

Dictamen Núm. 238/2020

**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 22 de octubre de 2020, por medios electrónicos, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 4 de septiembre de 2020 -registrada de entrada el día 15 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ..... por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su padre y esposo, respectivamente, como consecuencia del diagnóstico tardío de un hepatocarcinoma.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** El día 10 de septiembre de 2019, las interesadas presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de la pérdida de su familiar, que atribuyen

al retraso diagnóstico de un hepatocarcinoma que vinculan a la falta de un cribado adecuado.

Exponen que el paciente falleció en el Hospital "X" "el 12 de septiembre de 2018 a consecuencia de las complicaciones de un hepatocarcinoma de más de diez centímetros (estadio D)".

Señalan que previamente, "el 12 de octubre de 2015 (...), ingresó con carácter programado en el Servicio de Digestivo del Hospital "Y" por padecer un aumento del perímetro abdominal con aparición de edemas. Tras la exploración física y las pruebas complementarias, que incluyeron una ecografía abdominal, pero no un Tac, se le diagnostica cirrosis hepática OH, Child C. Dicha cirrosis es una evolución de la cirrosis hepática diagnosticada en diciembre de 2008, es decir, 7 años antes".

Indican que "como puede observarse estudiando su historial médico, desde el año 2008 hasta septiembre de 2018 no se le realizó (...) ninguna prueba que pudiera poner de manifiesto la existencia y evolución de un posible hepatocarcinoma, a pesar de que es conocido que esta complicación se asienta de forma prácticamente sistemática sobre una cirrosis previa y de que a lo largo de esos años el paciente requirió, en innumerables ocasiones, atención médica, bien en su centro de salud bien en su hospital de referencia. Es más, las ecografías realizadas en fechas inmediatamente anteriores a su fallecimiento informan explícitamente de la ausencia de lesiones ocupantes de espacio, es decir, de tumores. Sin embargo, en su último ingreso" en el Hospital "Y" "el (...) estudio TC demuestra una lesión de 10 x 3,4 cm asociada a lesiones satélites correspondiente al hepatocarcinoma. Esta lesión, por su propia etiología, no pudo aparecer en los últimos meses de vida del paciente, sino que se trató de una patología de años que evolución, lo que hace aún más inadecuado el que no se le hayan realizado en los 10 años de evolución de su enfermedad crónica pruebas diagnósticas que hubieran podido servir para poner de manifiesto la existencia del hepatocarcinoma en sus primeros estadios. Esta ausencia de pruebas diagnósticas, a pesar de que sus antecedentes médicos le hacían

acreedor de ellas, impidió que su dolencia fuera detectada a tiempo de ser tratada, cercenando todas sus posibilidades terapéuticas y abocándole, muy probablemente, a una muerte prematura”.

Refieren que, “como pone de manifiesto toda la literatura médica, el diagnóstico tardío del hepatocarcinoma puede deberse a la falta del cribado adecuado. Este es un tumor que tiene una fase prolongada subclínica y cumple las características para estar dentro de un programa de cribado; es una enfermedad altamente frecuente, con una elevada morbimortalidad, sabemos cuáles son los factores de riesgo y la población diana y tenemos unas herramientas fáciles para su detección. Solo un 30 % de los pacientes que se diagnostican fuera del programa de cribado pueden optar a tratamientos curativos. En el caso de los estadios más precoces del tumor, como es el estadio 0 o A según la clasificación BCLC, los tratamientos alcanzan periodos libres de enfermedad a los cinco años de hasta el 70 %, incluso los estadios intermedios también son tratables con muy significativas posibilidades de supervivencia; sin embargo, en estadios avanzados se dispone de poco arsenal terapéutico y la muerte es prácticamente inevitable (...). Por ello, en este caso se ha producido una pérdida de oportunidad (...) por no haberse realizado, a lo largo del proceso patológico del paciente, las pruebas de imagen que hubieran permitido un diagnóstico precoz del hepatocarcinoma y su correspondiente tratamiento mediante cualquiera de los procedimientos terapéuticos con los que cuenta la medicina moderna, y que hubieran evitado su fallecimiento prematuro con una alta probabilidad que, como decíamos, alcanza hasta el 70 %”.

Cuantifican la indemnización que solicitan en ciento treinta y seis mil ciento ochenta y cuatro euros con cincuenta y seis céntimos (136.184,56 €), de los cuales 85.477,57 € corresponderían a la viuda, 36.219,28 € para la hija menor y 14.487,71 € para la hija mayor.

Acompañan copia, entre otros documentos, de los informes de alta del Servicio de Digestivo del Hospital “Y”, de 15 de octubre de 2015 y 6 de septiembre de 2018.

**2.** Mediante oficio de 30 de septiembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a las interesadas la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**3.** Previa solicitud formulada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, el 4 de febrero de 2020 el Gerente del Área Sanitaria V le remite una copia, en formato electrónico, de la historia clínica del paciente y el informe elaborado por el Jefe de la Sección de Aparato Digestivo del Hospital “Y” el 3 de febrero de 2020.

En este último se señala, “con respecto al hecho fundamental de la reclamación, que es la imputación de un diagnóstico tardío del hepatocarcinoma del paciente debido a la falta de cribado adecuado, con la subsiguiente pérdida de oportunidad de tratamiento”, que “de ninguna forma puede realizarse tal imputación, ya que en los dos años previos al diagnóstico del hepatocarcinoma al paciente se le realizaron ecografías periódicas en abril/17, diciembre/17, julio/18 y agosto/18; estas cuatro ecografías fueron realizadas por distintos facultativos con amplia experiencia en la detección de este tipo de lesiones, sin que dicha detección fuera posible./ Como se describe en la literatura, este hecho está relacionado con las características del hígado del paciente (gran heterogeneidad) y las de la lesión (ecogenicidad similar al hígado adyacente), pese a realizar un cribado adecuado./ Por todo ello, considero que no es posible achacar el diagnóstico tardío a ningún fallo en la asistencia, sino a las propias características de la enfermedad de este paciente en concreto”.

4. El día 16 de marzo de 2020 emite informe pericial una facultativa a instancias de la entidad aseguradora de la Administración. En él se indica que “desde el diagnóstico de cirrosis hepática al paciente en el Servicio de Digestivo se programaron controles clínicos con ecografía y analítica de manera semestral, según consta en notas de la historia clínica, siguiendo guías de práctica clínica de la Sociedad Española para el Estudio del Hígado, Sociedad Española de Oncología Médica, Sociedad Española de Trasplante Hepático, Sociedad Española de Radiología Médica y Sociedad Española de Radiología Intervencionista./ El paciente fue sometido a un correcto cribaje del (carcinoma hepatocelular)./ El hepatocarcinoma fue diagnosticado en septiembre de 2018 (...), se le habían realizado ecografías en agosto de 2018, en julio de 2018, en diciembre de 2017 y en abril de 2017, con las correspondientes visitas por el Servicio de Digestivo. Las ecografías fueron realizadas por especialistas de Radiología./ La falta de detección del (carcinoma hepatocelular) está relacionada con las características del hígado del paciente (hígado heterogéneo) y las de la lesión (ecogenicidad similar al tejido hepático adyacente). La sensibilidad de la ecografía oscila entre un 60 y un 80 %./ El diagnóstico tardío de hepatocarcinoma no se puede atribuir a un funcionamiento anormal del sistema sanitario, sino a las propias características de la enfermedad./ Se actuó conforme a la *lex artis*, siguiendo protocolos y guías clínicas”.

Con base en ello, concluye que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y, por lo tanto, correspondería desestimar la reclamación”.

El informe reseña una nota bibliográfica sobre la materia en la que se apunta a la ecografía abdominal como la técnica de cribado más adecuada para la detección precoz de (carcinoma hepatocelular) y se indica que esta debe realizarse cada 6 meses.

**5.** Mediante escrito notificado a las interesadas el 3 de julio de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

No consta en el expediente que se hayan presentado alegaciones.

**6.** El día 12 de agosto de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella expone que “en el presente caso la asistencia fue correcta y adecuada a la *lex artis*. El seguimiento del paciente y las pruebas realizadas fueron las adecuadas. Desde el diagnóstico de cirrosis hepática al paciente se le realizaron controles clínicos con ecografías y analítica de manera semestral, según consta en las notas de la historia clínica, según recomiendan las guías clínicas y las sociedades científicas. Tal y como se señala en el informe del servicio interviniente, el retraso en el diagnóstico `está relacionado con las características del hígado del paciente (gran heterogeneidad) y las de la lesión (ecogenicidad similar al hígado adyacente), pese a realizar el cribado adecuado´”.

**7.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de septiembre de 2020, 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 las interesadas activamente legitimadas 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 como titular del servicio público sanitario.

**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 10 de septiembre de 2019, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el fallecimiento del familiar de las interesadas- el día 12 de septiembre de 2018, por lo que 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 la consideración de este Consejo una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del fallecimiento de un familiar de las interesadas como consecuencia del diagnóstico tardío de un hepatocarcinoma que relacionan con la ausencia de un adecuado cribado que hubiera permitido un diagnóstico temprano.

Queda acreditado en el expediente el hecho del óbito del paciente -que conduce a presumir un padecimiento moral en las allegadas que aquí reclaman-, así como su origen en un hepatocarcinoma, tal como resulta de la documentación clínica obrante en las actuaciones.

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 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. 142/2019), 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 las 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 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*). En particular, cuando se reclama por 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 un resultado distinto.

En el supuesto planteado, las reclamantes sostienen que en los diez años de evolución de la enfermedad crónica de su familiar no se le realizaron pruebas diagnósticas adecuadas para poner de manifiesto la existencia del hepatocarcinoma en sus primeros estadios, lo que habría impedido que la dolencia fuese detectada con la antelación suficiente como para posibilitar tratamiento alguno. En su opinión, la falta de realización de pruebas de imagen derivó en un fallecimiento prematuro lo que implica una pérdida de oportunidad.

Frente a tal posicionamiento, el informe emitido por el Jefe de la Sección de Aparato Digestivo indica que la imputación de un diagnóstico tardío del hepatocarcinoma debido a la falta de cribado es improcedente, puesto que en los dos años previos al diagnóstico de esta dolencia el enfermo había sido

sometido a ecografías periódicas en los meses de abril y diciembre de 2017 y julio y agosto de 2018. Las cuatro ecografías, realizadas por especialistas con amplia experiencia en la detección de este tipo de lesiones, no arrojaron resultado alguno. Asimismo, el informe refiere que este hecho está relacionado con las características del hígado del paciente (gran heterogeneidad) y las de la lesión (ecogenicidad similar al hígado adyacente), afirmando que no es posible achacar el diagnóstico tardío a ningún fallo en la asistencia, sino a las propias características de la enfermedad de este paciente en concreto.

En el mismo sentido, el informe pericial aportado por la compañía aseguradora de la Administración pone de relieve que desde el diagnóstico de cirrosis hepática al enfermo se le programaron controles clínicos con ecografía y analítica de manera semestral, según consta en las notas de la historia clínica y tal y como aconsejan las guías de práctica clínica, y que la falta de detección del (carcinoma hepatocelular) está relacionada con las características del hígado del paciente (hígado heterogéneo) y las de la lesión (ecogenicidad similar al tejido hepático adyacente). El informe señala que el diagnóstico tardío de hepatocarcinoma no se podría atribuir más que a las propias características de la enfermedad. Por otra parte, reseña bibliografía científica sobre la materia que apunta a la ecografía abdominal como la técnica de cribado más adecuada para la detección precoz de (carcinoma hepatocelular), e indica que esta prueba habrá de tener periodicidad semestral.

Como viene señalando este Consejo y según reiterada jurisprudencia, las alegaciones sobre negligencia médica deben acreditarse con medios probatorios idóneos, como son las pruebas periciales médicas, pues estamos ante una cuestión eminentemente técnica. En el caso examinado, las informaciones y opiniones vertidas en los referidos informes de especialistas incorporados al expediente por la Administración y su entidad aseguradora no resultan contradichas por las interesadas, quienes teniendo la oportunidad de hacerlo deciden no intervenir en el trámite de audiencia y tampoco contraponen pericial técnica que las contradiga.

En definitiva, los datos obrantes en el expediente no permiten demostrar una mala praxis, ni en consecuencia apreciar una pérdida de oportunidad, poniéndose de manifiesto que la clínica del paciente influyó en el criterio diagnóstico y que la actuación sanitaria fue ajustada a los protocolos médicos aplicables resultando conforme a la *lex artis ad hoc*.

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.