

Dictamen Núm. 244/2021

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 25 de noviembre 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 17 de agosto de 2021 -registrada de entrada el día 23 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, como consecuencia del retraso, por parte del servicio público sanitario, en el diagnóstico de un carcinoma.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 22 de julio de 2020, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia del fallecimiento de su hermano debido al retraso en el diagnóstico de un carcinoma.

Tras exponer que su familiar “falleció el pasado día 7 de mayo de 2019” en el Hospital debido a una “neoplasia de pulmón izquierdo”, explica que el 29 de enero de 2019, a la vuelta del trabajo, encontró a su “hermano

desorientado, con un golpe en la cara, con alteración de conducta, toda la casa desordenada y no sabiendo” responder “qué era lo que había pasado”, por lo que lo trasladó al citado centro. Indica que “entre las pruebas que se realizaron (...) figura una Rx de tórax que (...) `se compara con Rx previa del día 08-02-2018´” y en la que se advierte una “masa en LSI que borra la silueta aórtica y se extiende hasta el vértice pulmonar, que ha aumentado significativamente de tamaño con respecto a estudios previos (...). Como consecuencia de esta apreciación (...) fue” remitido “con carácter de urgencia al Servicio de Neumología del mismo hospital”.

Refiere que el 8 de febrero de 2018, “exactamente un año antes (...), había acudido al Servicio de Urgencias también (...) porque había llegado a casa sobre las 19 horas, después de trabajar”, y lo encontró “desorientado, con un golpe en la cara, alteración de conducta, la casa (desordenada) y amnesia de lo ocurrido (...). Allí se le hicieron las pruebas que (...) consideraron necesarias, entre ellas Rx de tórax” que “fue informada como `sin alteraciones´./ Finalmente se le expidió alta con recomendación de consultar en Cardiología y Neurología, constando como diagnóstico principal del episodio el de `crisis parcial compleja´”.

Señala que, “como se puede apreciar comparando uno y otro informe, la masa en el lóbulo superior izquierdo ya estaba y era apreciable en febrero de 2018. Sin embargo, fue informada como normal y no se le hizo indicación ninguna. En febrero de 2019 se vuelve a practicar Rx de tórax y la masa ha aumentado significativamente con respecto a estudios previos./ Esta masa era el signo visible del carcinoma que al final se lo llevó./ Era visible en febrero de 2018 y muy posiblemente hubiera sido tratable en aquel momento; sin embargo, nada se hizo y de nada se informó al paciente que, al menos, hubiera tenido la oportunidad de decidir sobre su futuro. Era igual de visible, aunque menor en tamaño, que lo fue después en febrero de 2019, cuando se detecta./ Cuando finalmente se advierte al paciente del tamaño que había alcanzado el carcinoma era ya demasiado tarde (...), falleciendo escasamente 3 meses después”. Considera que “esta falta de diagnóstico de lo que era claramente

visible constituye un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración”.

Cuantifica la indemnización solicitada en veinte mil seiscientos noventa y seis euros con setenta y tres céntimos (20.696,73 €), que desglosa en los siguientes conceptos: perjuicio general, tratándose de hermano conviviente, 15.522,55 €, y perjuicio particular, 5.174,18 €.

Adjunta a su escrito copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Informe del Servicio de Urgencias del Hospital, de 9 de febrero de 2018, en el que consta como diagnóstico principal “crisis parcial compleja”. b) Informe de seguimiento del Servicio de Neumología, de 7 de febrero de 2019, en el figura como impresión diagnóstica “probable neoplasia primaria de pulmón izquierdo estadio clínico IV-B”, tras practicarse como “estudios complementarios” una Rx de tórax el 29 de enero de 2019 cuyo resultado se transcribe en la reclamación.

2. Mediante escrito de 17 de agosto de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas -tras un requerimiento previo al interesado para que acredite el parentesco, oportunamente atendido- le comunica la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Previa solicitud formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el 16 de septiembre de 2020 la Gerencia del Área Sanitaria IV le remite una copia de la historia clínica del paciente fallecido y los informes elaborados por los Servicios de Urgencias, de Neumología y de Radiología.

El Jefe del Servicio de Radiología indica, el 21 de agosto de 2020, que “con fecha 08 de febrero de 2018 desde el Servicio de Urgencias de nuestro hospital se solicita, a las 22:19 h, un estudio TAC de cráneo. El informe radiológico es de estudio normal./ Ese mismo día, a las 22:59 h, se solicita por el Servicio de Urgencias una Rx de tórax, este estudio no tiene informe escrito

del radiólogo de guardia (desconozco si hubo informe oral al médico peticionario)".

La Jefa de la Sección de Neumología informa, el 25 de agosto de 2020, que el paciente fue "valorado en primera visita ambulatoria (...) el 1 de febrero de 2019 (...). Vive con su hermano, siendo independiente para actividades de vida diaria, precisando `observación próxima de su familia´. Ha sido solicitada incapacitación por parte de su hermano. Cumple criterios de bronquitis crónica y refiere disnea a grandes esfuerzos (...). Fumador activo de aprox. 15 cig. al día desde los 18 años (consumo acumulado de aprox. 50 paquetes/año)./ No antecedentes conocidos de patología respiratoria./ No vacunado nunca de gripe ni de neumococo".

Señala que fue diagnosticado de "episodios sincopales de repetición, uno de ellos de larga duración, requiriendo ingreso en UVI, siendo diagnosticado por (Neurología) con última valoración en 2017 de epilepsia criptogénica./ Insuficiencia aórtica moderada, se implantó marcapasos en 2015, no habiendo realizado revisiones cardiológicas desde 2016 (próxima en septiembre de 19)./ Último eco transtorácico de junio de 16 (...). Válvula aórtica trivalva, sin gradiente significativo con insuficiencia grado III (sin cambios respecto a estudio previo)./ Dilatación raíz aorta. Insuficiencia mitral leve (...). No derrame pericárdico".

Afirma que es valorado en Urgencias el 8 de febrero de 2018, ya que "cuando llega su hermano, sobre las 19 h, a su casa se lo encuentra desorientado, con un golpe en la cara, con alteración de la conducta, toda la casa desordenada y con amnesia de lo ocurrido. El paciente se niega a tomar el tratamiento pautado por (Neurología) porque no quiere dejar de fumar. Presenta lesiones eritematosas en región malar superior" derecha. Precisa que en dicho Servicio "se realiza, entre otros, Rx de tórax (`sin alteraciones´ según informe de alta), TAC craneal sin contraste sin evidencia de patología intracraneal aguda. Y fue valorado (...) por Cardiología, que pauta (tratamiento) y remite al paciente a seguimiento en consultas externas para descartar angina de esfuerzo".

Reseña que la primera consulta fue realizada el 1 de febrero de 2019, constando que acudió al Servicio de Urgencias el 29 de enero de 2019 por un "episodio autolimitado de minutos de duración de inestabilidad y disartria, sin pérdida de conciencia del episodio, con recuperación progresiva./ Observado por su familiar dice que no es parecida la clínica a crisis previas, aunque el paciente refiere abandono de medicación anticomicial por problemas gástricos"./ Impresiona en ese momento de nuevo episodio comicial, siendo realizado en Urgencias (...) estudio hemodinámico ante presencia de soplo que descarta patología carotídea asociada./ Durante la permanencia (...) en dicho Servicio fue valorado (...) por Neurología: "acude hoy por episodio de alteración del nivel de conciencia, describiendo el hermano bipedestación con apoyo (...) en pared y flexión mantenida (...), sin asimetría en piernas ni en cara, habla farfullante y desconexión de unos minutos de duración. Exploración neurológica ahora dentro de la normal. Soplo carotídeo izquierdo"./ Por parte de Neurología: "se recomienda reintroducción de tratamiento anticomicial que podría ser en esta ocasión por la facilidad de toma con Zebinix 800 mg (...). Se comenta con médico responsable de Urgencias"./ Se procede entonces al alta a domicilio del paciente".

Consigna, como "estudios relevantes realizados en Urgencias el 29 de enero de 2019, informe de tórax (...): "se compara con Rx previa del día 08-02-2018./ Masa en LSI que borra la silueta aórtica y se extiende hasta el vértice pulmonar que ha aumentado significativamente de tamaño con respecto a estudios previos. Recomendamos TC de tórax"./ TAC craneal sin contraste (...): sin evidencia de patología intracraneal aguda./ Eco Doppler (...): moderada ateromatosis (...), sin datos de estenosis hemodinámicamente significativa (...). El día de la primera consulta con Neumología (...) acude acompañado por su hermano refiriendo continuar con criterios de bronquitis crónica y disnea sin cambios (a grandes esfuerzos). Nunca hemoptisis, no dolor torácico, no sintomatología catarral ni síndrome general (...). Se decide continuar con estudios ante sospecha diagnóstica de neoplasia primaria de pulmón (lóbulo superior izdo.) y tabaquismo activo-probable EPOC".

El informe del Servicio de Urgencias de 14 de septiembre de 2020 señala que, “una vez revisada con los radiólogos de la Sección de Urgencias la radiografía de febrero de 2018, es cierto que aunque es una placa de mala calidad ya era identificable la imagen patológica”.

4. Con fecha 31 de enero de 2021, emiten informe pericial a instancias de la compañía aseguradora de la Administración dos especialistas, uno de ellos en Medicina Interna y el otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo. En él estiman “la atención médica prestada al paciente en Urgencias (...) el día 8-2-2018 ajustada a protocolos de actuación, priorizando la resolución del proceso agudo en curso que motiva la consulta, prestando atención a posibles diagnósticos con riesgo vital inminente y programando un seguimiento ambulatorio posterior (...), que el paciente no realiza en consonancia con una actitud poco diligente en el cuidado de su salud, incumpliendo de forma sistemática las recomendaciones prescritas por los médicos que le atienden”.

En cuanto a la lectura de la radiografía efectuada en febrero de 2018, indican que “la interpretación de las pruebas de imagen está condicionada por muchos factores, siendo primordiales en este supuesto la baja sospecha clínica *a priori*, la situación de urgencia y la mala calidad de la imagen, junto con la difícil localización anatomorradiológica de la lesión (en zona central del tórax, adyacente a estructuras vasculares como la aorta, que dificultan la visualización)”.

Tas hacer una serie de consideraciones sobre la valoración *ex post* que se realiza de la interpretación de una prueba, subrayan que “la naturaleza del carcinoma pulmonar (...) adenoescamoso (tumor muy infrecuente, con peor pronóstico que cada uno de los 2 componentes individuales que lo componen, adenocarcinoma y escamoso) que finalmente provocó el fallecimiento del paciente es de tal agresividad que no era evitable el fatal desenlace”, con independencia del “momento del diagnóstico y las medidas que se hubieran tomado, como acredita la mala respuesta al tratamiento instaurado (...). El pronóstico en estos casos no mejora con el diagnóstico precoz o la resección

del tumor, por lo que no se puede establecer ninguna pérdida de oportunidad diagnóstica ni terapéutica fruto de la actuación de los profesionales que han atendido al paciente”.

5. Mediante escrito notificado al reclamante el 5 de abril de 2021, el Inspector de Prestaciones Sanitarias actuante le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

Con fecha 22 de abril de 2021, el interesado presenta un escrito de alegaciones en el que reitera lo expuesto en su reclamación. Añade, en relación con los informes incorporados al expediente, que el elaborado por el “Área de Gestión Clínica de Urgencias (...) de 14-sep-2020 (...) claramente reconoce que ‘ya era identificable la imagen patológica’”, y señala que el firmado por el Servicio de Neumología “explica la evolución del paciente a partir de su segunda atención en el Servicio de Urgencias (...) el 29-ene-2019, y cómo fue otro estudio radiográfico, en esta ocasión informado correctamente, el que identificó los signos ciertos del carcinoma. Fue atendido en febrero de 2019 con prontitud, pero a la postre ya era demasiado tarde como para poder hacer ningún tratamiento efectivo (...). Se ha aportado informe pericial emitido a instancia la aseguradora que nada desvirtúa sobre lo anterior”.

6. El día 11 de junio de 2021, se incorpora al expediente el informe pericial de valoración del daño corporal suscrito por un especialista en Peritaje Médico a instancias de la entidad aseguradora de la Administración. En él se indica que “la naturaleza del carcinoma pulmonar (...) adenoescamoso (...) que finalmente provocó el fallecimiento del paciente es de tal agresividad que no era evitable el fatal desenlace”, con independencia del “momento del diagnóstico y las medidas que se hubieran tomado, como acredita la mala respuesta al tratamiento instaurado (...). El pronóstico de supervivencia global tras padecer un cáncer de pulmón adenoescamoso con 11 meses de retraso supone una minoración, en el mejor de los casos, de una supervivencia del 20 % (...). Por lo tanto, debemos minorar la cuantía global reclamada en al menos un 20 % (...).

El total de la indemnización objeto de la valoración según el 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, actualizado al año 2019, asciende a 4.222,13 euros”.

7. Mediante escrito notificado al reclamante el 15 de julio de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura de un segundo trámite de audiencia por un plazo de quince días.

Con fecha 29 de julio de 2021, el interesado presenta un escrito de alegaciones en el que entiende que no se aplica correctamente la reducción de la indemnización por pérdida de oportunidad que la citada pericial aprecia.

8. El día 3 de agosto de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido parcialmente estimatorio. En ella expone que “en el presente caso nos encontramos indudablemente ante una pérdida de oportunidad, hecho que el reclamante plantea en su escrito inicial, si bien en el segundo trámite de audiencia parece desdecirse no admitiendo la minoración de la indemnización que esta figura conlleva (...). Consecuentemente, procede aplicar la pérdida de oportunidad ya que el tumor que presentaba el paciente no fue diagnosticado en 2008 (*sic*), produciéndose por ello un retraso diagnóstico de 11 meses. Este retraso supone una minoración, en el mejor de los casos, de una supervivencia del 20 %, motivo por el cual se debe indemnizar el 20 % de la cuantía global. El cáncer que padecía el paciente es un carcinoma pulmonar (...) adenoescamoso de infausto pronóstico y tal agresividad que no era evitable el fatal desenlace”, con independencia del “momento del diagnóstico y las medidas que se hubieran tomado, como acredita la mala respuesta al tratamiento instaurado”.

Concluye que “para el cálculo de la indemnización han de aplicarse los baremos establecidos en 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, correspondiente al año 2019, fecha de fallecimiento. La Resolución de 20 de marzo de 2019 de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas, establece para el reclamante, como hermano conviviente y mayor de 30 años, perjuicio personal básico: 15.522 €; Perjuicio personal particular: 5.174,18 € y daño emergente: 413,94 €, lo que hace un total de 21.110,67 €, sobre el que procede indemnizar un 20 %, lo que suponen 4.222,13 euros”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de agosto 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 -en tanto que hermano del fallecido- 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 22 de julio de 2020, habiendo tenido lugar los hechos de los que traen origen -el fallecimiento del paciente- el día 7 de mayo de 2019, pero, teniendo en cuenta la suspensión de los plazos administrativos que supuso la declaración del estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 -efectuado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo- y sus sucesivas prórrogas, 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 afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se observa 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.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que el interesado solicita una indemnización por los daños derivados del fallecimiento de su hermano como consecuencia del retraso, por parte del servicio público sanitario, en el diagnóstico de un carcinoma.

Queda acreditada, a la luz de la documentación incorporada al expediente, la efectividad del daño sufrido.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público 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 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 ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes (por todos, Dictamen Núm. 182/2019), 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 eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, 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 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 un defectuoso

diagnóstico ni un error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes.

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. 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.

En el supuesto examinado, el reclamante imputa al sistema público sanitario un retraso a la hora de diagnosticar un carcinoma, proponiendo, para la defensa de su pretensión, la comparación entre el informe del Servicio de Urgencias de 9 de febrero de 2018 y el de Neumología de 7 de febrero de 2019, ambos pertenecientes al Hospital Con base en tal comparativa, sostiene que la masa tumoral en el lóbulo superior izquierdo ya estaba presente y era apreciable en febrero de 2018, pero no se calificó adecuadamente, pues la radiografía de tórax practicada se informó como "sin alteraciones", se le dio de alta con la recomendación de consultar en Cardiología y Neurología y se señaló como diagnóstico principal "crisis parcial compleja", sin hacerse ninguna indicación. Sin embargo en febrero de 2019 -cuando se vuelve a efectuar una radiografía de tórax- se evidencia explícitamente que la masa había "aumentado significativamente con respecto a estudios previos". En consecuencia, el reclamante estima que de haber sido advertida a tiempo la patología hubiese podido ser convenientemente tratada con una antelación de casi un año.

Visto el planteamiento efectuado por el interesado, procede a continuación analizar la cuestión a partir del material probatorio incorporado al expediente por parte de la Administración.

En primer lugar, el informe del Servicio de Urgencias de 14 de septiembre de 2020 admite que, revisada la radiografía de febrero de 2018, "es

cierto que aunque es una placa de mala calidad ya era identificable la imagen patológica”.

En segundo lugar, el informe de Neumología de 25 de agosto de 2020, en un tono marcadamente descriptivo, advierte que el paciente es fumador activo desde los dieciocho años (con un consumo acumulado de aproximadamente cincuenta paquetes de cigarrillos al año) y que fue diagnosticado de episodios sincopales (pérdida súbita y temporal de conciencia y tono postural como consecuencia de la disminución del flujo sanguíneo en el cerebro) de repetición, uno de ellos de larga duración que requirió ingreso en UVI, habiéndosele apreciado también en 2017 epilepsia criptogénica. Asimismo, refiere que en 2015 se le implantó un marcapasos sin que se hubiesen realizado revisiones cardiológicas desde 2016, y que en 2019 el paciente admite haber abandonado la medicación anticomicial por problemas gástricos. Finalmente, reseña que en la primera consulta con Neumología manifiesta continuar con criterios de bronquitis crónica y disnea sin cambios (a grandes esfuerzos), pero sin existencia de hemoptisis (expectoración de sangre) ni dolor torácico.

En tercer lugar, el informe pericial incorporado al expediente a instancia de la compañía aseguradora de la Administración, tras advertir que nunca se dio de alta definitiva al enfermo, sino que se le transfirió a otro nivel asistencial (derivándolo a Cardiología y Neurología), destaca la reiterada ausencia de adherencia del paciente al seguimiento y tratamiento pautados por los distintos especialistas que le atienden; en concreto, no acude a revisiones en Cardiología en 2015, 2016 y 2017; suspende el tratamiento anticomicial por decisión propia, lo que motiva la necesidad de asistir a Urgencias por crisis comiciales (epilepsia) en al menos dos ocasiones (febrero de 2018 y enero 2019); no consulta en Cardiología en 2018, a pesar de la sospecha clínica de angina de pecho, y no sigue el tratamiento recomendado por este Servicio tras la valoración realizada en Urgencias el 8 de febrero de 2018. Asimismo, indica que el diagnóstico de “crisis parcial compleja” que se efectuó en Urgencias el día 8 de febrero de 2018 es correcto, ya que el motivo por el que acudió a esta Unidad fue precisamente un episodio de crisis parcial compleja precipitado por

el abandono de la medicación antiepiléptica, y añade que la valoración de las pruebas complementarias en Urgencias está dirigida a descartar las sospechas de patología urgente en ese momento, precisando que por la singularidad de la asistencia en este tipo de unidades hospitalarias algunas pruebas resultan de difícil valoración. Subraya que la radiografía de tórax era de mala calidad y la localización del tumor (en el lóbulo superior izquierdo, a la altura de los troncos supraaórticos, en la zona central del tórax) también interfiere en la correcta interpretación de la imagen, por superposición de estructuras (coinciden en la imagen plana de una radiografía las siluetas superpuestas de arteria carótida y subclavia y cayado aórtico). Finalmente, destaca que la naturaleza del carcinoma que provocó el fallecimiento del paciente es tan sumamente agresiva que no era evitable independientemente del momento del diagnóstico, y que un diagnóstico precoz no hubiese mejorado el resultado de las medidas que se hubieran podido tomar, como acreditaría la mala respuesta al tratamiento instaurado.

En cuarto lugar, se incorpora al expediente un informe pericial de valoración del daño corporal a instancia de la entidad aseguradora de la Administración en el que se asume el retraso diagnóstico y la pérdida de oportunidad a él inherente, concluyéndose que “el pronóstico de supervivencia global tras padecer un cáncer de pulmón adenoescamoso con 11 meses de retraso supone una minoración, en el mejor de los casos, de una supervivencia del 20 %”. Y de acuerdo con esta consideración, señala que la indemnización que procede acordar en este caso, según el baremo introducido por la Ley 35/2015, de 22 de septiembre, ha de ascender a 4.222,13 euros.

Por último la propuesta de resolución, de conformidad con el referido informe de valoración del daño, reconoce que en el presente caso se ha producido una pérdida de oportunidad, ya que el tumor que presentaba el paciente no fue diagnosticado en 2018, produciéndose un retraso diagnóstico de once meses. A continuación, pone de relieve que este retraso supone una minoración del 20 %, en el mejor de los casos, de la supervivencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, es preciso reparar en que el informe del Servicio de Urgencias -documento de especial relevancia, por cuanto se trata de aquel al que se le atribuyen las deficiencias en el diagnóstico- reconoce, tras revisar la radiografía de febrero de 2018, que a pesar de tratarse de una placa de mala calidad la imagen patológica resultaba identificable.

A ello hay que añadir que la actuación del Servicio de Neumología en febrero de 2019, al comparar las radiografías hechas el 8 de febrero de 2018 y el 29 de enero de 2019 y concluir que la masa situada en el lóbulo superior izquierdo “ha aumentado significativamente de tamaño respecto a estudios previos”, evidencia con toda claridad que en la radiografía de 2018 ya se constataba la existencia de la masa que en aquel momento no fue advertida.

En la misma línea, la propuesta de resolución conviene con el reclamante en la existencia de un retraso diagnóstico y la consiguiente pérdida de oportunidad.

Así pues, con base en la documentación incorporada al expediente por la Administración no cabe sino concluir que, a pesar de las particularidades que presenta una atención en las unidades de Urgencias y las evidentes dificultades que existían en este caso concreto para una correcta valoración, el diagnóstico de febrero de 2018 debió arrojar un resultado que solo se produjo meses después.

Dicho lo anterior, es obligado efectuar ciertas consideraciones en torno a la relación causal entre el diagnóstico incorrecto y el daño cuyo resarcimiento se impetra.

En primer término, es preciso tener presente el delicado estado de salud del paciente, diagnosticado de episodios sincopales, epilepsia criptogénica, bronquitis crónica y disnea, y con un marcapasos implantado desde el año 2015.

En segundo término, y como queda patente, procede destacar el notorio grado de desarraigo del sistema sanitario de un paciente que, no presentando ningún deterioro cognitivo y sí una salud en extremo delicada, reiteradamente deja de acudir a las revisiones pautadas por Cardiología (incluso habiendo sido

advertido de la sospecha clínica de una angina de pecho), desecha seguir los tratamientos recomendados y descarta alterar, a pesar de las repetidas sugerencias en este sentido realizadas por parte de los servicios sanitarios, su hábito tabáquico. Estamos, por tanto, ante un enfermo que manifiesta una clara y persistente actitud de auténtica pasividad, lo que debe ponderarse al tiempo de valorar la oportunidad de imputar o no la totalidad del resultado lesivo a la Administración sanitaria.

En consideración a lo expuesto, este Consejo entiende que no puede obviarse la realidad del error cometido por el servicio público sanitario, pero, a su vez, tampoco cabe soslayar que una atención más diligente por parte del paciente hubiese influido positivamente en el descubrimiento y tratamiento de una patología que, por su agresividad, hubiese abocado, en cualquier caso, a un fatal desenlace.

SÉPTIMA.- Fijados los hechos y analizada la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño producido, procede valorar la cuantía de la indemnización solicitada sobre la base de los daños y perjuicios efectivamente acreditados.

Como hemos señalado en ocasiones precedentes, para el cálculo de la indemnización correspondiente resulta apropiado, a falta de otros referentes objetivos, valerse del baremo establecido al efecto 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). Ahora bien, no debe obviarse que se trata de un referente orientativo y que en ocasiones -en particular, en el ámbito sanitario- concurren circunstancias que en ese parámetro general y abstracto -concebido para un ámbito distinto- no se ponderan adecuadamente. La LRJSP se limita a establecer en su artículo 34.2 que "se podrá tomar como referencia" en los casos de muerte o lesiones "la normativa vigente en materia de Seguros obligatorios", con lo que al tiempo que se acoge su valor como parámetro objetivo se mantiene su carácter no vinculante. También la jurisprudencia (por todas, Sentencia del Tribunal

Supremo de 12 abril de 2013 -ECLI:ES:TS:2013:1907-, Sala de lo Civil, Sección 1.ª) incide en ese carácter no vinculante del baremo fuera de los siniestros circulatorios, siendo lo relevante atender a las circunstancias concurrentes en cada caso y al principio de indemnidad de la víctima, tal como ha acogido este Consejo (entre otros, Dictamen Núm. 344/2010).

En el caso examinado procede establecer la indemnización ateniéndose al citado baremo, puesto que el reclamante lo ha empleado, y obra en el expediente un informe de valoración del daño corporal emitido a su instancia, asumido por la Administración en su propuesta de resolución, que también lo utiliza, en el que se estima que el retraso diagnóstico de once meses de un cáncer adenoescamoso supone una minoración de la supervivencia del 20 %.

Existe conformidad en cuanto a los conceptos indemnizatorios que solicita el reclamante y los reconocidos por la Administración, los que corresponden a un hermano conviviente mayor de 30 años, que de acuerdo con la Resolución de 20 de marzo de 2019, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, por la que se publican las cuantías de las indemnizaciones actualizadas del sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados a las personas en accidentes de circulación, son los siguientes: por perjuicio personal básico, 15.552 euros; por perjuicio personal particular, 5.174,18 euros, y por daño emergente, 413,92 euros, lo que asciende a 21.110,67 euros. No obstante, comoquiera que el informe pericial de valoración de daños estima que el retraso diagnóstico de once meses de un cáncer adenoescamoso supone una minoración de la supervivencia del 20 %, procede reducir a este porcentaje el importe indemnizatorio, que será de 4.222,13 euros; cantidad que habrá de ser objeto de la debida actualización a la fecha en la 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 procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y,

estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a, en los términos expresados en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º
LA PRESIDENTA,