

Dictamen Núm. 249/2021

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 2 de diciembre de 2021, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. La Consejera doña María Isabel González Cachero votó en contra:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 13 de agosto de 2021 -registrada de entrada el día 19 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños sufridos como consecuencia del fallecimiento de su hermano e hijo, respectivamente, que atribuyen a la deficiente asistencia sanitaria prestada por el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 19 de enero de 2021, los interesados -hermana y padres del finado, respectivamente- presentan un burofax al objeto de “formular reclamación por responsabilidad patrimonial por la deficiente asistencia médico-sanitaria” dispensada a su familiar.

Exponen que “desde el mes de julio de 2019” el perjudicado consulta en “los centros del (Servicio de Salud del Principado de Asturias) en repetidas ocasiones por dolor lumbar creciente, persistente y en progresión de agravamiento”. Señalan que ante “la desidia persistente” del Servicio de Salud del Principado de Asturias acuden a la medicina privada, donde ya en la primera visita le realizan una resonancia magnética urgente y le diagnostican un “sarcoma Ewing de 14 cm, con una evolución de 10 meses”. Añaden que en ese periodo de 10 meses el Servicio de Salud del Principado de Asturias “en más de once ocasiones”, tanto en el centro de Atención Primaria como en el Servicio de Urgencias, “se limita a confirmar un diagnóstico equivocado inicial de modo repetitivo”, pese a los signos de alarma presentes, como “agravamiento progresivo del cuadro de dolor (...), pruebas diagnósticas radiológicas donde se ve una masa en zona pelvis que va creciendo mes a mes (...), nula respuesta al tratamiento farmacológico (...), analítica alterada (...), ausencia de acontecimiento (...) que pueda haber ocasionado la lesión (...), ausencia de hernias discales” y “deterioro progresivo”.

Consideran que el paciente “fue abandonado” por el Servicio de Salud del Principado de Asturias, “dejando que el sarcoma evolucionase a su suerte y sin dar opción a ningún tratamiento”. Y sostienen que ha existido una “mala praxis médica debido a la ausencia desde su inicio de diagnóstico acertado, con consecuencias fatales que llevaron al sufrimiento máximo, tanto físico como como moral del paciente, también moral de su familia directa, y que ocasionaron la muerte prematura” de aquel.

Por todo lo anterior, solicitan una indemnización de doscientos veinticinco mil euros (225.000 €), de los cuales 180.000 € correspondería a sus padres, a razón de 90.000 € para cada progenitor, y 45.000 € a su hermana, “quien se dedicó de pleno a la asistencia de su hermano”.

2. Mediante oficio de 8 de febrero de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas requiere a los reclamantes para que acrediten su parentesco con el finado.

El 17 de febrero de 2021, atienden al requerimiento formulado y aportan copia de su documento nacional de identidad, del Libro de Familia y del certificado de defunción.

3. Con fecha 23 de febrero de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. Previa petición formulada por el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto, el 7 de abril de 2021 la Gerencia del Área Sanitaria V le remite un CD que contiene una copia de la historia clínica del paciente obrante en Atención Primaria y Especializada y los informes elaborados por la Facultativa de Atención Primaria, la Jefa del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología y el Jefe en Funciones de la Unidad de Urgencias del Hospital "X".

En el informe suscrito por el Jefe en Funciones de la Unidad de Urgencias del referido hospital, tras relatar la asistencia dispensada al paciente, se concluye que "los estudios y exploraciones realizados durante (el) proceso no evidenciaban la causa que llevó al fallecimiento".

Por su parte, la Jefa del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología resume los hechos clínicos y señala que "el día 20-03-2020 se declara el estado de alarma en el país y se indica la suspensión de todas las consultas externas y pruebas complementarias no urgentes./ El paciente acudió entonces a la medicina privada, donde realizó la mencionada prueba radiológica que condujo al funesto diagnóstico de sarcoma de Ewing".

5. El día 19 de mayo de 2021, el Gerente del Área Sanitaria V envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios un CD que contiene las imágenes de las radiografías realizadas entre el 21 de julio de 2019 y el 19 de marzo de 2020.

6. Con fecha 21 de mayo de 2021, el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV traslada al Servicio instructor la documentación facilitada por el Servicio de Radiodiagnóstico del Hospital “Y”.

7. A continuación, obra incorporado al expediente un informe médico-pericial emitido el 9 de junio de 2021 a instancias de la compañía aseguradora de la Administración por dos especialistas, uno de ellos en Cirugía Ortopédica y Traumatología y el otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo. En él, tras revisar la historia clínica, señalan que “teniendo en cuenta toda la información (...) y que el paciente comenzó con clínica persistente a partir de noviembre de 2019 (pasados 5 meses desde el inicio de los primeros síntomas) y la alta tasa de probabilidad (de) que (...) ya presentara metástasis pulmonares e irresecabilidad del tumor (...), consideramos que el pronóstico y desenlace no hubiera sido diferente si se hubiese realizado el diagnóstico con RM en el intervalo (...) entre noviembre de 2019 a febrero de 2020, que es la franja temporal donde el paciente consulta (...) en Urgencias con mayor asiduidad”.

Concluyen que “no existe pérdida de oportunidad terapéutica”.

8. Mediante oficio notificado a los reclamantes el 8 de julio 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.

Con fecha 26 de julio de 2021, los interesados presentan un escrito de alegaciones en el que insisten en que, pese a las reiteradas visitas del perjudicado al centro de Atención Primaria y al Servicio de Urgencias, los facultativos no fueron capaces “de siquiera intuir o sospechar, y simplemente se limitan a confirmar un diagnóstico equivocado inicial de modo repetitivo, sin querer ver más allá, desechando pruebas evidentes alarmantes”.

Adjuntan el informe de un centro privado de diagnóstico, rehabilitación y readaptación, de 14 de octubre de 2020, en el que se indica que el paciente presentaba “una importante pérdida de masa muscular en la pierna dcha. (...), en los test de fuerza también se nota una importante disminución de esta (...);

en todos los test de valoración, tanto a la espino presión de las lumbares como a la presión en la musculatura lumbo-pélvica, el dolor es insoportable (...). Toda la exploración me llevó a pedirle de forma particular y urgente una RMC por la gravedad de los síntomas y su evolución sin éxito ni mejora en la intensidad del dolor por ningún tipo de tratamiento”.

9. Mediante oficio de 27 de julio de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la correduría de seguros una copia de las alegaciones recibidas.

10. Con fecha 5 de agosto de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella razona que “las decisiones (...) se tomaron en función de la clínica que presentaba el paciente. Las Rx son normales a pesar de ser un tumor óseo. La lista de espera (es) inherente al servicio sanitario público y no fue la demora ni excesiva ni desproporcionada. La supresión de pruebas diagnósticas y consultas no urgentes es una situación de fuerza mayor por la situación epidemiológica por el COVID-19. No ha existido pérdida de oportunidad, ya que el pronóstico y desenlace no hubiera sido diferente si se hubiese realizado el diagnóstico con RM en el intervalo temporal entre noviembre de 2019 a febrero de 2020, periodo de tiempo en que el paciente acude repetidamente (al) Servicio de Urgencias (supervivencia de no más de un 10 % en el primer año)”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 13 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), 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.

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 19 de enero de 2021, y el óbito del paciente tuvo lugar el 26 de mayo de 2020, 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, observamos que el informe evacuado por el Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología resulta insuficiente, pues se limita a describir el proceso asistencial del paciente sin abordar las imputaciones relativas al retraso diagnóstico y la pérdida de oportunidad que formulan los reclamantes. Al respecto, este Consejo ya estimó necesario subrayar, dentro del capítulo de “Observaciones y sugerencias” de la Memoria correspondiente al ejercicio 2019, la relevancia de que los informes de los servicios sanitarios a los que se imputa el daño “resulten minuciosos, razonados -y no descriptivos- y referidos singularmente a los daños y nexo causal invocados por los reclamantes”.

Asimismo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 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.- Los interesados instan una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del fallecimiento de su hermano e hijo, respectivamente, que atribuyen al retraso diagnóstico de un sarcoma de Ewing.

La documentación obrante en el expediente acredita la defunción del paciente en la fecha indicada -26 de mayo de 2020- en un hospital público, por lo que debemos presumir un daño moral en los familiares que aquí reclaman.

Ahora bien, la mera constatación de un daño efectivo, 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 los interesados no tuvieran el deber jurídico de soportar.

Como ha señalado este Consejo Consultivo 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 los reclamantes 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 el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

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.

En este sentido, y con carácter preliminar, debemos advertir ya en este momento que a pesar de que incumbe la carga de la prueba a los reclamantes estos no desarrollan una actividad probatoria idónea al respecto, limitándose a

aportar el informe de un centro privado de diagnóstico, rehabilitación y readaptación. En consecuencia, este Consejo Consultivo ha de formar su convicción sobre la base de los informes técnico-médicos especializados que obran en el expediente.

En el supuesto planteado los interesados afirman que su familiar “fue abandonado por el (Servicio de Salud del Principado de Asturias), dejando que el sarcoma evolucionase a su suerte y sin dar opción a ningún tratamiento”. Y sostienen que ha existido una “mala praxis médica debido a la ausencia desde su inicio de diagnóstico acertado, con consecuencias fatales que llevaron al sufrimiento máximo, tanto físico como como moral del paciente, también moral de su familia directa, y que ocasionaron (su) muerte prematura”.

Para determinar si el servicio público de salud actuó acorde a la *lex artis ad hoc* resulta imprescindible analizar la evolución del perjudicado y la asistencia que se le fue brindado por los facultativos que le atendieron. De la documentación obrante en el expediente se desprende que el paciente, de 43 años, acude el 20 julio de 2019 a su médica de Atención Primaria por “dolor lumbar que se irradia a pierna dcha. de más de un mes de evolución”; aquel le pauta antiinflamatorios y relajantes musculares y le pide consulta preferente con Traumatología. Al día siguiente acude al Servicio de Urgencias por persistencia del dolor y se le realiza una radiografía en la que se objetivan “signos degenerativos artrósicos”, prescribiéndosele analgésicos y relajantes musculares. El día 26 de ese mismo mes es visto nuevamente por su médica de Atención Primaria, que le receta corticosteroides y analgesia, solicitándole interconsulta preferente con Traumatología. Posteriormente, en noviembre de 2019, sufre un nuevo episodio de lumbalgia y es tratado con fármacos para el dolor por su médica de cabecera. El 11 de diciembre de 2019 es visto nuevamente en el Servicio de Urgencias refiriendo que “se cayó por los dolores” e “imposibilidad para caminar”. Durante el ingreso se le administra tratamiento con antiinflamatorios, analgésicos y antieméticos, pero debido a la poca mejoría resulta necesario recurrir a opioides. Se decide alta ese mismo día con la recomendación de adelantar la consulta en Traumatología (prevista para el 29

de abril de 2020). En los meses de febrero y marzo de 2020 el perjudicado acude hasta en tres ocasiones más al Servicio de Urgencias por “dolor agudo e intenso en región lumbar” y “sensación de pérdida de fuerza”, constatándose la presencia de una lumbalgia de larga evolución refractaria a los diferentes tratamientos. Se decide esperar a consulta con el especialista y mantener tratamiento analgésico. El 19 de marzo de 2020 el paciente decide acudir por su cuenta a un centro privado donde, a la vista de su estado, se solicita una RM urgente en la que se objetiva una “voluminosa lesión de aspecto sarcomatoso (...) que infiltra el ala sacra con lesiones, probablemente metastásicas, en el ala sacra e ilíaco izquierdos, así como a las vértebras T11, L2 y L4”. Ese mismo día acude a un hospital público donde ingresa para estudios complementarios y, tras la práctica de un TAC cerebral y abdominopélvico y una biopsia, se le diagnostica un sarcoma de Ewing pélvico con metástasis pulmonares, estadio IV. Finalmente, el paciente fallece el 26 de mayo de 2020.

Sentado lo anterior, llama la atención en primer lugar que, habiéndose solicitado en julio de 2019 consulta de carácter preferente con el Servicio de Traumatología para valoración del paciente, esta cita se programe inicialmente para el 29 de abril de 2020; es decir, nueve meses después de su petición. Al respecto, la Jefa del Servicio de Cirugía Ortopédica y Traumatología señala que “el día 20-03-2020 se declara el estado de alarma en el país y se indica la suspensión de todas las consultas externas y pruebas complementarias no urgentes”, pero este argumento -en el que también se ampara el autor de la propuesta de resolución- no puede acogerse toda vez que la solicitud de atención especializada se había formulado varios meses antes de que se declarase la situación de emergencia sanitaria provocada por la COVID-19. Tampoco puede desconocerse que la alerta sanitaria se declara el 14 de marzo de 2020 y durante los meses de espera para ser examinado por el especialista, desde noviembre de 2019, el paciente acude en varias ocasiones a los servicios sanitarios ante el agravamiento de su padecimiento y la ausencia de mejoría con los tratamientos que se le prescriben.

Sobre este extremo, ya hemos señalado en ocasiones anteriores (por todas, Dictamen Núm. 130/2021) que la demora en recibir la prestación sanitaria que en cada caso corresponda es consecuencia del sistema de listas de espera instaurado para determinados actos médicos en el seno del servicio público sanitario. No obstante, tras la aprobación del 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, Información sobre Listas de Espera y Registro de Demanda Asistencial del Principado de Asturias, en materia de primeras consultas externas en el ámbito hospitalario, el anexo I del citado Decreto expresa el plazo de referencia asociado a cada una, siendo de 60 días en el de la especialidad de Traumatología, si bien en el supuesto analizado la petición se cursó con prioridad preferente (folio 2 del informe del Médico de Familia), lo que exigía que el paciente fuese atendido en un máximo de 15 días -artículo 20.1.a) del Decreto 59/2018, de 26 de septiembre-.

En este contexto es claro que se ha rebasado el plazo establecido reglamentariamente para ser valorado de forma preferente por el Servicio de Traumatología, y que esta demora de nueve meses reviste entidad suficiente en el presente supuesto para constituir *per se* una infracción de la *lex artis ad hoc*, pues nos remitimos ahora a los criterios sentados en aquel dictamen para recordar que “el daño que se sufra será antijurídico cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada” (por todas, Sentencia de la Audiencia Nacional de 31 de mayo de 2000 -ECLI:ES:AN:2000:3702-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a).

En el caso analizado se asignó al paciente una prioridad adecuada a su estado -preferente-, pero no se atendió al agravamiento de su situación clínica, lo que queda patente a la vista de los informes del Servicio de Urgencias en los que se constata el empeoramiento del dolor -“lumbociatalgia de larga evolución,

refractaria a diferentes (tratamientos)”, “exacerbación de lumbociatalgia crónica, pendiente de estudios complementarios” y “concomitantemente pérdida de fuerza y parestesia en borde lateral de mismo miembro” (folios 7, 5 y 1, respectivamente, de la historia Selene)-.

Además, debe significarse que el paciente acude en repetidas ocasiones al Servicio de Urgencias del Hospital “X”, siendo estas cada vez más frecuentes y refiriendo un grave malestar y dolor. Así, según se refleja en la historia clínica, después de un primer episodio en julio de 2019, consulta el 11 de diciembre de 2019, el 18 y el 27 de febrero y el 3 de marzo de 2020, refiriendo siempre dolor lumbar refractario al tratamiento. Ante esta clínica, el equipo médico responsable del perjudicado se limita a realizar una exploración física y radiografías, lo que claramente resultó insuficiente para filiar el origen de su dolencia. El 18 de febrero de 2020 se solicita una RM de columna dorsal y lumbar preferente, pero esta prueba nunca se llega a realizar en el ámbito de la sanidad pública, y ello pese a que el 3 de marzo de 2020 la facultativa de Atención Primaria deriva nuevamente al perjudicado al Servicio de Urgencias porque presenta “dolor en reposo, no puede moverse de la cama por el dolor y pérdida de fuerza en MI”, tal y como se recoge en la petición de interconsulta de esa misma fecha (folio 3 del informe de la Facultativa de Atención Primaria), en el que se anota que tiene pedida la resonancia “sin cita aún” y consulta con Traumatología para el 26 de marzo de 2020 -recordemos que la petición de consulta ya se había realizado en julio de 2019-.

Igualmente, resulta esclarecedor que en el informe del centro privado donde se le efectúa la RM se indica que fue la exploración del paciente la que llevó al facultativo “a pedirle de forma particular y urgente una RMC por la gravedad de los síntomas y su evolución sin éxito ni mejora en la intensidad del dolor por ningún tipo de tratamiento”.

En supuestos similares al que nos ocupa, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias viene manteniendo que “en cada visita adicional a Urgencias sin respuesta certera y en escaso periodo de tiempo se encarece el deber de diligencia para indagar y explorar en el diagnóstico. No es admisible

que ante reiteradas visitas la respuesta sea vacía y sin realizar ninguna prueba complementaria (...). Las pruebas complementarias que podían haber sido oportunas, y de las que fue privado el paciente, TAC o RNM, no son pruebas complejas ni de gasto exorbitante, sino que deben utilizarse en los casos en que el facultativo no encuentre respuesta idónea a la grave sintomatología persistente, pese a la reiterada visita a Urgencias. El bien jurídico de la salud prima sobre consideraciones económicas, sin incurrir en la medicina preventiva y de gasto indiscriminado, cuando existen situaciones críticas, persistentes y no resueltas” (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). Y en este sentido se pronuncia el mismo Tribunal en la reciente Sentencia de 29 de julio de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:2486- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), razonando que “si existe un escenario singular de urgencia y perentorio riesgo, este aconseja agotar la diligencia y pruebas o atención singular; en otras palabras, un escenario excepcional requiere pruebas excepcionales, de manera que dentro de la actividad propia del Servicio de Urgencias se encuentra discriminar entre los niveles o intensidad de la urgencia para priorizar la atención y la indagación de las medidas a adoptar”.

El Jefe en Funciones de la Unidad de Urgencias del Hospital “X” sostiene que “los estudios y exploraciones realizados durante (el) proceso no evidenciaban la causa que llevó al fallecimiento del paciente”. Sin embargo, aun aceptando que la atención dispensada en la primera visita al Servicio de Urgencias en julio de 2019, e incluso la de diciembre de ese mismo año, resultaban adecuadas para este nivel asistencial, lo cierto es que la tercera visita y sucesivas en tan corto lapso temporal, con una sintomatología persistente y sin respuesta a los tratamientos pautados, exigían agotar los medios diagnósticos disponibles para encontrar el origen de la dolencia que aquejaba al paciente. Al respecto, resulta esclarecedor que una RM -que no puso a su disposición el servicio público sanitario- permitió observar de forma inmediata y clara la presencia de una “voluminosa lesión de aspecto sarcomatoso (...) con lesiones

probablemente metastásicas” que condujo al diagnóstico de la patología que sufría -sarcoma de Ewing-. Ello nos lleva a considerar indemnizable el daño originado por la falta de diagnóstico de esa enfermedad. Se advierte, además, que el informe realizado a instancias de la compañía aseguradora de la Administración recoge las indicaciones para realizar una RM ante dolor lumbar, que concurren, entre otros, en los supuestos de “lumbalgia aislada sin respuesta al tratamiento conservador durante 3 meses” y de “lumbociatalgia sin respuesta al tratamiento conservador durante 6 semanas”; situaciones ambas presentes en el proceso clínico aquí examinado y que evidencian la demora diagnóstica derivada de la ausencia de pruebas (TAC o RM) que razonablemente hubieran contribuido a filiar el sarcoma finalmente diagnosticado.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos valorar si ese retraso asistencial ha privado al enfermo de una expectativa cierta de curación. Al respecto hemos de recordar que, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, “la caracterización de la `pérdida de oportunidad´ se concreta en el grado de incertidumbre que rodea a una determinada actuación médica para constatar en qué medida se hubiera evitado un resultado lesivo, atendida la gravedad del daño, o se hubiera mejorado la situación del paciente de haberse tomado una decisión concreta” (Sentencia de 26 de septiembre de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:4023-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), y también como “la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o mejorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de este mismo” (Sentencia de 19 de octubre de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:7060-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

En el asunto analizado, los reclamantes ciertamente no aportan ninguna prueba o pericia que demuestre la existencia de una pérdida de oportunidad terapéutica asociada a ese retraso diagnóstico. Por su parte, los especialistas que informan a instancias de la compañía aseguradora de la Administración

explican, con apoyo en abundante literatura científica, de una parte, la dificultad de diagnosticar un sarcoma de pelvis ósea, cuyo hallazgo en el caso examinado fue incidental al observarse la tumoración en una RM practicada en un centro privado enfocada a la columna vertebral y no a la pelvis; de otra, también resaltan la agresividad de este tumor señalando *a priori* que “no existe pérdida de oportunidad terapéutica”. En particular, explican que “los sarcomas de la pelvis presentan escasa supervivencia” y que, en concreto, el sarcoma de Ewing tiene un pronóstico “muy malo, siendo mucho peor en paciente adulto”, precisando que, “a pesar del uso del tratamiento multimodal, aproximadamente el 40 % de los pacientes con enfermedad no metastásica mueren por el avance del tumor”. Concluyen que, “teniendo en cuenta toda la información (...) y que el paciente comenzó con clínica persistente a partir de noviembre de 2019 (pasados 5 meses desde el inicio de los primeros síntomas) y la alta tasa de probabilidad (de) que (...) ya presentara metástasis pulmonares e irresecabilidad del tumor (...), consideramos que el pronóstico y desenlace no hubiera sido diferente si se hubiese realizado el diagnóstico con RM en el intervalo (...) entre noviembre de 2019 a febrero de 2020, que es la franja temporal donde el paciente consulta (...) en Urgencias con mayor asiduidad”. Sin embargo, en este mismo informe se recoge con carácter conclusivo la posibilidad de una pérdida de oportunidad muy limitada, pero potencial, al señalar que el paciente “presentaba mal pronóstico en el momento del diagnóstico de su enfermedad, con una tasa de supervivencia de máximo 10 % durante el primer año”, lo que permite apreciar que el retraso en la práctica de pruebas diagnósticas ante un paciente que mostraba una clínica lumbar especialmente grave y dolorosa, sin respuesta al tratamiento durante varios meses, ha originado una pérdida de oportunidad mínima y limitada pero indemnizable. Al respecto, procede señalar que la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de febrero de 2012 - ECLI:ES:TS:2012:1450- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª) declara que la “privación de expectativas, denominada por nuestra jurisprudencia (...) ‘pérdida de oportunidad’ (...), se concreta en que basta con cierta probabilidad de que la actuación médica pudiera evitar el daño, aunque no

quepa afirmarlo con certeza para que proceda la indemnización por la totalidad del daño sufrido, pero sí para reconocerla en una cifra que estimativamente tenga en cuenta la pérdida de posibilidades de curación que el paciente sufrió como consecuencia de ese diagnóstico tardío de su enfermedad, pues, aunque la incertidumbre en los resultados es consustancial a la práctica de la medicina (circunstancia que explica la inexistencia de un derecho a la curación), los ciudadanos deben contar frente a sus servicios públicos de la salud con la garantía de que, al menos, van a ser tratados con diligencia aplicando los medios y los instrumentos que la ciencia médica pone a disposición de las administraciones sanitarias”.

En consecuencia, procede estimar un resarcimiento por los padecimientos que puedan asociarse a una limitada y reducida pérdida de oportunidad vinculada al retraso diagnóstico de una tumoración de difícil identificación y muy agresiva, derivada de la ausencia de pruebas diagnósticas y del examen de la clínica por un especialista cuya consulta se había demandado varias veces con carácter preferente ante un cuadro persistente de agravamiento durante varios meses en los que el paciente acudió reiteradamente a los servicios sanitarios.

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

El *quantum* resarcitorio solicitado por los reclamantes se cifra en 180.000 € para los padres del fallecido, a razón de 90.000 € para cada progenitor, y en 45.000 € para su hermana, “quien se dedicó de pleno a la asistencia de su hermano”.

La Administración del Principado de Asturias propone la desestimación de la reclamación y no entra, por ello, en el análisis del *quantum* indemnizatorio.

En supuestos similares al que nos ocupa, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias sostiene que “solamente debemos acoger el derecho a la indemnización derivada de la pérdida de oportunidad, ya que como ha señalado el Tribunal Supremo `la caracterización de la «pérdida de oportunidad» se concreta en el grado de incertidumbre que rodea a una determinada

actuación médica para constatar en qué medida se hubiera evitado un resultado lesivo, atendida la gravedad del daño, o se hubiera mejorado la situación del paciente de haberse tomado una decisión concreta´ (...), `con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son, el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido ese efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de este mismo´”, reduciéndose la indemnización a “la pérdida de unas expectativas reducidas” (Sentencia de 29 de noviembre de 2019 - ECLI:ES:TSJAS:2019:3375-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

En el asunto examinado, al reclamarse el daño moral que los interesados asocian a la pérdida del ser querido el padecimiento resarcible se liga a la convicción subjetiva de que el fallecido hubiera vivido más tiempo entre ellos o en mejor condición de haberse diagnosticado oportunamente su enfermedad, sin que -tal como hemos razonado- pueda hablarse en rigor de una opción atendible de supervivencia al cáncer, sino de una moderada mejora de su expectativa vital, toda vez que el tamaño del tumor y su carácter irresecable, unido a la presencia de metástasis pulmonares, comprometían en gran medida las posibilidades de supervivencia del enfermo. Han de moderarse, en consecuencia, los dos sumandos a los que alude la jurisprudencia citada, el relativo al pronóstico -que es especialmente grave- y el referido a la entidad de la eventual mejora -que sería precaria-, cifrándose por los servicios sanitarios, como máximo, en una tasa de supervivencia del 10 %.

En estas condiciones el único concepto indemnizable es la pérdida de unas expectativas reducidas, y en ausencia de parámetros objetivos procede, de acuerdo con el mencionado pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias, “fijar al respecto una cantidad a tanto alzado, acudiendo a un juicio ponderado y prudente (...), considerando las circunstancias concurrentes (...) y valorando (...) las pruebas practicadas de acuerdo con las reglas de la sana crítica”. En definitiva, a la vista de otros supuestos análogos, este Consejo estima adecuado, a falta de otros criterios que permitan cuantificar objetivamente el daño, que los reclamantes no acreditan, y tomando en

consideración la limitada expectativa que se frustra, ante la elevada mortalidad de este tipo de sarcomas y el escaso margen temporal en el que pudo haberse anticipado el diagnóstico de haberse realizado las pruebas complementarias requeridas por la sintomatología recurrente (que cabe situar en el mes de noviembre de 2019, respecto del momento en el que finalmente se alcanza, marzo del año siguiente), reconocer una indemnización prudencial de 10.000 € para cada progenitor del fallecido y de 5.000 € para la hermana.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada por, indemnizarlos 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,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.