

Dictamen Núm. 91/2020

**V O C A L E S :**

*Sesma Sánchez, Begoña,*  
Presidenta  
*González Cachero, María Isabel*  
*Iglesias Fernández, Jesús Enrique*  
*Menéndez Sebastián, Eva María*  
*García García, Dorinda*

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 30 de abril de 2020, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor 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 30 de septiembre de 2019 -registrada de entrada el día 4 de octubre de 2019-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños derivados del fallecimiento de un familiar a causa del diagnóstico tardío de un tumor renal.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 9 de noviembre de 2018, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial deducida por la madre y los descendientes de una paciente fallecida a causa de un carcinoma renal diagnosticado tardíamente.

Reseñan que acudió a su centro de salud el día 5 de julio de 2016 por un fuerte dolor en el costado derecho, y que volvió a consulta otros días del mismo mes y más tarde en diciembre (cuando es diagnosticada de lumbalgia); consultó de nuevo en marzo de 2017 (se le detecta anemia), en abril del mismo año, en mayo (en el Servicio de Urgencias del Hospital ..... se le diagnostica lumbociática), en junio (siendo derivada a Urgencias por "anemia ferropática" con incapacidad para la deambulación y dificultad para respirar) y el 26 de junio (se le practica gastroscopia y colonoscopia "normales"), hasta que el 28 de junio de 2017 se le realiza una tomografía computarizada toracoabdominal en la que se aprecia que "en el riñón izquierdo hay una gran masa tumoral que infiltra gran parte del polo inferior (...) con múltiples adenopatías locorreionales de gran tamaño. Gran metástasis lítica en la décima costilla derecha (...). Varias vértebras dorsales presentan alteración (...) de aspecto metastásico (...). Además, hay metástasis óseas". Precisan que el 30 de junio de 2017 se informa biopsia como metástasis de carcinoma de células renales de alto grado, y el 6 de julio se descarta la opción quirúrgica, derivándola a cuidados paliativos.

Reparan en que "el 11-07-2017 en un informe de Medicina Interna se hace referencia al cuadro de fiebre y dolor en el tórax que tuvo en junio de 2016 y que desde entonces ha tenido dolor de forma prácticamente constante sacrolumbar con irradiación a piernas". Reflejan que la paciente recibe tratamiento oncológico paliativo a partir del 19 de julio de 2017, "siendo exitus el 13-11-2017".

Argumentan que su familiar "falleció de un cáncer renal o carcinoma renal estadio IV tras metástasis óseas en múltiples localizaciones", y que estuvo "durante los 12 meses previos a su detección verificando innumerables consultas en el centro de salud y Servicio de Urgencias" del Hospital ..... "por dolor en hemitórax derecho, habiéndole sido diagnosticado en todas ellas una lumbalgia o lumbociatalgia (...). A pesar de la reiteración de las consultas y de la mala evolución de la paciente, las radiografías de tórax, abdomen y columna y ecografía abdominal no hallaron hallazgos significativos, sin haberse solicitado

pruebas complementarias” cuando “de haber llevado a cabo un diagnóstico más precoz hubiera sido posible un tratamiento quirúrgico, y la probabilidad de supervivencia de la paciente habría sido superior”.

Fijan el *quantum* indemnizatorio en ciento sesenta mil trescientos setenta y cinco euros (160.375 €), de los cuales 50.125 € corresponderían a la madre de la fallecida y a cada uno de sus dos hijos y 10.000 € a la nieta, con la reducción prudencial que se reseña “atendiendo a la tasa de supervivencia en mujeres de 45 a 54 años”.

Se adjunta el informe pericial emitido por un especialista en Medicina Legal y Forense y en Valoración del Daño Corporal. En él se indica que el “carcinoma renal (...) representa el 2 % - 3 % de todos los cánceres y (...) alrededor del 90 % de todos los tumores renales malignos”, y se pone de manifiesto que debido “a la mayor detección de tumores mediante técnicas de imagen, como ecografía y tomografía computarizada, el número de (carcinomas renales) diagnosticados de forma fortuita ha aumentado, siendo más del 50 % los (...) que se detectan de manera casual al estudiar otra sintomatología y otras enfermedades abdominales. Muchos tumores renales son asintomáticos y hasta el final de la enfermedad no son palpables. En algunos pacientes el primer síntoma es el de la afectación metastásica, como dolor óseo o tos persistente (...). Los síntomas clásicos, dolor en fosa renal, hematuria macroscópica y masa abdominal palpable, solo aparecen en el 6 % - 10 % de los casos”.

Sobre el supuesto concreto, señala que se trata de una mujer “diagnosticada a la edad de 50 años de un carcinoma de células renales estadio IV” que es “el grado más avanzado del cáncer renal”, y que “a pesar de la reiteración de las consultas y la mala evolución de la paciente, aparte de las radiografías convencionales de tórax, abdomen y columna, y una ecografía abdominal, no se solicitaron otras pruebas complementarias, como TC o RM, para hacer otros diagnósticos diferenciales que descartaran patología a nivel de la pared torácica y de la columna vertebral lumbar”. Refiere que, “aunque muchos tumores renales son asintomáticos y no se palpan hasta las últimas

fases de la enfermedad, alrededor del 30 % de los pacientes con cáncer de células renales presentan síntomas paraneoplásicos”, e identifica “a lo largo de los 14 meses que preceden al diagnóstico (...) varios de estos síntomas: fiebre, pérdida de peso, velocidad de sedimentación globular elevada (...), PCR elevada en sangre y anemia”. Se detiene en la pérdida de peso, observando que “desde marzo de 2016, cuando la paciente pesaba 114 kg, a julio de 2017, donde figura (...) un peso de 83,4 kg, se cuantifica una pérdida de peso de 30,6 kg. Sorprende que esta pérdida de peso tan significativa no haya sido considerada”, aludiendo también a la cifra de hemoglobina y la hematuria, “que debía haber motivado una evaluación nefrourológica para descartar una enfermedad renal o del tracto urinario”. En relación con la lumbalgia, subraya “la existencia de varios signos de alarma que orientan hacia el posible origen del dolor lumbar”, concluyendo que “debido a la existencia de varios de estos signos de alarma y a la mala evolución de la lumbalgia, unido a las consultas por el dolor (...), se debería haber descartado patología grave (...) mediante la realización de TC o gammagrafía ósea”.

Finalmente, considera que “hay suficientes datos en la historia clínica para haber llegado a un diagnóstico más precoz”, y subraya que “según el estudio Eurocare-5 la supervivencia relativa a 5 años en mujeres de 45 a 54 años en el carcinoma renal es de 75,2 %”, precisando que hay estudios que “demuestran una mayor supervivencia en aquellos pacientes que se someten a tratamiento quirúrgico del carcinoma renal metastásico”. Deduce que “queda patente una falta de diligencia en el diagnóstico de la paciente (...) condicionando las opciones terapéuticas y limitando de forma clara su supervivencia”.

**2.** Requeridos los reclamantes para que acrediten la legitimación con la que comparecen, el 28 de noviembre de 2018 presentan estos la documentación acreditativa del parentesco que les vincula con la fallecida y de la filiación de la nieta, menor de edad, en cuyo nombre reclama su padre.

**3.** Mediante oficio de 4 de diciembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento aplicables, el plazo de resolución y el sentido del silencio administrativo.

**4.** Con fecha 17 de diciembre de 2018, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto solicita a la Gerencia del Área Sanitaria IV una copia de la historia clínica de la paciente y los informes de los Servicios intervinientes.

El día 7 de febrero de 2019, el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV le traslada una copia de la historia clínica, tanto de Atención Primaria como de Atención Especializada, en formato electrónico, así como los informes solicitados.

En el informe emitido por la Médica de Familia de Atención Primaria del centro de salud de la fallecida, fechado el 25 de enero de 2019, se recoge que acude en un total de veintidós ocasiones entre los días 22 de agosto de 2011 -por dorsalgia- y 21 de junio de 2017 -en que se la deriva al Hospital ..... "por debilidad general"-; episodios que podrían guardar relación con el proceso que ahora interesa. Destacan numerosas consultas por lumbalgia que lleva a que se le practiquen diversas pruebas a la paciente cuyos resultados se reflejan. Afirma que en todo momento se ha actuado "conforme a las pautas, normas y protocolos inherentes a la praxis médica correspondiente a un médico de familia, sin que sea posible apreciar la menor irregularidad, error diagnóstico y ninguna otra equivocación al respecto".

En el informe emitido por el Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias del Hospital ....., de 4 de enero de 2019, se indica que la paciente fue atendida por dicho Servicio "en el mes de julio de 2016 por un cuadro de dolor en hemitórax-hipocondrio derechos para el que se realizaron pruebas complementarias y estudios de imagen, que incluían radiología simple de tórax/abdomen y ecografía abdominal donde no se objetivaron causas evidentes del origen de su cuadro clínico. Tras su mejoría con analgésicos y

antiinflamatorios se le revisó en dos ocasiones consecutivas en cuatro días./ Ocho meses después, en marzo de 2018 (*sic*), acudió de nuevo refiriendo un cuadro de lumbalgia con irradiación (...). Se realizó una radiografía simple de columna lumbosacra y se interpretó como una lumbociatalgia de características mecánicas, eligiéndose una estrategia terapéutica de control sintomático y seguimiento por su médico correctamente orientada a la sospecha diagnóstica./ Tres meses después, en junio de 2017, acudió de nuevo derivada por su médico e ingresó en el Servicio de Medicina Interna para estudio, alcanzándose el diagnóstico de la enfermedad que produjo el fatal desenlace (...). La pérdida de oportunidad a la que hacen referencia en la reclamación no puede ser achacable a los episodios en los que recibió asistencia urgente en el Servicio de Urgencias. Las características del tipo de asistencia que prestamos nos hacen responsables de solucionar las manifestaciones agudas y/o urgentes de la enfermedad. Un cuadro larvado e insidioso como el que la paciente presentaba y que frecuentemente tiene origen multifactorial es difícil de filiar si no se realiza un seguimiento y valoración de la evolución de la sintomatología”.

El Director de la Unidad de Gestión Clínica de Medicina Interna del mismo centro informa, el 18 de enero de 2019, sobre las pruebas realizadas a la paciente en las fechas en que estuvo hospitalizada en su servicio, entre los días 21 de junio y 18 de julio de 2017, y advierte que “se le practicaron los estudios pertinentes para establecer el diagnóstico de neoplasia renal estadio IV”, siendo derivada a los Servicios de Oncología Médica y Radioterápica.

**5.** Con fecha 24 de abril de 2019 emite informe una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal, a instancia de la compañía aseguradora de la Administración. En él se aprecia que la paciente “presentó clínica errática, separada en el tiempo e inespecífica a lo largo de los meses, sin que en las diferentes consultas se hiciera mención de posibles signos de alarma, como eran la pérdida de peso, la fiebre, la astenia. En cada una de las asistencias médicas, tanto en el centro de salud como en el Servicio de Urgencias” del Hospital ..... “se actuó de manera adecuada, acorde con protocolos./ El

diagnóstico de carcinoma renal no es fácil y se debe tener alto grado de sospecha, motivo por el cual su diagnóstico suele ser tardío en un porcentaje elevado de los casos. Con alta probabilidad ya en un primer momento presentó clínica asociada a enfermedad metastásica, el estadiaje, a pesar del retraso en el diagnóstico, no hubiese variado y la opción quirúrgica como tratamiento de la enfermedad no estaba indicada. No existió pérdida de oportunidad según tablas de supervivencia para el Ca. renal avanzado”.

**6.** Evacuado el trámite de audiencia mediante oficio notificado a los interesados el 17 de junio de 2019, estos solicitan ese mismo día examinar el expediente y obtener copias del mismo, designando para ello a dos representantes.

Mediante oficio de 24 de junio de 2019 el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas les remite una copia íntegra del expediente, concediéndoles un nuevo plazo para la presentación de alegaciones.

Asimismo, les comunica que para que las personas designadas actúen como representantes suyos en este procedimiento ha de acreditarse la representación por cualquier medio válido en derecho.

Una de las reclamantes otorga escritura pública de apoderamiento el día 21 de junio de 2019, incorporándose al expediente una copia de la misma.

**7.** El día 18 de julio de 2019 los reclamantes presentan un escrito de alegaciones en el que se ratifican en el contenido de su reclamación, y añaden que “importa destacar la ausencia en el expediente del informe preceptivo de la Inspección Médica del servicio de Salud (...). Sin la puesta de manifiesto de dicho informe las alegaciones resultarían incompletas, causándonos indefensión el trámite de audiencia”.

**8.** Mediante oficio de 12 de agosto de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a los interesados que “se ha procedido a incorporar al expediente todos los informes preceptivos, de

acuerdo con lo dispuesto en el artículo 81 de la Ley 30/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. No se ha procedido a incorporar el informe de la Inspección Médica al no tener este carácter preceptivo”, concediéndoles un nuevo plazo para alegaciones.

**9.** Con fecha 4 de septiembre de 2019, presentan los reclamantes un segundo escrito de alegaciones en el que se reiteran en su pretensión y aclaran, respecto al informe de la Inspección Médica, que no consta en el expediente y que “si en el futuro apareciese (...) se nos estaría causando indefensión”.

**10.** El día 13 de septiembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio al entender que “ni la clínica ni las exploraciones complementarias mostraron indicios de la existencia de una tumoración renal. Se actuó conforme a la sintomatología que presentaba la paciente. Una detección más precoz no habría mejorado el pronóstico. Con alta probabilidad ya en un primer momento presentó clínica asociada a enfermedad metastásica. El estadiaje, a pesar de retraso diagnóstico, no hubiese variado y la opción quirúrgica como tratamiento de la enfermedad no estaba indicada. No existió pérdida de oportunidad según las tablas de supervivencia para cáncer renal avanzado”.

**11.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de septiembre de 2019, 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 R.P. ...., 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 9 de noviembre de 2018, y deducida por los daños derivados de un fallecimiento que tiene lugar el 13 de noviembre de 2017, 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 de los servicios afectados, 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 “Solo 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.-** Presentan los interesados -madre, hijos y nieta de la fallecida- una reclamación de responsabilidad patrimonial por apreciar una pérdida de oportunidad terapéutica derivada del retraso en el diagnóstico de un carcinoma renal, que se detecta ya en estadio avanzado.

Verificado el fallecimiento de la paciente a consecuencia del tumor, cabe presumir la existencia de un daño moral en los allegados que ahora reclaman. Ahora bien, la mera constatación de un perjuicio surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica, sin más, la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de acreditarse que el

daño alegado guarda un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 25/2019), 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 favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que 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 la mera constatación de un error médico o de un retraso diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También ha reiterado este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 285/2019) 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. Fuera de esos 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. En particular, cuando se invoca una pérdida de oportunidad no solo debe acreditarse una omisión contraria al buen quehacer médico, sino también la existencia de una técnica que oportunamente aplicada al caso hubiera conducido a una mejora de su situación o a un resultado distinto.

En el supuesto examinado, el fundamento de la pretensión resarcitoria radica en la presencia de un conjunto de síntomas en la paciente que -según los reclamantes- debieron conducir a la práctica de ulteriores pruebas que, de haberse llevado a cabo, hubieran puesto de manifiesto el tumor con antelación suficiente para la aplicación de un tratamiento curativo y no solo paliativo. Aportan los interesados una pericial, suscrita por un especialista en Medicina Legal y Forense y en Valoración del Daño Corporal, en la que se aprecia una infracción de la *lex artis* y una pérdida de oportunidad terapéutica, criterio del que se apartan los restantes técnicos informantes.

Procede aislar, en primer término, ciertos extremos que son pacíficos, pues el propio perito de los interesados reconoce que “muchos tumores renales son asintomáticos y hasta el final de la enfermedad no son palpables. En algunos pacientes el primer síntoma es el de la afectación metastásica, como dolor óseo o tos persistente”, mientras que “los síntomas clásicos, dolor en fosa renal, hematuria microscópica y masa abdominal palpable, solo aparecen en el

6 % - 10 % de los casos". Este mismo perito advierte que debido a la aplicación de técnicas de imagen "el número de (carcinomas renales) diagnosticados de forma fortuita ha aumentado, siendo más del 50 % los (...) que se detectan de manera casual al estudiar otra sintomatología". Asimismo, el Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias constata que la patología "es difícil de filiar", y la facultativa que informa a instancias de la entidad aseguradora insiste en que "el diagnóstico de carcinoma renal no es fácil y se debe tener alto grado de sospecha, motivo por el cual su diagnóstico suele ser tardío en un porcentaje elevado de los casos".

Constatada la dificultad diagnóstica, debemos 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. Como venimos señalando de forma constante (por todos, Dictámenes Núm. 76/2019, 146/2019 y 213/2019), el hecho de que sea la clínica la que determina el alcance de la obligación de medios excluye que pueda proyectarse *ex post facto* al juicio sobre la corrección de la actuación sanitaria el estado de situación ignorado al momento de la atención y conocido al formularse la reclamación. Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2009 -ECLI:ES:TSJAS:2009:1386- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), "el juicio que debe efectuarse no es el juicio *ex post* una vez conocido todo el desarrollo posterior, sino un juicio *ex ante* (...) en función de los datos y circunstancias conocidas en ese momento" para valorar si las decisiones fueron correctas.

A su vez, en la confrontación de las pruebas periciales la jurisprudencia viene razonando de forma constante que la fuerza probatoria de los informes periciales reside en gran medida en su fundamentación y coherencia interna, en la mayor especialización de quien los formula y en la independencia o lejanía del perito respecto a los intereses de las partes pues, "naturalmente, en la ponderación no es suficiente la mera constatación del criterio cuantitativo",

debiendo acudirse a “un criterio valorativo” que conduce a postergar la pericial que procede de quien no es especialista en el campo concernido o que omite el análisis “de todo el conjunto de datos que contextualizaban la situación” del paciente (Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2019 -ECLI:ES:TS:2019:1135-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5.ª).

En el supuesto examinado, si bien la pericial de los reclamantes está suscrita por un médico ajeno a las especialidades concernidas, al mismo tiempo se observa que ese informe, lejos de argumentarse *ex post facto*, recoge imputaciones precisas y referenciadas al contexto clínico de la paciente que no pueden obviarse.

De la historia clínica resulta que la fallecida sufre en julio de 2016 un episodio de dolor costal y fiebre, inicialmente valorado en su centro de salud y a los pocos días en el Servicio de Urgencias del Hospital ....., donde se le realizan pruebas complementarias y estudios de imagen, incluyendo radiología simple de tórax/abdomen y ecografía abdominal, que no objetivan causas evidentes del origen de su cuadro clínico. Tras su mejoría con analgésicos y antiinflamatorios, consulta después en su centro de Atención Primaria en diversas ocasiones por dolor en la zona lumbar, practicándosele las pruebas protocolarias, según informa su médica de cabecera, y ocho meses después, en marzo de 2017, acude de nuevo a Urgencias refiriendo un cuadro de lumbalgia con irradiación, realizándosele una radiografía simple de columna lumbosacra que se interpretó como una lumbociatalgia de características mecánicas, y eligiéndose -según constata el responsable del Servicio de Urgencias- “una estrategia terapéutica de control sintomático y seguimiento por su médico correctamente orientada a la sospecha diagnóstica”. Cuando acude de nuevo, en junio de 2017, derivada por su médico ingresa en el Servicio de Medicina Interna alcanzándose el diagnóstico de carcinoma.

En este contexto, el perito de los reclamantes sostiene que “hay suficientes datos en la historia clínica para haber llegado a un diagnóstico más precoz”, reseñando que “a pesar de la reiteración de las consultas y la mala evolución de la paciente, aparte de las radiografías convencionales de tórax,

abdomen y columna, y una ecografía abdominal, no se solicitaron otras pruebas complementarias, como TC o RM, para hacer otros diagnósticos diferenciales que descartaran patología a nivel de la pared torácica y de la columna vertebral lumbar". Al efecto refiere que, "aunque muchos tumores renales son asintomáticos y no se palpan hasta las últimas fases de la enfermedad, alrededor del 30 % de los pacientes con cáncer de células renales presentan síntomas paraneoplásicos", e identifica en este caso los de "fiebre, pérdida de peso, velocidad de sedimentación globular elevada (VSG), PCR elevada en sangre y anemia", haciendo hincapié en la pérdida de peso al señalar que "desde marzo de 2016, cuando la paciente pesaba 114 kg, a julio de 2017 (...), donde figura (...) un peso de 83,4 kg, se cuantifica una pérdida de peso de 30,6 kg, que "sorprende (...) no haya sido considerada", y en la presencia de "hematuria microscópica"; síntomas que debieron conducir a la solicitud de pruebas complementarias como la realización de TC o gammagrafía ósea "para descartar una enfermedad renal o del tracto urinario".

Frente a esas consideraciones, en el informe de Atención Primaria se estima que se realizaron en cada momento las pruebas acordes a la sintomatología de la paciente, con los resultados que se detallan, "sin que sea posible apreciar la menor irregularidad, error diagnóstico y ninguna otra equivocación al respecto". En el informe del Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias se constata "un cuadro larvado e insidioso (...) que frecuentemente tiene origen multifactorial" y que "es difícil de filiar si no se realiza un seguimiento y valoración de la evolución de la sintomatología", por lo que la pérdida de oportunidad "no puede ser achacable a los episodios en los que recibió asistencia urgente en el Servicio de Urgencias", dadas "las características del tipo de asistencia que prestamos". En análogo sentido, la facultativa que informa a instancias de la compañía aseguradora señala que la paciente "presentó clínica errática, separada en el tiempo e inespecífica a lo largo de los meses, sin que en las diferentes consultas se hiciera mención de posibles signos de alarma"; criterio que también suscribe el técnico que rubrica



la propuesta de resolución, quien concluye que “ni la clínica ni las exploraciones complementarias mostraron indicios de la existencia de una tumoración renal”.

Difieren, en suma, la pericial de los reclamantes y las aportadas por la Administración y su compañía aseguradora con relación al momento en que la sospecha diagnóstica de un tumor renal debió conducir a la realización de pruebas específicas por haberse manifestado sus signos típicos. No cabe duda de que, tanto en Atención Primaria como en Urgencias, en las primeras consultas se dispensa a la paciente la atención adecuada a los síntomas por los que acude, ponderada la naturaleza de esos servicios y la improcedencia de realizar pruebas indiscriminadas o someter a los enfermos a estudios invasivos ante la menor sospecha, lo que no es asumible por el servicio público sanitario ni se ajusta a los requerimientos del cuidado de la salud. Ahora bien, tampoco cabe orillar que en el asunto examinado la enferma acude al servicio de salud reiteradamente durante el año anterior a la detección del carcinoma (once veces en once meses, según puntualiza el perito de los reclamantes), y en particular que a partir de marzo de 2017 revela una sintomatología acorde o próxima a la clínica típica de este tumor conforme a los criterios de la Sociedad Española de Oncología Médica, que refiere como tal la hematuria, masa y dolor en el costado, así como la anemia, fiebre y pérdida de peso. Al respecto el perito de los interesados reseña los síntomas de “fiebre, pérdida de peso, velocidad de sedimentación globular elevada (VSG), PCR elevada en sangre y anemia”, y lo que se objetiva cuando la enferma vuelve a Urgencias en marzo de 2017, tras los sucesivos estudios y pautas anteriores, es la presencia de estos otros síntomas tumorales que debió conducir a una sospecha distinta tras el fracaso de la inicial orientación diagnóstica y terapéutica. Tal como apunta en un supuesto semejante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 30 de abril de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:1248- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.<sup>a</sup>), “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 como el caso que nos ocupa”.

En definitiva, pese a la reconocida dificultad diagnóstica de un tumor renal, cuya detección requiere un alto grado de sospecha y es tardía en un porcentaje elevado de casos, puede apreciarse que a la vista de las reiteradas consultas (once veces en once meses), los síntomas y el deterioro de la enferma su situación demandaba pruebas complementarias, TAC o RNM, que no resultan complejas ni suponen un gasto exorbitante, para avanzar más allá del tratamiento de una lumbalgia o lumbociatalgia. La grave sintomatología y la reiterada visita a Urgencias aconsejaba pues la práctica de otras pruebas que podían haber resultado oportunas. Esta conclusión se alcanza también interpretando, *a contrario sensu*, lo manifestado por el Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias cuando afirma que el tumor “es difícil de filiar si no se realiza un seguimiento y valoración de la evolución de la sintomatología”, pues la recurrencia de la enferma demandando asistencia para su padecimiento hubiese permitido detenerse en esa evolución. En consecuencia, se aprecia un déficit en la respuesta del servicio sanitario ante el conjunto de síntomas que la paciente muestra a lo largo de un año y, si bien resulta complejo aislar el momento en que el tumor debió diagnosticarse, ha de acudirse, a falta de otro referente cierto, al segundo ingreso en el Servicio de Urgencias en marzo de 2017 cuando ya se evidenciaron síntomas típicos de su patología. Resta determinar, por último, en qué medida el retraso en el abordaje pudo repercutir en el pronóstico de la enferma.

Por lo que se refiere a esta pérdida de oportunidad, difieren la pericial de los reclamantes y la de la compañía aseguradora, pero sin llegar a excluirse. Mientras aquella apunta que “según el estudio Eurocare-5 la supervivencia relativa a 5 años en mujeres de 45 a 54 años en el carcinoma renal es de 75,2 %, y estudios demuestran una mayor supervivencia en aquellos pacientes que se someten a tratamiento quirúrgico del carcinoma renal metastásico”,

concluyendo que la demora en el diagnóstico de la paciente condicionó sus opciones terapéuticas y su expectativa de vida, el perito de la entidad aseguradora estima que “con alta probabilidad ya en un primer momento presentó clínica asociada a enfermedad metastásica” y que “el estadiaje, a pesar del retraso en el diagnóstico, no hubiese variado y la opción quirúrgica como tratamiento de la enfermedad no estaba indicada”, de lo que deduce que no existió pérdida de oportunidad según tablas de supervivencia para el cáncer renal avanzado.

Ambas periciales se muestran conciliables pues, si bien el porcentaje de supervivencia que se cita en la pericial de parte corresponde a tumores diagnosticados en un estadio previo, no se cuestiona puntualmente la existencia de estudios que “demuestran una mayor supervivencia en aquellos pacientes que se someten a tratamiento quirúrgico del carcinoma renal metastásico”. Asimismo en las publicaciones de la Sociedad Española de Oncología Médica se alude también a otros tratamientos al lado de la cirugía (como la quimioterapia, la resección de metástasis o la inmunoterapia), y el facultativo que informa a instancias de la compañía aseguradora no justifica que hubieran resultado contraindicados en marzo de 2017, sin perjuicio de las reservas en torno a su eficacia ante lo avanzado del tumor. A su vez, esta especialista aprecia una “alta probabilidad”, ya en marzo rayana en la certeza, de la extensión metastásica, lo que también asume el perito de los reclamantes, pues defiende la procedencia de unas pruebas complementarias para descartar “patología a nivel de la pared torácica y de la columna vertebral lumbar” cuando esas patologías comportan ya metástasis óseas a nivel costal y vertebral. En este contexto de incertidumbre, como se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 30 de abril de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:1248 (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), en un caso similar referido a la misma enfermedad diagnosticada inicialmente como lumbalgia, “para determinar el impacto de la pérdida de oportunidad y la indemnización asociada al mismo sería preciso determinar en términos porcentuales o estimatorios la probabilidad que representaría haber

optado por la realización diligente de las pruebas omitidas (...), lo que se revela sumamente dificultoso”, mercedo una indemnización prudencial cuando “las posibilidades de supervivencia eran nulas, aunque no las posibilidades de que un diagnóstico previo hubiese prolongado por breve lapso temporal la vida” del paciente y comportado un “cierto efímero alivio de sus dolencias”. En suma, se concluye que lo que se hubiera anticipado con el oportuno diagnóstico sería el abordaje de un carcinoma ya en estadio IV, no con opciones ciertas o atendibles de supervivencia pero sí de alguna mejora del pronóstico vital, por lo que ha de atemperarse la cuantía del resarcimiento.

**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 50.125 € para la madre de la fallecida y para cada uno de sus dos hijos y 10.000 € para la nieta, con la reducción prudencial que se reseña “atendiendo a la tasa de supervivencia en mujeres de 45 a 54 años”.

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 la fallecida 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 avanzado estadio del tumor comprometía en gran medida las posibilidades terapéuticas y la efectiva recuperación de la enferma. Han de moderarse, en consecuencia, los dos sumandos a los que alude la jurisprudencia citada, el relativo al pronóstico -que es incierto- y el referido a la entidad de la eventual mejora -que sería precaria-.

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 consecuencia, a la vista de otros supuestos análogos, este Consejo estima adecuado, a falta de otros criterios que permitan cuantificar objetivamente el daño -y tomando en consideración la incierta pero limitada expectativa que se frustra, ante la elevada mortalidad de este tipo de tumores en su estadio avanzado y el escaso marco temporal en el que pudo haberse anticipado el diagnóstico de haberse realizado las pruebas complementarias que revelaban la sintomatología preocupante y recurrente de la paciente, que cabe situar en el mes de marzo de 2017, respecto del momento en el que finalmente se alcanza, junio del mismo año-, reconocer una indemnización prudencial de 3.000 € para la madre de la fallecida y para cada uno de sus dos hijos y de 1.000 € para la nieta.

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, indemnizar a ..... en los términos anteriormente señalados.”

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,