

Dictamen Núm. 263/2020

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 19 de noviembre 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 17 de julio de 2020 -registrada de entrada el día 5 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños sufridos como consecuencia del fallecimiento de su familiar, que atribuyen al retraso diagnóstico de un carcinoma de pulmón.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 26 de septiembre de 2019, los interesados presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados del fallecimiento de su familiar el 18 de abril de ese mismo año, que atribuyen al retraso diagnóstico de un cáncer de pulmón.

Señalan, con base en el “informe clínico pericial” elaborado por un especialista en Medicina Interna que adjuntan de 27 de julio de 2019, que “la patología más importante de este paciente comienza el 8-6-2018, cuando se le

realiza” en la Fundación Hospital “una intervención quirúrgica de un cáncer de vejiga que, aunque es maligno, se comporta como benigno y los resultados de la actuación urológica tienen muy buenas perspectivas”, si bien hay “recidivas en algunos casos que se solucionan bien con una nueva reintervención y los pacientes tienen (...) supervivencias muy largas./ A la semana de la intervención acude a revisión y se queja de dolor lumbar con irradiación a glúteo derecho. A la exploración no se aprecia nada especial, solo un dolor (en) pala ilíaca derecha. Se solicitan radiografías y una gammagrafía ósea (...). La gammagrafía ósea (...), aunque realizada el 19-6-2018, donde advierte que la lesión en pala ilíaca derecha puede ser una metástasis, no se emite, no se recibe o no se estudia su informe hasta meses después, el 3-11-2018. Es entonces cuando se inicia el estudio de la posible extensión del cáncer./ Urología advierte que la tumoración vesical de la que fue intervenido es muy poco probable que dé metástasis, que la probabilidad estadística es de casi un 0 %, que se debe buscar el origen en otro tipo de tumor primario./ Se inicia entonces un rastreo diagnóstico mediante escáneres, resonancias, biopsias y broncoscopias, y el 13-12-2018 se confirma a la familia que el tumor primario es una adenocarcinoma de pulmón con metástasis en adenopatías mediastínicas satélites, en cápsulas suprarrenales y la ya conocida (...) de pala ilíaca./ Se inicia tratamiento con sesiones de radioterapia para posterior quimioterapia, ya que la cirugía es inútil en este caso./ El 15-1-2019 ingresa” en la Fundación Hospital “por trastornos de lenguaje que, tras los estudios correspondientes, se llega a la conclusión de ser una metástasis cerebral del adenocarcinoma pulmonar. Evoluciona bien con corticoides, pero indica la progresión del tumor./ El 18-3-2019 ingresa” en el Hospital “por un cuadro de disnea que resultó ser un embolismo pulmonar, evoluciona bien./ El 3-4-2019 inicia las sesiones de quimioterapia./ El 15-4-2019 ingresa en muy mal estado general” en la Fundación Hospital y “el día 18-4-2019 fallece”.

Afirman, con apoyo en el citado informe pericial, que se puede “deducir que en el caso de este paciente se ha producido una negligencia por falta de atención con un retraso de 6 meses en el diagnóstico de un tumor maligno./ Una de las características de los tumores malignos es su crecimiento

descontrolado y que el tumor y sus propagaciones o metástasis crecen al doble en un periodo comprendido entre 3 y 6 meses./ Si a este paciente se le hubiesen realizado las pruebas debidas en junio y no en diciembre la evolución sería completamente distinta, al estar el tumor maligno en una situación menor que la que tenía en junio. La radioterapia y la quimioterapia hubiesen sido iniciadas en julio de 2018 y no abril de 2019, como se hizo, y la evolución no sería como fue”.

Solicitan ser indemnizados en la cantidad global de ciento cuarenta y cinco mil euros (145.000 €), de los cuales 45.000 € corresponderían a su viuda; 40.000 € para el hijo común de ambos, menor de edad, y 60.000 € para los cinco hijos del fallecido nacidos de una relación anterior (20.000 € para el que dependía económicamente de él aunque fuese mayor de edad y 10.000 € para cada uno de los restantes).

Aportan, además del informe médico pericial ya citado, en el que se concluye que “es pues clara la `pérdida de oportunidad´ (...) de ofrecer a este paciente lo antes posible un tratamiento que mejorase y alargase su vida”, diversa documentación acreditativa del fallecimiento de su familiar, del parentesco invocado y de la atención médica recibida a lo largo del episodio clínico cuestionado.

2. Mediante oficio de 21 de octubre de 2019, 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 con arreglo a las cuales se tramitará y los efectos del silencio administrativo.

3. Previa solicitud formulada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto, las Gerencias de la Fundación Hospital y del Área Sanitaria V remiten una copia de la historia clínica del perjudicado y los informes de los servicios intervinientes en soporte digital.

El informe emitido por la Jefa del Servicio de Medicina Interna de la Fundación Hospital el 6 de noviembre de 2019 describe la atención

prestada al familiar de los reclamantes desde el 9 de mayo de 2018 por parte de diferentes servicios del referido hospital -Urología, Traumatología, Neumología, Endocrinología y Oncología Radioterápica-, y considera que la actuación de los servicios médicos implicados en este concreto episodio clínico al final del cual se produjo su fallecimiento -Endocrinología y Neumología- "ha estado sujeta en todo momento a la *lex artis*".

Razona al efecto que "no hubo ningún retraso en el diagnóstico del adenocarcinoma pulmonar. El primer día que el paciente es visto por Neumología (28 de noviembre de 2018) se solicita una TAC de tórax (la Rx tórax no presentaba alteraciones significativas) que se realiza cinco días después. Cuatro días después se hace la broncoscopia. A los 15 días de su primera consulta en Neumología ya se presenta el diagnóstico en la sesión oncológica. Allí se decide realizar punción de la lesión glútea para completar el estadiaje y el día 3 de enero el paciente queda pendiente de la llamada para tratamiento quimioterápico. Habían pasado 36 días desde que había entrado por primera vez en la consulta de Neumología. En el momento del diagnóstico el adenocarcinoma se encontraba en estadio IV y el tratamiento curativo es prácticamente imposible./ El Servicio de Endocrinología el mismo día que realiza la primera valoración recibe información por parte de Neumología de que la lesión suprarrenal lo más probable es que sea metastásica, por lo que ya no se considera pertinente realizar estudios funcionales./ Por lo tanto, no existe error en el estudio e interpretación de las pruebas médicas, tanto diagnósticas como terapéuticas, por parte de los Servicios de Endocrinología ni Neumología./ Resulta difícil que previamente a la realización de la gammagrafía ósea, solicitada en su día por Traumatología, se dirigieran los estudios en busca de neoplasia pulmonar. La sintomatología respiratoria referida (disnea de esfuerzo, tos y secreciones bronquiales matutinas escasas) habría pasado desapercibida en un fumador activo, y aun añadiendo los factores de riesgos laborales (exposición a amianto y óxido) disponemos de Rx tórax sin alteraciones significativas -el día de la valoración anestésica (...) 31-05-18 previa a la intervención urológica y la realizada el 28 de noviembre de 2018 en la consulta de Neumología-".

4. El día 15 de enero de 2020 emite informe pericial una facultativa, máster en Valoración del Daño Corporal, a instancias de la compañía aseguradora de la Administración. En él destaca la presencia de “dos neoplasias sincrónicas” y razona, en relación con la lesión pulmonar que a la postre causaría el fallecimiento, que “el paciente en el momento de aparición del primer síntoma, mayo 2018, ya presentaba un adenocarcinoma pulmonar estadio IV sin posibilidad de tratamiento curativo./ En el caso que nos ocupa, no se produjo una pérdida de oportunidad ya que el paciente carecía de cualquier posibilidad de curación o mejora a pesar de que sí se produjo un retraso en la valoración de la (gammagrafía ósea) y con ello un retraso en el diagnóstico de 4 meses. Durante estos 4 meses al paciente se le estuvo tratando de la segunda neoplasia y se inició estudio de la metástasis suprarrenal del (adenocarcinoma) de pulmón./ Al paciente se le privó de una mayor celeridad en el suministro de una terapia concreta para su adenocarcinoma de pulmón sin que este tratamiento hubiese supuesto posibilidad de curación, ya que la neoplasia se encontraba diseminada con presencia de metástasis en el momento en que se realizó la citada (gammagrafía ósea)./ La actuación de los servicios sanitarios no ha sido la causante del daño objeto de la reclamación (fallecimiento del paciente) al deberse el daño a la propia naturaleza de la enfermedad. No se puede afirmar que el paciente, aun puestos todos los medios correctos sin que se produjese el citado retraso, atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de supervivencia en patología neoplásica tan avanzada” -un “75 %-85 % de los pacientes con cáncer de pulmón se diagnostican en estadios III, IV, lo que deja tasas de supervivencia entre el 17 % y el 20 % a cinco años (esperanza de vida del paciente). De los pacientes que se encuentran en estadio IV, solo el 5 % sigue vivo al año del diagnóstico”- hubiese “presentado una evolución más favorable./ No se puede contemplar una pérdida de oportunidad de vida cuantificable debido al pronóstico infausto de la patología que presentaba el paciente”.

Concluye que, “si bien se produjo una anomalía al no ser valorada la (gammagrafía ósea) hasta 4 meses después de su realización, y con ello un

retraso en el diagnóstico, tras revisión de la documental aportada no se puede atribuir daño o pérdida de oportunidad./ Por ello, correspondería desestimar la reclamación”.

5. Evacuado el trámite de audiencia, el día 8 de junio de 2020 los interesados presentan un escrito de alegaciones en el que se reiteran en los términos de su reclamación.

En apoyo de sus alegaciones adjuntan un informe pericial complementario al ya aportado junto con su escrito inicial, elaborado por el mismo perito el día 27 de abril de 2020 a la vista de la nueva documentación incorporada al expediente. En él señala que, “tanto la perito de la parte demandada” -en concreto, de la compañía aseguradora de la Administración-, “como yo -perito de la parte demandante-, estamos de acuerdo en que hubo un retraso de más de 5 meses en la valoración de la gammagrafía ósea (19-6-2018) donde se apuntaba la posibilidad de una lesión maligna, dicha lesión es biopsiada (...) el 30-11-2018, aunque da resultados negativos para malignidad. Esto confirma los estudios del American Institute of Cancer que apunta a que las PAAF cometen muchos errores al dar muchos falsos negativos. Luego se comprobó en posterior biopsia del 27-12-2018 que era una metástasis de adenocarcinoma de pulmón. Por este motivo las PAAF se están dejando de utilizar, se dice que cuando es positiva afirma, pero cuando es negativa no niega./ El citado Instituto Americano del Cáncer ya dijo hace más de 20 años que el cáncer crece en masa y extensión a una velocidad casi matemática para cada tipo de cáncer, haciéndose el doble en un espacio de tiempo entre 3 y 6 meses./ En este caso tenemos la muestra de ello, en junio ya era estadio IV, pero continuaba en progresión, que queda demostrado por la aparición de metástasis cerebrales el 10-01-2019. El paciente iba (a) recibir quimioterapia más inmunoterapia, pero este evento retrasa más el tratamiento para (el) adenocarcinoma de pulmón que recibe con 10 meses de retraso y solo 2 sesiones: el 02-04-2019 y el 10-04-2019; (el) paciente fallece el 18-04-2019./ De haber prestado más atención a la (gammagrafía ósea) de junio el paciente estaría en mejor estado general, el tumor estaría menos

evolucionado, por lo menos en la mitad, no tendría más metástasis y recibiría antes el tratamiento de quimioterapia e inmunoterapia correspondiente y no solo la quimioterapia paliativa, y con toda probabilidad hubiese vivido más tiempo y con mejor calidad de vida. Se calcula que tendría un 50 % más de probabilidades de superar los 3 años de vida”.

6. Mediante oficio de 12 de junio de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas traslada a la compañía aseguradora una copia de las alegaciones presentadas por los reclamantes.

7. Con fecha 24 de junio de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al considerar que “no ha existido la pérdida de oportunidad alegada por los reclamantes”. Razona al efecto que “cuando se realiza la gammagrafía ósea el 19-6-2018 el adenocarcinoma de pulmón ya se encontraba en estadio IV (...). Los propios reclamantes reconocen que a partir de la consulta de noviembre de 2018 `se ha actuado con rapidez´. Se completa el estudio del tumor a finales de julio de 2018 y se presenta el caso en el Comité de Tumores el 3-01-2019. La aparición de metástasis cerebrales no demoró el inicio de la quimioterapia, tal y como afirma el perito de los reclamantes, sino que hizo necesario realizar tratamiento radioterápico. Si bien ha existido una demora de 4 meses y medio en el inicio de los estudios del tumor, la actuación de los servicios sanitarios no ha sido la causante del fallecimiento del paciente, al deberse el daño a la propia naturaleza de la enfermedad. No se puede afirmar que el paciente, aun puestos todos los medios correctos sin que se produjese el citado retraso, atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de supervivencia en patología neoplásica tan avanzada, hubiese presentado una evolución más favorable”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 17 de julio 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 según 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, de conformidad con 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. Al ser uno de los reclamantes una persona menor de edad, está facultada para actuar en su representación su madre, según lo establecido en el artículo 162 del Código Civil sobre representación legal de los hijos.

Por lo que se refiere a la legitimación pasiva, este Consejo viene reiterando (entre otros, Dictámenes Núm. 94/2014 y 98/2020) que el Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario, que en el presente caso ha sido prestado por un centro asistencial con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de usuarios del Sistema Nacional de Salud; y ello sin perjuicio de la repetición de los costes a los que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento y en los términos

establecidos en el citado convenio. En este supuesto, de la documentación obrante en el expediente se desprende que la atención prestada al perjudicado en el centro hospitalario privado lo ha sido en tanto que beneficiario del sistema sanitario público, y que los servicios prestados se encuentran incluidos en el convenio singular aludido.

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 26 de septiembre de 2019, y el hecho por el que se reclama (el fallecimiento del familiar de los interesados) tuvo lugar el día 18 de abril de ese mismo año, 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 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 “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.- Presentan los interesados -esposa y seis hijos del fallecido- una reclamación de responsabilidad patrimonial por apreciar una pérdida de oportunidad terapéutica derivada del retraso en el diagnóstico de un adenocarcinoma pulmonar, que se detecta ya en un estadio avanzado.

Verificado el fallecimiento del 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 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. 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.

A los expresados efectos, en el supuesto examinado los reclamantes, sirviéndose de un "informe clínico pericial" elaborado a su instancia el 27 de julio de 2019 por un especialista en Medicina Interna, fundamentan su

pretensión resarcitoria argumentando que, a pesar de que una gammagrafía ósea realizada a su familiar el 19 de junio de 2018 advirtió de la presencia de una "lesión en pala ílica derecha", lo que hacía aconsejable en aquel momento que tal hallazgo fuera cotejado con la realización de otros estudios de imagen para descartar una posible metástasis, no sería hasta el 3 de noviembre de ese mismo año cuando se inicia el estudio de la posible extensión del cáncer. Para el perito de los reclamantes, "de haber prestado más atención a la (gammagrafía ósea) de junio el paciente estaría en mejor estado general, el tumor estaría menos evolucionado, por lo menos en la mitad, no tendría más metástasis y recibiría antes el tratamiento de quimioterapia e inmunoterapia correspondiente y no solo la quimioterapia paliativa, y con toda probabilidad hubiese vivido más tiempo y con mejor calidad de vida".

Por su parte la Administración sanitaria, a pesar de que reconoce en la propuesta de resolución que "ha existido una demora de 4 meses y medio en el inicio de los estudios del tumor", fundamenta su sentido desestimatorio argumentando que "la actuación de los servicios sanitarios no ha sido la causante del fallecimiento del paciente, al deberse el daño a la propia naturaleza de la enfermedad. No se puede afirmar que el paciente, aun puestos todos los medios correctos sin que se produjese el citado retraso, atendiendo al porcentaje estadístico de probabilidades de supervivencia en patología neoplásica tan avanzada, hubiese presentado una evolución más favorable".

El retraso diagnóstico es un dato que se reconoce también en el informe pericial emitido por la compañía aseguradora de la Administración, al señalar que "sí se produjo un retraso en la valoración de la (gammagrafía ósea) y con ello un retraso en el diagnóstico de 4 meses"; no obstante, la facultativa que lo emite no duda en afirmar que a pesar de ello "no se produjo una pérdida de oportunidad", al entender que "el paciente carecía de cualquier posibilidad de curación o mejora".

Con relación a la existencia o no de retraso diagnóstico, escasa utilidad ofrece el informe elaborado el 6 de noviembre de 2019 por la Jefa del Servicio de Medicina Interna de la Fundación Hospital, toda vez que, tras describir de manera pormenorizada la atención prestada al paciente desde el 9 de mayo

de 2018 hasta su fallecimiento por parte de diferentes servicios del citado hospital -Urología, Traumatología, Neumología, Endocrinología y Oncología Radioterápica-, al analizar la adecuación a la *lex artis* de la asistencia recibida considera como "servicios médicos implicados" en la reclamación únicamente al de Endocrinología y al de Neumología, cuya actuación estima que "ha estado sujeta en todo momento a la *lex artis*".

Un detallado repaso de la historia clínica incorporada al expediente permite deducir que el reproche que dirigen los interesados a la asistencia prestada a su familiar se localiza en la esfera del Servicio de Traumatología de la Fundación Hospital, en el que fue examinado el 15 de junio de 2018 en el transcurso del posoperatorio de la neo de vejiga que se le había practicado una semana antes en el mismo centro, reseñándose que "desde hace 3 meses dolor lumbar sin irradiación pero desde la última intervención hace 1 semana el dolor se irradia a cara lateral del muslo". A la exploración física el paciente presenta "dolor a la palpación sobre pala ilíaca derecha". En aquel momento el facultativo, a la vista del resultado de las pruebas complementarias realizadas - Rx lumbar y Rx de pelvis, ambas sin hallazgos- consideró conveniente solicitar una gammagrafía ósea; esta prueba se practica el 19 de ese mismo mes, y en ella, ante los hallazgos que se observan -"se visualiza un refuerzo de la captación, de bordes mal definidos, en borde posterior de pala ilíaca derecha"-, se recomienda el cotejo de los mismos "con otras técnicas de imagen (CT, RM) para descartar lesión (metastásica), aunque valorados en conjunto y con datos clínicos cabrían otras posibilidades como Paget incipiente (parece menos probable)".

Pues bien, a pesar de esta recomendación el 19 de junio de 2018 no sería hasta el 3 de noviembre de ese mismo año cuando el Servicio de Traumatología anota los hallazgos encontrados, para referir cuatro días después -el 7 de noviembre- "persistencia de dolor en pala ilíaca derecha" y solicitar una "RM pelvis"; prueba de imagen que, realizada el día 19 de ese mes, fue informada como "lesión de planos blandos, de 3,5 cm, afectando al glúteo mediano derecho y a la grada adyacente, sugestiva de metástasis".

Con estos antecedentes, es fácil concluir que el retraso en el diagnóstico que se encuentra en el origen de la presente reclamación, además de ser reconocido como tal tanto por la Administración sanitaria como por su compañía aseguradora, ha de darse por acreditado.

No obstante, tanto la entidad aseguradora de la Administración como esta misma en la propuesta de resolución que somete a nuestra consideración no hacen derivar de este retraso diagnóstico constatado un daño efectivo, pues ambas estiman que, a la vista del avanzado estado del tumor cuando debió detectarse, no puede asociarse al mismo una pérdida de oportunidad terapéutica alguna.

En torno a este extremo, y a la luz de de la documentación incorporada al expediente -historia clínica, informes y documentos periciales-, adelantamos ya que este Consejo considera que al retraso diagnóstico acreditado sí que debe asociarse una pérdida de oportunidad terapéutica, siquiera mínima teniendo en cuenta la gravedad del padecimiento que presentaba el paciente, por lo que la reclamación debe prosperar.

Al respecto, debemos partir del dato de que la gravedad de la patología en presencia ya en el mes de junio de 2018 -adenocarcinoma de pulmón en estadio IV- es admitida tanto por la Administración y su compañía aseguradora, como por el propio perito de los reclamantes, que señala en el informe complementario emitido con ocasión del trámite de audiencia que "en junio ya era estadio IV".

Sin embargo, debido al retraso en el diagnóstico constatado el tratamiento de esta grave patología no se inicia hasta el 3 de enero de 2019. De lo afirmado por el perito de los reclamantes en el informe complementario se desprende que a lo largo de este intervalo el adenocarcinoma "continuaba en progresión, que queda demostrado por la aparición de metástasis cerebrales el 10-01-2019". Esta progresión en la enfermedad y su consecuente agravamiento es reconocida de manera implícita en la propuesta de resolución que la Administración somete a nuestra consideración, cuando afirma que "la aparición de metástasis cerebrales no demoró el inicio de la quimioterapia (...), sino que hizo necesario realizar tratamiento radioterápico". Reconocimiento que

en el informe pericial de la entidad aseguradora se explicita al afirmarse que “al paciente se le privó de una mayor celeridad en el suministro de una terapia concreta para su adenocarcinoma de pulmón”.

En definitiva, como hemos adelantado, este Consejo estima que la reclamación ha de prosperar, toda vez que, a pesar de la gravedad y el fatal diagnóstico implícito en la patología en presencia ya en el mes de junio de 2018 -un adenocarcinoma de pulmón en estadio IV-, la valoración de los hallazgos de la gammagrafía ósea realizada al paciente el 19 de junio de 2018 se demoró hasta finales de noviembre de 2018; retraso al que se asocia una progresión en la enfermedad y que condicionó, siquiera sea en muy escasa medida, el tratamiento a seguir, con una incidencia negativa en las expectativas ya muy limitadas del enfermo.

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 145.000 €, de los cuales 45.000 € corresponderían a la viuda; 40.000 € al hijo común de ambos, menor de edad, y 60.000 € a los hijos de este nacidos de una relación anterior (20.000 € al mayor de edad que dependía económicamente del fallecido y 10.000 € a cada uno de los restantes).

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 de un ser querido, el padecimiento resarcible se liga a la convicción subjetiva de que el fallecido hubiera vivido más tiempo entre ellos. En el informe pericial complementario presentado en el trámite de audiencia se "calcula" que su familiar tendría "un 50 % más de probabilidades de superar los 3 años de vida". Sorprende tal "cálculo" si tenemos en cuenta que pocas líneas antes el autor de este documento reconoce que el cáncer "en junio ya era estadio IV", y en el informe pericial de la compañía aseguradora de la Administración se afirma al respecto, sin contradicción alguna por parte del perito de los reclamantes, que "de los pacientes que se encuentran en estadio IV solo el 5 % sigue vivo al año del diagnóstico".

En estas condiciones entendemos que 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 (...) 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 supuestos análogos, este Consejo estima adecuado, a falta de otros criterios que permitan cuantificar objetivamente el daño y tomando en consideración la limitada expectativa frustrada, dada la elevada mortalidad de este tipo de tumores y su reducida supervivencia tras el diagnóstico en un estadio avanzado y el escaso marco temporal en el que pudo haberse anticipado este de haberse realizado las pruebas complementarias que revelaban la sintomatología del paciente -que cabe situar a finales de julio de 2018 en lugar de noviembre del mismo año-, reconocer una indemnización prudencial que, para el conjunto de los reclamantes ascendería a 10.000 €, con arreglo al siguiente reparto: 2.500 €

para la viuda del fallecido; 2.000 € para el hijo común de ambos, menor de edad, y 5.500 € para los restantes hijos nacidos de una relación anterior (1.500 € para el hijo mayor de edad que dependía económicamente de él y 1.000 € para cada uno de los restantes).

Todo ello, sin perjuicio de la repetición de lo abonado frente al centro concertado que prestó la asistencia sanitaria, conforme se razona en la consideración segunda, por el procedimiento y en los términos establecidos en el convenio.

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,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.