintos a la detección tardía de una enfermedad grave; máxime cuando el daño resarcible ni siquiera puede traducirse en un porcentaje de las cuantías que en el baremo se contemplan. Referido aquí el daño a los conceptos expresados en la consideración sexta -la necesidad de someterse a una doble intervención quirúrgica, la prolongación de un proceso asistencial gravoso y la angustia que se asocia al descuido del servicio sanitario en el abordaje de una patología grave-, tampoco se estima acertado el recurso a los “días de perjuicio moderado”, ni los que se computan por la compañía aseguradora responden a lapsos temporales en los que el padecimiento se revele ajeno a la propia patología de base del enfermo.

Tal como razonamos, en estos casos en los que se indemnizan perjuicios accesorios, expectativas reducidas u otros conceptos no subsumibles en las

distintas partidas del baremo de referencia ha de acudir a una indemnización prudencial acorde con la verdadera significación del daño que se resarce. A la vista de supuestos análogos, este Consejo estima adecuado -considerando las sucesivas infracciones de la *lex artis*, el sometimiento del paciente a una cirugía adicional y la limitada incidencia del retardo en el devenir y tratamiento de la enfermedad- reconocer una indemnización prudencial a tanto alzado de veinte mil euros (20.000 €) por todos los conceptos.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, en consecuencia, estimar parcialmente la reclamación presentada, indemnizando 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,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.