

Dictamen Núm. 75/2022

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 7 de abril de 2022, 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 enero de 2022 -registrada de entrada el día 17 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por la deficiente asistencia prestada por el servicio público sanitario, al que imputan un error diagnóstico.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 15 de marzo de 2021 los interesados presentan, “en su condición de progenitores de su hijo menor de edad”, una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de un error diagnóstico que imputan al servicio público sanitario.

Exponen que el niño fue atendido en el mes de octubre de 2018 por su pediatra de Atención Primaria a causa de “un bulto” en el cuello y “molestias” en la garganta, realizándosele diversas pruebas, si bien dada la persistencia de la sintomatología fue derivado al Servicio de Otorrinolaringología del Hospital

“X”, del que a su vez es remitido al Hospital “Y” el 23 de octubre de 2018. En dicho centro se “sospecha de proceso linfoproliferativo”, por lo que se “redirige al niño al Servicio de Oncología Infantil de dicho hospital con diagnóstico principal de ‘adenopatías a estudio’”, practicándosele al día siguiente del ingreso “TC de cuello, tórax y abdomen” que permite apreciar un “severo aumento de tamaño de las estructuras del anillo de Waldeyer, no identificándose adenomas y sí múltiples nódulos pulmonares”. El día 25 de octubre de 2018 se le efectúa “una biopsia” en la que se objetiva “una afectación por un proceso de tipo linfoproliferativo polimorfo con patrón de linfoma Hodgkin clásico, tipo celularidad mixta, siendo diagnosticado ‘biopsia de tumoración en cavum’”, y el 26 de octubre, tras practicar las pruebas pertinentes, “se concluye que existen hallazgos que no permiten descartar malignidad”.

Explican que el día 7 de noviembre de 2018 “causa alta hospitalaria en el Servicio de Pediatría” del Hospital “Y” “con el diagnóstico (...) de linfoma de Hodgkin clásico, tipo celularidad mixta”, comenzando al día siguiente “un primer ciclo de quimioterapia (...)”, cuyo segundo ciclo se fija para el 14-11-18”. Añaden que “tras el descanso del primer ciclo de quimio los padres aceptan participar en el denominado Ensayo Europeo Euronet-C2 para el estudio de linfomas, razón por la cual desde el (Hospital ‘Y’) se remiten las muestras tomadas al menor al Hospital ‘Z’, de Madrid”, y, “a la vista de los resultados remitidos desde” este último centro y el Hospital “‘V’, de Zaragoza (ambos referencias en el Ensayo Europeo Euronet C-2), que discrepan de la conclusión a la que ha llegado el (Hospital ‘Y’)”, el 28 de noviembre de 2018 se acuerda suspender el tratamiento de quimioterapia hasta ver evolución y que un equipo multidisciplinar tome una decisión programando nueva consulta para el 12-12-18”. En dicha fecha el Hospital “Y” “insiste en el diagnóstico principal”, si bien el “Hospital Universitario Fundación ‘C’ concluye, tras estudiar las muestras tomadas en el (Hospital ‘Y’), que no existen signos de malignidad”.

Indican que el día 22 de enero de 2019 “el Servicio de Oncología del H. ‘A’, de Barcelona, tras analizar los resultados de la analítica” emite una impresión diagnóstica de “exploración dentro de la normalidad”, y que el 30 de

enero de 2019 el Servicio de Pediatría Oncológica del Hospital `Y`, “tras recibir dicho informe (...), señala que tras un `diagnóstico inicial de linfoma de Hodgkin en revisiones posteriores parece descartado`, suspendiendo el tratamiento de Septrin y recomendando acudir nuevamente a ese Servicio tras nueva consulta a Barcelona”. El Hospital `A` continúa con el seguimiento del niño y la realización de pruebas hasta que “el 13-1-20 (...) confirmó el error en el diagnóstico” y se da de alta al paciente.

Consideran que a consecuencia del “diagnóstico erróneo y (...) la búsqueda de una segunda opinión” han incurrido en una serie de gastos derivados de los desplazamientos a Barcelona constitutivos de un perjuicio patrimonial, a los que añaden el perjuicio personal consistente en la prolongación del proceso clínico, la realización de “multitud de tratamientos medicamentosos”, la necesidad de la “realización de nuevas actuaciones quirúrgicas” y el daño moral sufrido, que cuantifican conforme al informe pericial que aportan en un importe total de ochenta y un mil treinta y un euros con treinta y ocho céntimos (81.031,38 €).

Adjuntan copia de la documentación acreditativa del parentesco invocado, así como informes “de valoración médica” emitidos por un especialista en Valoración del Daño Corporal con fechas 29 de febrero de 2020 y 6 de marzo de 2021 y justificantes de los gastos de desplazamiento y de alojamiento.

2. Mediante oficio de 22 de abril de 2021, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica del paciente y los informes emitidos por los Servicios de Otorrinolaringología y de Pediatría del Hospital “X”.

El día 27 de abril de 2021, una funcionaria del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le envía la historia clínica del menor obrante en el Hospital “Y”, así como el informe emitido por un especialista en Pediatría “adscrito a la Unidad de Oncología Pediátrica y responsable de la atención al paciente”, con la conformidad del Director del Área de Gestión Clínica de Pediatría.

3. Con fecha 4 de agosto de 2021 dos especialistas, una en Pediatría y otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo -este último, además, Licenciado en Farmacia-, elaboran un informe pericial a instancia de la compañía aseguradora. En él efectúan diversas consideraciones generales sobre las “adenopatías cervicales en pediatría”, el linfoma de Hodgkin, los “procesos inflamatorios crónicos granulomatosos no necrotizantes” y otras “médico-legales del caso”, concluyendo que el “en el caso del linfoma de Hodgkin la dificultad diagnóstica aún es mayor debido a la escasez de células tumorales en las muestras obtenidas habitualmente y a la similitud con otros procesos infecciosos e inflamatorios, sobre todo en los niños”, entrando “dentro de los diagnósticos diferenciales del linfoma de Hodgkin” la “sospecha diagnóstica final del Hospital ‘A’ de sarcoidosis en remisión”.

4. Mediante oficio notificado a los reclamantes el 19 de octubre de 2021, la Jefa de la Sección de Apoyo del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándoles una copia de los documentos obrantes en el expediente.

El plazo transcurre sin que conste la presentación de alegaciones.

5. El día 25 de noviembre de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas suscribe propuesta de resolución en sentido desestimatorio basándose en los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento. En ella señala que “la asistencia fue correcta y adecuada a la *lex artis* (...). Tras seguimiento de un año el cuadro (...) se ha resuelto por completo con el tratamiento inicial administrado y en la actualidad el niño se encuentra asintomático, sin ninguna secuela derivada del tratamiento quimioterápico administrado”.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de enero de 2022, 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. Asimismo, y habiendo sufrido el daño una persona menor de edad, están sus progenitores facultados para actuar en su representación, a tenor de lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos menores no emancipados.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como 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 marzo de 2021, y consta en la historia clínica obrante en el expediente que el día 9 de junio de 2020 el menor fue intervenido en el Hospital “Y” para retirarle el catéter venoso central con reservorio implantado en el año 2018 para el tratamiento de la patología inicialmente diagnosticada (linfoma de Hodgkin). Considerando esta última fecha como *dies a quo*, 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 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.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del erróneo diagnóstico de una patología oncológica a un paciente menor de edad por parte del servicio público sanitario.

Del examen del expediente resulta acreditado que inicialmente se le diagnosticó al hijo de los reclamantes un linfoma de Hodgkin, descartado tras la realización de nuevas pruebas en dos hospitales públicos de otras Comunidades Autónomas. Consta igualmente que para el tratamiento de la enfermedad posteriormente descartada se le administró al menor un ciclo de quimioterapia y que se le implantó un reservorio que fue extraído en el mes de junio de 2020, por lo que resulta probada la existencia de un perjuicio personal, al que se une el daño moral que presumiblemente habría causado a los interesados la situación descrita y el perjuicio patrimonial asociado a los gastos de desplazamiento en que han incurrido los progenitores para el tratamiento de la enfermedad, cuya exacta valoración realizaremos en caso de ser estimatorio el sentido de nuestro dictamen. Por el contrario, y siguiendo el criterio expuesto en ocasiones anteriores (entre otras, Dictámenes Núm. 68/2013 y 143/2015), no cabe reputar como daño antijurídico y, por tanto, indemnizable el derivado del coste del informe pericial de valoración del daño, al “depender la emisión del mismo de la voluntad” de los reclamantes “y no” del hecho causante.

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 *per se* la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio sanitario y si ha de reputarse antijurídico.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 80/2020), el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse sin más a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica

médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por los reclamantes y cuya efectividad ha sido acreditada es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También ha subrayado este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) 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*). Fuera de estos supuestos, 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, exigencia legal y jurisprudencial que recuerda también la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 22 de diciembre de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:3949-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

Asimismo, y puesto que se reprocha un error de diagnóstico, hemos de recordar que el servicio público sanitario no tiene la obligación de determinar la naturaleza de la enfermedad antes de la manifestación de sus signos clínicos

típicos, ciñéndose el deber médico a la aplicación de los medios precisos en función de los síntomas mostrados por los pacientes. En otras palabras, como venimos señalando de forma constante (entre otros, Dictámenes Núm. 213/2019 y 66/2021), la *lex artis* médica no impone el empleo de más técnicas diagnósticas que las indicadas en función de los síntomas y signos clínicos apreciados en cada paciente, ni mucho menos ampara la realización prospectiva o indiscriminada de pruebas a falta de cualquier sospecha clínica.

Debemos subrayar, asimismo, que el hecho de que sea la clínica la que determina el alcance de la obligación de medios conlleva que quien persiga una indemnización por mala praxis en la fase de diagnóstico deba acreditar que los síntomas o signos existentes al tiempo de recibir la asistencia que reputa deficiente eran sugestivos de la patología finalmente evidenciada -al menos en un grado de probabilidad suficientemente significativo, ya que existen patologías de diversa entidad y prevalencia que cursan una clínica similar-, y que tal sospecha diagnóstica imponía la aplicación de técnicas y medios distintos de los empleados.

Los interesados alegan que el diagnóstico inicial proporcionado en el Hospital “Y” -linfoma de Hodgkin- determinó un despliegue terapéutico innecesario dado que pruebas posteriores descartaron dicha patología, causando un daño “que no tenían por qué haber soportado” y que consideran “desproporcionado”.

En apoyo de su imputación aportan dos informes periciales suscritos por el mismo especialista en Valoración del Daño Corporal en fechas distintas (29 de febrero de 2020 y 6 de marzo de 2021), en los que se efectúa una estimación del perjuicio personal y patrimonial causado de acuerdo con los conceptos contenidos en el baremo indemnizatorio 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. Por tanto, y pese a que el objeto declarado en el primero de ellos es el de efectuar una “valoración de si las actuaciones médicas realizadas sobre el menor (...) se adecúan a los protocolos médicos habituales o si estos se han vulnerado de alguna manera”, el contenido de dichos informes se limita a

describir el proceso asistencial seguido. En cuanto al “nexo de causalidad”, considera que es “cierto porque del diagnóstico inicial de la enfermedad deriva de error diagnóstico” (*sic*), “directo porque el diagnóstico erróneo de la enfermedad es consecuencia inmediata al tratamiento de quimioterapia aplicado” y “total porque el diagnóstico erróneo de la enfermedad es el responsable del tratamiento sufrido”, pero no efectúa razonamiento técnico alguno que proporcione justificación médica, acorde a la necesaria evidencia científica, a tales enunciados.

Frente a tal déficit se alzan los informes incorporados al procedimiento, que analizan la fundamentación del diagnóstico inicial y cuya argumentación y conclusiones, con base científica y de acuerdo con la bibliografía médica citada, no encuentran contestación por parte de los interesados, quienes no formulan alegaciones con ocasión del trámite de audiencia. Al respecto, debemos recordar que, como hemos señalado de forma reiterada (por todos, Dictamen Núm. 56/2019), debe tenerse en cuenta, al confrontar un informe pericial de tal naturaleza con otros que obran en el expediente, el cualificado valor probatorio que presentan los suscritos por médicos especialistas.

Por otra parte, resulta también aplicable al caso el criterio jurisprudencial que rechaza la aptitud de “un análisis retrospectivo, o sea, partiendo de los efectos, desenlace y secuelas”, que “convierte la correlación causal en causalidad adecuada; a estos efectos, reiteradamente la jurisprudencia ha precisado que la valoración retrospectiva resulta tan cómoda como inaceptable pues no cabe `efectuar un análisis retrospectivo una vez que se sabe lo que realmente aconteció´ (...), ya que no deben valorarse los antecedentes a la vista de las consecuencias y anudar causalidad automática a lo que es mera correlación causal; lo suyo es cotejar los síntomas que presentaba en esa visita al centro asistencial con lo aconsejado según los protocolos y estándares de asistencia” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 24 de febrero de 2020 -ECLI:ES:TSJAS:2020:714-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

Con carácter preliminar, y respecto al daño alegado, hemos de precisar que de acuerdo con la historia clínica obrante en el expediente parte de lo

reclamado -en concreto, el perjuicio derivado de la estancia hospitalaria del menor durante el periodo comprendido entre el 23 de octubre y el 7 de noviembre de 2018- resultaba imprescindible para el tratamiento de la sintomatología que presentaba. Así, el informe de la Unidad de Oncología Pediátrica del Hospital “Y” precisa que la grave afectación de la vía aérea que mostraba el menor requería dicho ingreso en todo caso dado el compromiso vital que suponía, por lo que no cabe reputar esa estancia hospitalaria como un daño antijurídico al resultar independiente del diagnóstico.

Sentado lo anterior, procede analizar el alegado error diagnóstico que plantean los reclamantes partiendo de que, dada la singularidad que presenta, asociada a la incertidumbre que rodea el diagnóstico final, no se invoca ni cabe apreciar pérdida de oportunidad derivada de aquel.

Atendiendo al concreto supuesto planteado, resulta de interés la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2000 -ECLI:ES:TS:2000:8635- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª), en la que se afirma que “un diagnóstico es, en definitiva, un dictamen y como tal avanza un parecer, una opinión, partiendo de unos datos que obtiene por diversos medios y que eleva a categoría a través de lo que el estado de la ciencia y la técnica, así como el saber experimental que posea el médico actuante, permiten en el momento de emitirlo. Nunca un dictamen -sea jurídico, sea médico- puede garantizar un resultado. Los conocimientos científicos, técnicos o experimentales ni en medicina ni, probablemente, en ningún sector de la actividad humana, pueden garantizar al ciento por ciento un resultado determinado. La certeza absoluta debe tenerse por excluida de antemano”. Recuerda tal razonamiento la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de junio de 2018 -ECLI:ES:TSJM:2018:6209- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 10.ª), que añade que “la fase de diagnóstico es una de las más importantes y difíciles de la práctica médica a la que se llega después de un proceso de aproximaciones sucesivas que requiere del examen de la historia clínica, la exploración física y las pruebas complementarias pertinentes al caso y que se efectúan progresivamente para llegar al diagnóstico concreto. Se trata de un proceso complejo en el que

intervienen muchos factores y en sus primeras fases resulta difícil poder hablar de un error, dado que determinadas sintomatologías pueden sugerir diversas patologías que deben ser, o no, descartadas. No obstante lo anterior, respecto al error de diagnóstico es importante advertir que para que este sea generador de responsabilidad es necesario que, atendidas las circunstancias del caso y en particular el estado de conocimiento de la ciencia en el momento de producirse el evento lesivo, pueda afirmarse que resultaba factible para el servicio sanitario realizar dicho diagnóstico y que el mismo, de haberse realizado, posibilitara alguna oportunidad de curación. En definitiva, es necesario que la falta de diagnóstico, o bien su error o su retraso, sea imputable a la Administración y por ello sea determinante de la lesión del derecho del paciente a un diagnóstico correcto en tiempo oportuno”. Precisa, asimismo, que “el error de diagnóstico es fuente de responsabilidad patrimonial de la Administración por incumplimiento de la obligación de aplicar las técnicas sanitarias en función del proceso a conocimiento de la práctica médica. Ahora bien, no todo error de diagnóstico da lugar a responsabilidad y ha de insistirse en que, para que ello suceda, es necesario que como consecuencia del error no se haya procurado al paciente la asistencia sanitaria exigible”.

Pese a corresponder al orden civil, resulta igualmente ilustrativa la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 2018 -ECLI:ES:TS:2018:724- (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), por cuanto recuerda que, “en el terreno del diagnóstico, la obligación del médico es la de realizar todas las pruebas diagnósticas necesarias, atendido el estado de la ciencia médica en ese momento. Solo la omisión de las pruebas exigibles en atención a las circunstancias del paciente y el diagnóstico que presente un error de notoria gravedad o unas conclusiones absolutamente erróneas puede servir de base para declarar su responsabilidad”.

Descendiendo al diagnóstico de linfoma, los especialistas que informan a instancia de la compañía aseguradora afirman que ante el “cuadro de adenopatías cervicales” que presentaba el menor no resuelto tras tratamiento antibiótico, unido a la falta de detección de infección vírica alguna por la analítica, la sospecha de linfoma era “razonable” y se vio reforzada por los

hallazgos del TAC y del PET-TAC realizados, estableciéndose como “primera posibilidad” la de linfoma de Hodgkin clásico, “compatible con los hallazgos clínicos, exploratorios y las” indicadas “pruebas complementarias”. Resulta crucial considerar que, “según el protocolo del estudio Euronet (...), tras el diagnóstico local no debe esperarse a la revisión centralizada para iniciar tratamiento salvo en estadios I o II de pacientes con tumor CD20+”, que no era el caso del menor, pues la estadificación le atribuía un estadio IV (avanzado) “por la presencia de nódulos pulmonares”.

A consecuencia del diagnóstico realizado en torno al día 30 de octubre de 2018 se prescribió el comienzo inmediato del tratamiento, un ciclo de quimioterapia “bien tolerada” por el paciente y que, según destaca el informe emitido por la Unidad de Oncología Pediátrica, determinó “una mejoría muy llamativa y rápida (...), desapareciendo la grave afectación de la vía aérea”, evolución satisfactoria que habría avalado así el acierto del diagnóstico inicial. Por su parte, el informe de los especialistas (folio 122) subraya la afortunada falta de secuelas derivadas del tratamiento de quimioterapia.

La remisión de la biopsia en noviembre de 2018 a un primer centro de referencia nacional (el Hospital “Z”) determinó la falta de evidencia de malignidad y la posible existencia de un “proceso infeccioso-inflamatorio”, resultados que confirman tanto la intervención de un segundo centro de referencia -el Hospital “V”- como otro hospital nacional -la Fundación “C”- en el mes de diciembre de ese año, sin que, como observa el informe del Servicio de Oncología Pediátrica, dichos centros pudieran “tampoco (...) concretar un diagnóstico de certeza alternativo”. No obstante, tras advertir la primera “discrepancia” en el diagnóstico el equipo del Hospital “Y” decide suspender el tratamiento, pese a que la plena desestimación del mismo no se alcanza hasta meses después, ya que no es hasta el día 30 de enero de 2019 cuando el Hospital “Y” señala, previa obtención de una segunda opinión por parte de los padres al Hospital “A”, que finalizados los estudios “parece descartado”. Incluso consta en la historia clínica que en la consulta del 5 de marzo de 2019 el padre del menor informa que en este último centro aún no ha podido procurarse, a esa fecha, un “diagnóstico definitivo”. Pero debe destacarse que el informe del

Servicio de Anatomía Patológica del Hospital "A" de 22 de febrero de 2019 plantea como "opciones diagnósticas" la de "linfoma de Hodgkin vs. reacción linfoidea" (folios 28 y 49). Ello corrobora, a nuestro juicio, la razonabilidad del diagnóstico emitido, que confirma el informe suscrito por dos especialistas a instancia de la compañía aseguradora, en el que se expone que en este tipo de linfoma "la dificultad diagnóstica aún es mayor debido a la escasa presencia de células malignas en el tumor, estando el componente mayoritario constituido por células inflamatorias, por lo que es posible una similitud histológica con algunos procesos infecciosos e inflamatorios, sobre todo en los pacientes pediátricos". Argumento al que añaden que "la sospecha diagnóstica final del Servicio de Reumatología del Hospital "A" de sarcoidosis en remisión entra dentro de los diagnósticos diferenciales del linfoma de Hodgkin".

En definitiva, nos hallamos ante un supuesto de evidente complejidad diagnóstica resuelta con premura en favor de una opción terapéutica inmediata ante un escenario ciertamente de la máxima gravedad, pero sustentada en criterios anatomopatológicos y en el que debe tenerse en cuenta, en todo caso, la situación de riesgo vital que presentaba el menor en el momento en que se muestra la sintomatología, pues existía "afectación de la vía aérea"; aspecto clínico que llamativamente omite el informe pericial de parte. La justificación médica del diagnóstico de linfoma en ese momento inicial, alcanzada con base en los hallazgos de las pruebas realizadas (biopsia y pruebas de imagen), no ha sido refutada por los reclamantes, avalando la señalada dificultad la falta de diagnóstico alternativo por parte de los hospitales madrileños y aragoneses a los que se remitió la biopsia.

En consecuencia, resulta acreditado el empleo de todos los medios necesarios, tanto propios como ajenos -en cuanto pertenecientes a otros centros-, a fin de alcanzar un diagnóstico definitivo en el menor tiempo posible, sin que se atisbe, o se haya alegado con la debida fundamentación científica, la infracción de *lex artis* vinculada a un diagnóstico inicial finalmente descartado. Al respecto, tampoco encuentra contestación u oposición por parte de los reclamantes la afirmación efectuada por el Servicio afectado de que "todas las exploraciones y pruebas complementarias realizadas, incluida la biopsia de

cavum, fueron necesarias para el mejor estudio y manejo del cuadro clínico y siguieron los pasos de la práctica clínica habitual”, y a la que se suma la de la “corrección y diligencia” en la actuación para evitar toda demora que pudiera perjudicar al paciente, siguiéndose “los protocolos establecidos para el estudio de este tipo de casos”, añadiendo “un plus de seguridad para el paciente” derivado de la inclusión en el “estudio multicéntrico europeo” que motivó la intervención de otros centros nacionales en el diagnóstico.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

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.