

Dictamen Núm. 24/2023

**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*

Secretaria:  
*de Vera Estrada, Paz,*  
Letrada Adjunta a la Secretaría  
General

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 9 de febrero de 2023, 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 31 de agosto de 2022 -registrada de entrada el día 2 de septiembre de ese mismo año-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños que atribuye al error en el diagnóstico y tratamiento de un cáncer de páncreas.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 3 de diciembre de 2021, la interesada presenta a través del Registro Electrónico una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que atribuye a la asistencia sanitaria recibida.

Expone que fue diagnosticada en febrero de 2020 de “neoformación de cabeza de páncreas reseccable en relación con ictericia obstructiva secundaria”, colocándosele una prótesis metálica para resolver esto último e iniciando “tratamiento neoadyuvante consistente en quimioterapia e inclusión en lista de

espera (...) para posterior tratamiento quirúrgico". Precisa que "el primer ciclo, suministrado el 30 de abril, estaba incompleto porque tenía ausente el 5-fluorouracilo".

Indica que tras los resultados del tac realizado el 26 de junio de 2020 fue "desestimada (...) como candidata a tratamiento quirúrgico con intención curativa", lo que le obligó "a buscar una segunda opinión".

A juicio de la reclamante, el Hospital "X", en colaboración con el Hospital "Y", "sobre la base de un error en la interpretación de las pruebas practicadas y defectuoso diagnóstico", decidió que "el tumor de páncreas que padecía resultaba incurable y no era candidata a tratamiento curativo de ningún tipo", lo que califica como "desahucio médico". Añade que a raíz de estos hechos solicitó una segunda opinión en un centro privado que ha demostrado "que el tumor pancreático era resecable" y que "el tratamiento ha sido realizado con éxito".

Solicita una indemnización de ciento treinta y seis mil novecientos cincuenta euros con noventa y cuatro céntimos (136.950,94 €) en concepto de gastos hospitalarios, pruebas diagnósticas, honorarios médicos y tratamientos; gastos derivados del alojamiento y desplazamiento de sus familiares durante su estancia en el centro privado; daños morales de la interesada y "perjuicio moral por pérdida de calidad de vida" de sus familiares.

Adjunta diversa documentación médica relativa al proceso de referencia, el informe pericial elaborado por un especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo el 18 de octubre de 2021, un informe de valoración del daño corporal y facturas de la asistencia recibida en un centro privado y de los gastos de alojamiento y desplazamiento.

**2.** Mediante escrito de 30 de diciembre de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la perjudicada 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.

**3.** El día 18 de febrero de 2022, la interesada presenta un escrito en el que advierte de la existencia de “un error material” en su reclamación “al omitir (...) documentos que sí aparen listados en el índice” relativo a un bloque documental”, por lo que adjunta los mismos, consistentes en facturas de gastos médicos, de alojamiento y de transporte enunciados en el escrito inicial.

**4.** Previa petición formulada por la Instructora Patrimonial, el 17 de febrero de 2022 el Gerente del Área Sanitaria V le remite un CD que contiene una copia de la historia clínica de la paciente y del informe emitido por la Facultativa Especialista de Área de Oncología Médica que la atendió. En él explica que “para la administración del 5 fluorouracilo en infusión continua ambulatoria de 48 horas se requería de la colocación de un reservorio subcutáneo” que es colocado por el Servicio de Cirugía Vasculuar “de manera programada”, por lo que para no demorar el inicio de la quimioterapia “se planteó a la paciente comenzar al día siguiente (...) con el primer ciclo de quimioterapia con Oxaliplatino e Irinotecán, fármacos activos frente al adenocarcinoma de páncreas, sin la infusión de 5-fluorouracilo que se incorporó al tratamiento a partir del 2.º ciclo”.

Añade que ante el empeoramiento radiológico y una vez rechazada la opción quirúrgica “se le planteó a la paciente una nueva línea de tratamiento sistémico. Aunque la quimioterapia por sí sola no tiene un potencial curativo en el adenocarcinoma de páncreas, en todo momento se contempla la reevaluación tras la misma y la posibilidad de subsiguientes tratamientos locales según respuesta, ya sean quirúrgicos o de radioterapia”. Y afirma que “fueron varios los intentos de contactar” con la enferma a “fin de plantear las diferentes opciones terapéuticas”, lo que “nunca fue posible por no presentarse a nuestras citas”.

**5.** A continuación, obra incorporado al expediente un informe pericial emitido el 2 de abril de 2022 a instancias de la compañía aseguradora por dos especialistas, uno de ellos en Oncología Médica y el otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo. En él se revisa el curso clínico de la paciente y se formulan

una serie de consideraciones médicas sobre el adenocarcinoma ductal de páncreas y su tratamiento, concluyendo que la decisión adoptada por el Comité de Tumores de continuar con el tratamiento quimioterápico de segunda línea “es acertada y demuestra que en ningún momento ha habido abandono de la paciente ni inobservancia del deber de cuidado. Se han planteado, en cada momento, las mejores opciones terapéuticas según su evolución, respuesta clínica y radiológica”.

Añaden que tras la operación realizada en el centro hospitalario privado el 12 de enero de 2021 “la paciente presenta una sospecha de recidiva precoz y progresión de la enfermedad con visualización de metástasis hepáticas múltiples en un tac abdominal realizado a los tres meses de la intervención (...). Desafortunadamente, el tratamiento quirúrgico realizado” en el centro privado, “acepando los riesgos de la morbimortalidad que finalmente se materializaron, no ha supuesto ninguna expectativa ni mejora en la supervivencia de la paciente. Por este motivo no se aconseja su realización dentro del sistema público de salud”. Es por ello que “la decisión tomada por los profesionales” del Servicio de Salud del Principado de Asturias “no ha supuesto ningún daño ni pérdida de oportunidad diagnóstica ni terapéutica, ni minoración de su pronóstico vital en términos de supervivencia esperada”.

**6.** Mediante escrito de 16 de junio de 2022, la Jefa de la Sección de Apoyo comunica a los herederos de la perjudicada que teniendo constancia de su fallecimiento el 2 de abril de 2022 pueden subrogarse en la reclamación presentada, concediéndoles un plazo de diez días para acreditar la existencia de la comunidad hereditaria y su composición.

El día 8 de julio de 2022, el esposo e hijos de la finada presentan un escrito en el que manifiestan su intención de subrogarse en la reclamación presentada por aquella.

Adjuntan el certificado de últimas voluntades y el testamento de su familiar.

**7.** Con fecha 25 de julio de 2022, se notifica a los interesados la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

El 11 de agosto de 2022, presentan estos un escrito de alegaciones en el que dan por reproducidas las contenidas en la reclamación inicial. Señalan que mientras el tac realizado el 26 de junio de 2020 “evidenció una progresión de la enfermedad” y que con base en ello “se toma la decisión de no intervenir y no aplicar ningún procedimiento curativo (...), en los informes de la segunda opinión (...) se descarta tal progresión de la enfermedad, poniéndose de manifiesto que hubo un error de diagnóstico en el informe de la prueba” efectuada por el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Sostienen que “todos los tratamientos recibidos y la intervención quirúrgica fueron sufragados” por la perjudicada, “lo que no tendría que haber sucedido de haberse informado correctamente el tac de 26 de junio de 2020”, pues en ese caso se habría mantenido a la paciente en la lista de espera quirúrgica y le habrían realizado la intervención “por cumplir las condiciones para ello”.

**8.** Con fecha 22 de agosto de 2022, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella suscribe las conclusiones alcanzadas por los especialistas que informan a instancias de la entidad aseguradora y afirma que “la asistencia ha sido en todo momento acorde a la *lex artis ad hoc*, no objetivándose nexo causal entre la actuación médica” del Servicio de Salud del Principado de Asturias “y los daños reclamados que corresponden a la progresión e historia natural del cáncer de páncreas”.

**9.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 31 de agosto 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), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron. En esta pretensión resarcitoria se subrogan, por fallecimiento de la reclamante, su esposo e hijos -aportan testamento abierto otorgado ante notario-, pues de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.3 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), los derechohabientes del interesado le sucederán tratándose de una "relación jurídica transmisible (...), cualquiera que sea el estado del procedimiento".

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 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 reclamante atribuye los daños sufridos al hecho de que el sistema público sanitario no consideró que fuese tributaria de tratamiento quirúrgico, al calificar como “inoperable” el cáncer que padecía; decisión que a su juicio “fue errónea y equivocada”. Debido a ello acude a un centro hospitalario privado en busca de una segunda opinión que entiende procedente la operación desestimada en la sanidad pública -duodenopancreatectomía-. Por tanto, presentada la reclamación con fecha 3 de diciembre de 2021, y habida cuenta de que la cirugía controvertida se realizó el 12 de enero de 2021, 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 al entender la interesada que tanto el diagnóstico de tumor irreseccable como el tratamiento paliativo prescrito fueron incorrectos, y que ello en un contexto de pérdida de confianza en el sistema sanitario público le abocó a acudir a la medicina privada; amén de ocasionarle daños morales a ella y a sus familiares.

Como se deduce de la documentación obrante en el expediente, la perjudicada falleció sin haber recaído resolución expresa. Si bien su familia la ha sucedido en la reclamación, conviene dejar sentado que la sucesión procesal se ha realizado por los actuales interesados en los términos planteados por ella en su escrito inicial.

Constatada la efectividad del daño sufrido en lo que atañe a los gastos sufragados -mediante las correspondientes facturas-, se observa que la pretensión ejercitada es de responsabilidad patrimonial y no de reintegro de gastos. La acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria se contempla expresamente en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización, conforme al cual "En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción". Sobre los requisitos enunciados, analizados entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:1196- (Sala de lo Social, Sección 1.ª), no resulta necesario profundizar más habida cuenta de que en el supuesto que nos ocupa

la reclamante ha optado por formular una reclamación de responsabilidad patrimonial y persigue el resarcimiento del quebranto económico derivado del hecho de haber acudido a la sanidad privada ante una pérdida de confianza en el servicio público, a lo que acumula el daño moral derivado de la angustiosa situación vivida.

Ahora bien, la estimación de la presente reclamación de responsabilidad patrimonial -comprensiva del importe de los gastos sanitarios satisfechos- debe quedar sometida al cumplimiento de los requisitos generales de este tipo de reclamaciones. Entre ellos, es patente que la mera constatación de un perjuicio surgido en el curso de la actuación del servicio público sanitario no implica, sin más, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

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 la reclamante 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. Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento, 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 alcanzar el diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados.

También ha subrayado este Consejo (entre otros, 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 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.<sup>a</sup>).

En el supuesto planteado consta acreditado en el expediente que la perjudicada fue diagnosticada de un adenocarcinoma de páncreas, estadio cT3 N0 M0 en el mes de abril de 2020, recibiendo tres ciclos de quimioterapia. En junio de 2020 el Comité de Tumores decide la no intervención al considerar el tumor irreseccable, y en julio de ese mismo año la interesada solicita una segunda opinión en un centro hospitalario privado, donde tras realizársele las pruebas oportunas se considera el tumor "potencialmente reseccable", por lo que es intervenida el 12 de enero de 2021 practicándosele una duodenopancreatectomía, siendo alta el 18 de enero de 2021. Según consta en los informes remitidos, a los pocos meses la paciente presenta recidiva en forma de metástasis hepáticas, falleciendo el 2 de abril de 2022.

La reclamante imputa a la Administración sanitaria un “diagnóstico erróneo (...) lo que conllevó la decisión de no aplicar tratamiento quirúrgico con intención y finalidad curativa”, motivando “la necesidad de solicitar una segunda opinión médica” ante “el desahucio” sufrido. Este Consejo ya se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre las circunstancias en las que la pérdida de confianza en el sistema público resulta legítima y, por tanto, puede dar lugar al reembolso de esos gastos privados. Así, ha manifestado (por todos, Dictámenes Núm. 56/2013 y 51/2021) que para considerar legítimo el abandono del servicio público sanitario hemos de atender a consideraciones objetivas y subjetivas. En primer lugar, “desde el punto de vista objetivo, ha de constatarse la existencia de una infracción trascendente de la *lex artis* en el proceso diagnóstico o asistencial que justifique objetivamente esa pérdida de confianza, y ha de quedar igualmente acreditado que esa infracción de la *lex artis* es susceptible de producir un daño cierto en la salud del paciente, en sus posibilidades de curación o en su esperanza de vida, para lo cual hemos de efectuar un juicio de regreso sobre la entidad de la patología finalmente diagnosticada (...). De otra parte, desde el punto de vista subjetivo, ha de apreciarse que el paciente actúa de buena fe, ejerciendo una opción condicionada por las circunstancias del caso, sin que se perciba un ánimo premeditado de abandonar el servicio público invocando la desconfianza como pretexto para endosar el coste de su libre elección a la Administración pública y justificar la exigencia posterior de una reparación del daño patrimonial sufrido. Y para ello hemos de valorar si la desconfianza generada pudo haber sido resuelta en el seno del propio servicio público por los cauces habituales”.

Pues bien, en el presente caso la infracción de la *lex artis ad hoc* se articula sobre diversos errores médicos que -a juicio de la reclamante- se habrían sucedido durante la asistencia recibida en el Hospital “X”. En primer lugar, en el informe pericial de parte se afirma que el tratamiento quirúrgico fue desestimado “sin considerar otras opciones, como la discusión del caso en el Comité de Tumores Digestivos (...) o la posibilidad de realización de una laparotomía exploradora electiva para evaluar resecabilidad de la neoplasia maligna”. Al

respecto, debe significarse que es manifiestamente falso que el Comité de Tumores no analizase el caso de esta paciente, puesto que en las notas de progreso se deja constancia de las sesiones en las que se discutió y valoró la estrategia terapéutica más adecuada para la enfermedad que sufría (folios 66 y siguientes de la historia Selene). Sobre el hecho de no haber realizado una laparotomía y/o laparoscopia de estadificación, los especialistas que informan a instancia de la compañía aseguradora de la Administración explican que “esta forma de actuar es obsoleta”, aconsejándose en la actualidad para el estadiaje tumoral “el tac abdominal trifásico (como el realizado a la paciente) puesto que se ha demostrado una mayor tasa de precisión sin necesidad de la cirugía y sus riesgos”. Y añaden que “la cirugía se descarta para la estadificación del cáncer de páncreas por su escaso valor de reseccabilidad, tan solo es útil para descartar carcinomatosis y/o tumores en el cuerpo y cola del páncreas”. Concluyen que “la indicación del tratamiento neoadyuvante y posterior reevaluación de cirugía es totalmente correcta, adecuada y acorde a las guías y recomendaciones internacionales”.

Respecto a la falta de administración de un agente quimioterápico (5-fluorouracilo) durante el primer ciclo del tratamiento realizado el 30 de abril de 2020, la Facultativa Especialista de Área de Oncología Médica que atendió a la paciente explica que la administración “requería de la colocación de un reservorio subcutáneo (...) de manera programada” por el Servicio de Cirugía Vascular, por lo que para no demorar el inicio de la quimioterapia “se planteó a la paciente comenzar al día siguiente (...) con el primer ciclo de quimioterapia con Oxaliplatino e Irinotecán, fármacos activos frente al adenocarcinoma de páncreas, sin la infusión de 5-fluorouracilo que se incorporó al tratamiento a partir del 2.º ciclo”. En todo caso, como se indica en el informe pericial que aporta la Administración sanitaria, la “falta de administración del 5-fluorouracilo durante el primer ciclo de quimioterapia neoadyuvante no supone una conducta incorrecta ni una pérdida de oportunidad terapéutica, ni tiene un impacto significativo en la supervivencia de la paciente”; extremo que no ha sido refutado durante el trámite de audiencia.

En cuanto a la decisión del Comité de Tumores del día 1 de julio de 2020 de descartar tratamiento quirúrgico con intención curativa, el perito que informa a instancia de parte sostiene que “la afectación de la vena mesentérica inferior no es contraindicación” para el “tratamiento quirúrgico (...), siempre y cuando pueda ser reconstruida”. Sin embargo esta afirmación resulta incongruente con sus propias consideraciones médicas, en las que señala como criterio de irresecabilidad “la afectación (más de la mitad de la circunferencia del vaso) o la oclusión/trombo de la arteria mesentérica superior”. En el caso examinado, esta es precisamente la situación que padecía la paciente según los hallazgos del tac de reevaluación realizado el 26 de junio de 2020, en el que se objetivó “discreto crecimiento de la masa situada en cabeza pancreática, actualmente contacta con la vena mesentérica mayor en un 50 % de su circunferencia, y la vena presenta una discreta deformidad a este nivel lo que es altamente sugestivo de infiltración, de hecho ha empeorado respecto a estudio previo” (folio 31 de la historia Selene). Al respecto, si bien en febrero de 2020 el padecimiento se diagnostica como “neoformación de cabeza de páncreas resecable en relación con ictericia obstructiva secundaria”, tras la inmediata administración de un tratamiento quimioterápico y el resultado de las pruebas posteriores de reevaluación (en particular, el tac realizado el 26 de junio de 2020), los autores del informe pericial que presenta la Administración sanitaria defienden la decisión del Comité de Tumores, considerando que el “criterio de irresecabilidad es claro” y “la decisión es totalmente acertada y acorde a las recomendaciones y práctica habitual”. Y destacan que la intervención “no se descarta porque no pueda ser resecable o inoperable, sino porque el riesgo de la intervención y sus potenciales complicaciones (mortalidad del 3 % y una morbilidad del 40-50 %) es muy alto sin existir un beneficio potencial de supervivencia esperada con la extirpación de la tumoración”.

Se insiste en la reclamación con base en el informe pericial que se adjunta en el hecho de que “la resección quirúrgica” en el centro privado “con la ausencia de infiltración de márgenes quirúrgicos muestra que el tumor fue resecable de manera oncológica en el momento de la intervención”. Sin

embargo, tal y como informan los especialistas de la entidad aseguradora, aparte de los riesgos y consideraciones señaladas con anterioridad, “en la documental no se aporta el protocolo quirúrgico por lo que no podemos evaluar los hallazgos intraoperatorios”, y además el perito que informa a instancia parte “no menciona ninguna complicación posquirúrgica (ascitis secundaria a una grave estenosis portal) ni tampoco la existencia de progresión sistémica de la enfermedad con la confirmación de metástasis hepáticas múltiples a los tres meses” de la operación.

Pues bien, a la vista de lo expuesto queda patente que la decisión adoptada en la sanidad pública de no llevar a cabo la intervención fue acertada, teniendo en cuenta el resultado de la evolución del tumor, los riesgos que suponía para la paciente y las reducidas probabilidades de éxito que ello podía implicar en el pronóstico de la enfermedad. Al respecto, resulta significativa la abundante literatura médica citada en el informe pericial elaborado por la compañía aseguradora de la Administración, en el que se advierte que esta cirugía no está recomendada en la sanidad pública por las tasas considerablemente más altas de morbilidad posoperatoria y mortalidad; datos que en ningún momento han sido confrontados por la reclamante.

Así, si bien es cierto que en el centro privado se opta finalmente por realizar la duodenopancreatectomía a la paciente, no ha quedado acreditado que esta cirugía le haya supuesto una mejora en su calidad de vida ni en sus expectativas de supervivencia; máxime cuando lamentablemente fallece el 2 de abril de 2022; es decir, al año de someterse a la operación. En consecuencia, no es posible apreciar la pérdida de oportunidad terapéutica invocada por la reclamante.

En todo caso, cabe señalar que la intención inicial era someter a la enferma a una cirugía con intención curativa, y así lo demuestra el hecho de que fuese incluida en la lista de espera quirúrgica antes de la finalización del tratamiento quimioterápico neoadyuvante (folio 66 de la historia Selene), aunque finalmente la progresión del tumor frustrase este objetivo. Lo expuesto no hace sino reafirmar el despliegue terapéutico ofrecido a la paciente; sin perjuicio de

que no se pudiese llevar a cabo al tratarse de “una intervención de alto riesgo y que no va a provocar un aumento de su supervivencia esperada según la literatura médica publicada y la evidencia disponible”, tal y como razonan los especialistas que informan a instancias de la compañía aseguradora.

En consecuencia, es evidente que el servicio público sanitario se ajustó a los criterios y protocolos aplicables, y ni siquiera *ex post* se sostiene que la decisión de no intervenir a la paciente y continuar con el tratamiento quimioterápico de segunda línea, adoptado colegiadamente con base en criterios técnicos, fuera erróneo o equivocado. Al contrario, no ha quedado demostrado que la duodenopancreatectomía a la que se sometió a la enferma en el centro privado le repercutiese beneficio alguno, pues como ya hemos indicado desgraciadamente fallece el 2 de abril de 2022; es decir, un año después de ser intervenida.

Sobre el desahucio médico que la perjudicada manifiesta haber sufrido, la especialista de la Sección de Oncología del Hospital “X” explica que ante el empeoramiento radiológico y una vez rechazada la opción quirúrgica “se le planteó (...) una nueva línea de tratamiento sistémico. Aunque la quimioterapia por sí sola no tiene un potencial curativo en el adenocarcinoma de páncreas, en todo momento se contempla la reevaluación tras la misma y la posibilidad de subsiguientes tratamientos locales según respuesta, ya sean quirúrgicos o de radioterapia”. Y afirma que “fueron varios los intentos de contactar” con ella a “fin de plantear las diferentes opciones terapéuticas”, lo que “nunca fue posible por no presentarse a nuestras citas”. En efecto, en el informe del Servicio de Oncología de 28 de julio de 2020 consta que se ofreció a la paciente “tratamiento de quimioterapia de segunda línea con doblete de Gemcitabina pendiente de decisión terapéutica por parte de la paciente” (folio 38 del expediente), lo que a la vista de los hechos fue rechazado por la perjudicada, que decidió solicitar una segunda opinión en un centro hospitalario privado. En este punto los especialistas que informan a instancia de la entidad aseguradora de la Administración insisten en que “se han planteado, en cada momento, las mejores opciones terapéuticas según su evolución, respuesta clínica y

radiológica, siendo informada de forma clara y con detalle de los hallazgos de las pruebas y de las alternativas terapéuticas”.

Se reprocha también una supuesta demora en la información de los resultados del tac efectuado el 26 de junio de 2020, que según el perito de la interesada “supuso ganancia de incertidumbre y pérdida de tiempo para la realización de una segunda opinión clínica”. Sobre este punto en el escrito de alegaciones se indica que “habría transcurrido un mes desde el momento en que se comunica la decisión de no aplicar tratamiento curativo y se produce la confirmación de dicha decisión”. Sin embargo, la familia reconoce en las alegaciones presentadas que el mismo día en que se practicó el tac -26 de junio de 2020- “se recibe la llamada” de la doctora “en la que por primera vez se informa a la familia de la progresión de la enfermedad que resulta del tac realizado, la irresecabilidad del tumor y que no se le aplicaría ningún tratamiento curativo”. Por tanto, en esa fecha tanto la paciente como su familia eran conocedores del resultado de la prueba de imagen y del pronóstico de la enfermedad, de modo que ya desde ese momento disponían de la información necesaria para en su caso haber solicitado una segunda opinión, no apreciándose ninguna demora en la comunicación de los resultados.

En suma, en la actuación médica no se aprecia error, mala praxis ni demora asistencial que justifique una pérdida de confianza resarcible, mostrándose que la evolución y posterior fallecimiento de la perjudicada es consecuencia de la letalidad del tumor que padecía y no de la atención dispensada por el servicio público sanitario, que se desarrolló de forma continuada y avalada con criterios técnico-médicos en cada fase de su progresión. Por ello, el daño invocado, en tanto que deriva de su decisión voluntaria de acudir a la medicina privada, ha de ser soportado por ella -en este caso por sus herederos, que la han sucedido en la reclamación presentada-.

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,