

Dictamen Núm. 68/2021

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 abril de 2021, 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 8 de marzo de 2021 -registrada de entrada el día 10 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 familiar como consecuencia de un retraso diagnóstico y una deficiente atención sanitaria.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 27 de junio de 2019, los interesados presentan en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de un retraso diagnóstico y una deficiente atención sanitaria a la que atribuyen el fallecimiento de su madre y esposa, respectivamente.

Relatan las asistencias sanitarias recibidas por la paciente desde el 14 de enero de 2016, fecha en la que se le realiza una citología cérvico-vaginal con resultado negativo para lesión intraepitelial, indicando que ese mismo año es atendida por un sangrado posmenopaúsico y sometida a una revisión ginecológica, y tiempo después por una lesión perianal. Señalan que “ante la persistencia de los dolores y/o molestias se le efectúa el 13 de febrero de 2017 una biopsia incisional cutánea de región perianal”, y que el 29 de marzo de 2017, “después de llevar un año encontrándose mal, acude por las mismas dolencias a la Clínica porque se encuentra con un abdomen hinchado y muchas molestias”, y que al efectuarle un TAC abdominopélvico se le diagnostica una “carcinomatosis peritoneal, sin primario conocido”, por lo que acude al Servicio de Medicina Interna del Hospital, donde ingresa.

Indican que practicada una biopsia el día 10 de abril de 2017 se detecta una “infiltración por carcinoma de posible origen ovárico”, objetivándose en la realizada el 25 de abril de 2017 “una localización del tumor primario en ambos ovarios y en ambas trompas”, siendo sometida en esa fecha a una operación, a la que sigue un tratamiento quimioterápico recibiendo seis sesiones entre junio y octubre de ese año.

Manifiestan que “en abril de 2018, con ocasión del tratamiento de un coágulo que se le había detectado en la íliaca derecha, se incrementan las molestias y dolores en el ‘bajo vientre’, que fueron subiendo hasta la parte del hígado y del estómago, pero tanto el Servicio de Oncología como el resto de los profesionales le siguieron diciendo que era debido a la operación”.

Afirman que la paciente se sintió desatendida por parte del Hospital, por lo que acude a la Clínica el día 18 de mayo de 2018, donde se concluye que la presencia de líquido intraabdominal no permite descartar carcinomatosis, indicándole que informe de ello a la oncóloga que la trata, “y así se hizo ese mismo día (...). Ante la pasividad de los servicios médicos del (Hospital) acude por Urgencias por oclusión intestinal de cinco días, muy hinchada con dolor abdominal, el 30 de mayo de 2018”.

Tras reseñar que “se le había dado el alta el 7 de junio de 2018 en el (Hospital) indicando que el cáncer había recidivado”, se la cita “para valorar segunda línea de quimioterapia”. El 13 de junio de 2018 se inician nuevas sesiones, y destacan que el 20 de junio -fecha de la segunda sesión- la paciente había perdido 9 kilos de peso, “a lo que la oncóloga quitó importancia y le dijo que era porque estaba deshinchando y que todo iba bien”.

Mencionan que en los días sucesivos la enferma presentaba, además de malestar, manchas en la piel de color cardenalicio y fiebre, por lo que el marido se pone en contacto telefónico con el hospital informándole la oncóloga que “era normal después de la quimio”, y que “si la ingresaba se interrumpía” esta, “con lo que ello representaba”.

Por último, señalan que el 27 de junio de 2018 acudieron con la paciente a Urgencias en una Unidad de Soporte Vital Básico, produciéndose el fallecimiento al día siguiente “sin haber sido debidamente atendida, ni siquiera en sus últimas semanas de vida”.

Consideran que “ha existido una falta de diligencia por parte del (Hospital) en la detección de la enfermedad y en la atención debida a la paciente, que no tuvo siquiera un diagnóstico precoz”, y que después “tampoco” fue valorada adecuadamente la paciente “del tumor primario hasta que no han pasado meses”, sin ser “atendida ni siquiera en los momentos de mayor malestar y dolores”, teniendo los reclamantes “la firme sospecha de que de haber sido debidamente atendida su esperanza de vida hubiera sido mayor”.

Añaden una descripción de los padecimientos que sufrieron y de los sacrificios personales que tanto el esposo como el hijo hubieron de llevar a cabo para dedicarse al cuidado de la paciente, uno de los cuales hubo de trasladarse desde Madrid abandonando temporalmente a su propia familia y trabajo, con las consiguientes pérdidas de carácter económico. Por ello, solicitan una indemnización de doscientos mil euros (200.000 €), de los cuales 90.000 € corresponderían al marido, 50.000 € al hijo y 60.000 € serían para ambos por daños morales relacionados con la pérdida de oportunidad.

Se acompaña una copia del certificado de defunción de la finada y del Libro de Familia.

2. Mediante escrito de 30 de julio 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, el plazo de resolución y el sentido del silencio administrativo.

3. Previa solicitud formulada por la Instructora Patrimonial, el día 10 de septiembre de 2019 una Responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia en formato electrónico de la historia clínica de la finada, junto con los informes emitidos por los Servicios de Oncología y de Urgencias del Hospital

El informe elaborado por el Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias el 6 de septiembre de 2019 señala que la actuación del Servicio de Urgencias no tiene incidencia en el desarrollo del proceso asistencial, y precisa que la paciente fue atendida en tres ocasiones, decidiéndose en ellas su ingreso hospitalario y quedando, por tanto, a cargo de otros servicios.

El informe del Servicio de Oncología Médica, suscrito por el Jefe del Servicio y una doctora del mismo en calidad de interviniente en el proceso asistencial, describe el curso de la enfermedad desde la detección del carcinoma por el que es remitida al Hospital, reflejando que desde el inicio de aquel se evidencia un "pronóstico adverso" por "carcinoma seroso de alto grado de ovario pT3c pN1 estadio IIIC", que presenta "un riesgo de recaída alto, entre el 70-85 %". El informe recoge, asimismo, el tratamiento dispensado y sus controles, añadiendo la sucesiva aparición de factores de mal pronóstico (como la resistencia primaria al tratamiento o la presencia de una trombosis paraneoplásica en arteria ilíaca primitiva e interna derecha). Además, explica

que la paciente fue incluida en un ensayo clínico, lo que permitió que se le realizaran controles "más estrechos de los habituales en el seguimiento del cáncer de ovario".

Respecto a la reactivación de la enfermedad, refiere que "el diagnóstico de una recaída o progresión muy precoz (...) implica la incurabilidad de la enfermedad y acortamiento de la supervivencia", confirmándose en este caso la recidiva del cáncer de ovario el 5 de junio de 2018.

4. Con fecha 19 de junio de 2020, emite informe pericial una facultativa a instancia de la compañía aseguradora de la Administración en el que se concluye que la actuación "habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis*". Razona en él que "el diagnóstico se realizó en estadio avanzado de la enfermedad a pesar de que la paciente seguía controles en varios Servicios y se le habían realizado diferentes pruebas complementarias en años anteriores. Apuntar que no existe un método de detección precoz eficaz./ Tras el diagnóstico de adenocarcinoma de ovario seroso estadio IIIC, se actuó de manera diligente y siguiendo guías de actuación clínica y protocolos. Se realizó cirugía citorreductora, siendo esta subóptima con persistencia de tumor residual, lo que conlleva un peor pronóstico. Se inició tratamiento coadyuvante con (quimioterapia) según protocolos./ Tras finalizar tratamiento se constató respuesta parcial y buena tolerancia. En el TAC de control se detectó trombosis paraneoplásica (factor de mal pronóstico) y se incluyó en un ensayo clínico para el tratamiento, esta situación contribuyó a un seguimiento más exhaustivo de lo habitual en una paciente con Ca. de ovario./ Presentó recidiva de la enfermedad a los 8 meses (riesgo del 70-85 %) y se decidió tratamiento (quimioterápico) paliativo siguiendo protocolos. Dicho tratamiento no está exento de efectos secundarios (30 % de probabilidad de efectos adversos graves, 21 % de neutropenias grado 4 o más)".

Con base en una publicación de la Sociedad Española de Oncología Médica que transcribe, explica la elevada mortalidad del cáncer de ovario, en el

que la supervivencia a los 5 años en estadios III y IV es del 20-30 %, lo que se debe a dos factores. En primer lugar, a que habitualmente en las etapas iniciales es asintomático o presenta síntomas leves que se achacan a procesos benignos, y en fases avanzadas los primeros síntomas son habitualmente vagos y se confunden con molestias abdominales inespecíficas, como dispepsia o gases. Por ello el cáncer de ovario es difícil de diagnosticar precozmente, diagnosticándose en fases avanzadas en el 70-80 % de los casos. En segundo lugar -añade-, no existen métodos de detección precoz eficaces y validados.

5. Mediante oficio notificado a los interesados el 7 de septiembre 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, adjuntándoles una copia de los documentos obrantes en el expediente.

6. El día 29 de septiembre de 2020, presentan estos un escrito de alegaciones en el que reproducen el contenido de su reclamación e inciden en que la responsabilidad no deriva "del error en sí, sino por la falta de medios utilizados para no incurrir en el error, ello quiere decir que con haber realizado a la paciente un TAC ante los síntomas que presentaba, de haber llevado a cabo una exploración ginecológica completa, incluida una ecografía de los ovarios, se habría detectado el cáncer a tiempo, del que podría haber sido tratada sin llegar a metástasis que ya tenía al momento de su detección; igualmente, cuando empieza a agravarse su estado debería haberse ingresado (...) para atajar su estado en lugar de decir que todo era consecuencia de la quimioterapia y que no había necesidad de ingresarla".

En particular, reseñan la falta de práctica de analíticas completas los días 13 y 20 de junio de 2018, en los que se somete a la paciente a sesiones de quimioterapia con punción intravenosa (el día 13 con una duración de 120 minutos y el día 20 de 150 minutos), añadiendo que entre los días 30 de mayo

y 27 de junio no se le hace ninguna analítica ni se realiza recuento de plaquetas.

7. Mediante oficio de 6 de octubre de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a los reclamantes la necesidad de subsanación de su escrito de alegaciones, que carece de firma, concediéndoles para ello un plazo de 10 días.

Los interesados presentan su escrito de alegaciones debidamente firmado el 27 de octubre de 2020.

8. Con fecha 17 de noviembre de 2020, la Instructora Patrimonial requiere a la Gerencia del Área Sanitaria IV para que aclare la falta de práctica de ciertas analíticas y de constancia de marcadores tumorales a que se hace referencia en el escrito de alegaciones.

El día 1 de diciembre de 2020, la Gerencia del Área Sanitaria IV envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el informe suscrito el 27 de noviembre de 2020 por el Jefe del Servicio de Oncología Médica del Hospital y por una médica del mismo que intervino en el proceso asistencial. En él se reseña que "los controles analíticos del día 4-6-2018 fueron solicitados durante la hospitalización en Cirugía General, y por tanto no pedidos desde (...) Oncología Médica. La coagulación y los marcadores tumorales no eran necesarios en ese momento para la toma de decisiones./ Previa a la administración de quimioterapia el día 13-06-2018 se tomaron como referencia el hemograma extraído dos semanas antes, el 30-05-2018, así como la bioquímica realizada el 04-06-2018 (9 días antes). Dado que los valores eran adecuados y la paciente no estaba recibiendo quimioterapia en ese momento, y en ausencia de datos que orientasen a la necesidad de hacerlo, no se repitieron determinaciones el mismo día de la administración del día 1 del 1.º ciclo (13-06-2018)./ La analítica recomendada para la vigilancia de toxicidad (...) se le realizó previo a la administración del día 8 del 1.º ciclo (20-06-2018), siendo

los valores adecuados para recibir el tratamiento (1.900 neutrófilos, 163.000 plaquetas)./ Aunque la solicitud de coagulación y marcadores tumorales no se realiza de manera rutinaria previo a todas las sesiones de quimioterapia, en esta paciente sí se llevó a cabo la determinación de marcadores tumorales el día 8 del 1.º ciclo (20-06-2018)".

Se adjunta ficha técnica de la solución para perfusión, con las indicaciones en caso de cáncer de ovario.

9. Mediante oficio notificado a los interesados el 21 de diciembre de 2020, la Jefa de la Sección de Apoyo de la Dirección General de Política y Planificación Sanitarias les comunica la apertura de un nuevo trámite de audiencia por un plazo de quince días, al haberse incorporado nueva documentación al expediente.

El día 19 de enero de 2021, los perjudicados presentan un escrito de alegaciones en el que expresan que en el informe del Servicio actuante "nada se explica respecto a la reclamación de base", señalando que la argumentación sobre la falta de controles relativos a la coagulación y a los marcadores tumorales por no ser necesarios "añaden una nueva actuación negligente", afirmando que "sí que debían haberse realizado", sin que conste la causa por la que "no existían datos que orientasen la necesidad de hacer nuevo hemograma".

Reseñan que la documental obrante en el expediente se refiere a los días del mes de junio previos al fallecimiento de la paciente, debiendo tenerse en cuenta que no fue atendida debidamente "desde el inicio de su clínica y/o padecimiento, puesto que no es hasta que acude a la medicina privada" cuando "se descubre que no son problemas médicos del peritoneo o del abdomen, sino que tiene un carcinoma y no se conoce el primario", y se preguntan "qué se hizo con dicha persona entre los años 2011 y 2016", razonando que "tras un diagnóstico erróneo no se pudo atajar debidamente el padecimiento de base,

que no era otro que un carcinoma de ovarios”, que se detecta finalmente el 25 de abril de 2017 con presencia de metástasis.

Llaman la atención sobre la falta de respuesta a la alegación relativa a la pérdida de nueve kilos de peso en una semana entre dos sesiones de quimioterapia, lo que a su juicio debería haber llevado a la práctica de analíticas y estudios completos con carácter previo a la segunda sesión. Tampoco consideran que se les haya respondido a la alegación sobre mala praxis en la atención de la última fase de la enfermedad, en la que el marido de la paciente comunicó reiteradamente al personal del Hospital el estado de la misma (hematomas, manchas, fiebre, etc.), preguntando si “debía ingresarla”, a lo que se le contestó que “lo que decía que tenía era propio de la quimio y que si la ingresaba se interrumpía” esta, “con lo que ello representaba”, subrayando que “ni siquiera recibe cuidados paliativos en los días previos a su fallecimiento”.

10. Con fecha 25 de enero de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al entender que “la actuación sanitaria ha sido correcta y adecuada”, indicando que “el desenlace final de exitus ha sido consecuencia de un fallo multiorgánico en el contexto de una enfermedad neoplásica avanzada e incurable”. Tras reproducir lo expuesto en la pericial incorporada al expediente a instancia de la entidad aseguradora de la Administración acerca del difícil diagnóstico precoz del cáncer de ovario y las causas de su elevada tasa de mortalidad, observa que la paciente fue informada “del carácter avanzado, incurable y resistente de la enfermedad” el 13 de junio de 2018.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de marzo 2021, V. E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias objeto del expediente

núm. de la Consejería de Salud, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), están los interesados activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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 el día 27 de junio de 2019, habiéndose producido el fallecimiento de la paciente el día 28 de junio de 2018, por lo que es claro que la acción resarcitoria por el daño moral derivado de la defunción se ejercita dentro del plazo de un año legalmente determinado.

Se observa, no obstante, que los reclamantes esgrimen también otros conceptos resarcibles ligados a su sacrificio personal a resultas de la detección tardía del tumor, que cuantifican en 90.000 € para el viudo y 50.000 € para el hijo de la finada. Debe apreciarse que la acción resarcitoria por esos perjuicios, en la medida en que no se anudan al hecho del fallecimiento sino a episodios anteriores, es extemporánea.

Por otro lado, aunque solo se cuantifican los daños morales “relacionados con la pérdida de oportunidad” de sobrevivir, en la reclamación se denuncia también que la paciente “no es atendida ni siquiera en los momentos de mayor malestar y dolores”, pareciendo así deducirse unos perjuicios morales distintos a los derivados del fallecimiento que tampoco se reclamarían en plazo.

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 observa 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 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 y 24.3 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.- Reclaman los interesados una indemnización por los daños y perjuicios derivados del fallecimiento de su madre y esposa, respectivamente, a resultas del retraso diagnóstico y de la deficiente asistencia sanitaria dispensada a aquella.

Acreditados la realidad del óbito y los vínculos familiares entre quienes ejercitan la acción y la persona fallecida, es presumible la existencia del daño moral cuya indemnización se reclama en plazo. Ahora bien, como venimos reiterando, la mera constatación de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público y si ha de reputarse antijurídico.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo, 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.

También ha subrayado este Consejo 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, el reclamante 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 el supuesto objeto de análisis, los interesados denuncian una "falta de diligencia por parte del (Hospital) en la detección de la enfermedad (...), que no tuvo siquiera un diagnóstico precoz", y que después "tampoco" fue valorada debidamente la paciente "del tumor primario hasta que no han pasado meses", aludiendo a una pérdida de oportunidad terapéutica. Han de orillarse los reproches relativos a otras desatenciones sin incidencia en el fatal desenlace -"ni siquiera en los momentos de mayor malestar y dolores" y "ni siquiera en sus últimas semanas de vida"-, toda vez que no se cuantifica un daño derivado

de esos conceptos y, tal como razonamos en la consideración cuarta, estaría prescrito.

En suma, se esgrime -sin aportar pericial ni soporte probatorio alguno- una inadecuada interpretación de los síntomas que presentaba la fallecida, como la presencia de hinchazón y dolor en el vientre desde enero de 2016, sin razonar o evidenciar con especificidad que esos síntomas debieran haber conducido al diagnóstico precoz de la enfermedad. Añaden que tras un año padeciendo cierto malestar y dolor la enferma acude a una clínica privada en la que le realizan una prueba que permite detectar una carcinomatosis peritoneal sin primario conocido el 29 de marzo de 2017. Por segunda vez, y después de haber sido intervenida y tratada con quimioterapia en el Hospital, la enferma vuelve a la clínica privada en mayo de 2018 donde se le comunica la presencia de líquido intraabdominal, recomendándosele que informe del resultado de esta consulta a la oncóloga que la trata. Tras una reactivación de la enfermedad, es sometida a un nuevo ciclo de quimioterapia y presenta un gran deterioro físico. Los reclamantes consideran que concurre nuevamente mala praxis dada la indicación de tratamiento quimioterápico sin las prevenciones oportunas y sin llevar a cabo analíticas completas en una situación de evidente debilidad de la enferma, con el consiguiente desasosiego para los familiares.

Aducen los interesados una "firme sospecha de que de haber sido debidamente atendida su esperanza de vida hubiera sido mayor", concretando en el trámite de alegaciones que "con haber realizado a la paciente un TAC ante los síntomas que presentaba, de haber llevado a cabo una exploración ginecológica completa, incluida una ecografía de los ovarios, se habría detectado el cáncer a tiempo, del que podría haber sido tratada sin llegar a metástasis que ya tenía en el momento de su detección".

Sin embargo, no debe desconocerse que cuando se reclama por una pérdida de oportunidad terapéutica no solo ha de acreditarse una mala praxis médica sino también la puntual disponibilidad de una técnica que, aplicada al

caso concreto, hubiera conducido a un mejor resultado. En el caso examinado, a la vista de la complejidad diagnóstica del cáncer de ovarios (que se detecta en fases avanzadas en el 70-80 % de los casos) y de las reducidas expectativas de supervivencia que se constatan (20-30 % en estadios III y IV, con riesgo de recidiva del 70-85 %), difícilmente puede estimarse una pretensión resarcitoria fundada únicamente en la "firme sospecha" de los interesados.

En efecto, las publicaciones de la Sociedad Española de Oncología Médica, aportadas por la compañía aseguradora de la Administración, constatan la elevada mortalidad del cáncer de ovario, en el que la supervivencia a los 5 años en estadios III y IV es del 20-30 %. Puntualizan que en las etapas iniciales es asintomático o presenta síntomas leves que se achacan a procesos benignos, y que en fases avanzadas los primeros síntomas son habitualmente vagos y se confunden con molestias abdominales inespecíficas, como dispepsia o gases. Por ello, el cáncer de ovario es difícil de diagnosticar precozmente, detectándose en fases avanzadas en el 70-80 % de los casos. Por otro lado, se deja constancia de que no existen métodos de detección precoz eficaces y validados.

Precisamente la doctrina de la pérdida de oportunidad o imputación probabilística conlleva, en su formulación más común, la consideración de dos umbrales -uno en el entorno del 80 % y otro cifrado alrededor de un 20 % de opciones de que el resultado hubiese sido más favorable-, que de rebasarse determinan que se atienda la pretensión en su integridad o se desestime (cuando la probabilidad estadística descienda de ese 20 %). Esta construcción, si bien debe acogerse con ciertas cautelas, permite excluir cualquier pérdida de oportunidad atendible cuando se constata, como sucede en el supuesto examinado, que el resultado dañoso hubiera sido el mismo en la generalidad de los casos.

A lo anterior cabe añadir que no se objetiva aquí una infracción de la *lex artis*. Siguiendo el orden temporal mantenido en la reclamación, hemos de detenernos en primer lugar en que no se acredita en qué momento aparecen

síntomas en la paciente que hubieran podido hacer sospechar de la presencia del tumor. De la documentación obrante en el expediente resulta, al contrario, que esta fue atendida conforme a los protocolos aplicables según la dolencia que en cada caso aparecía, practicándosele en los servicios públicos en enero de 2016 una citología cérvico-vaginal y en febrero de 2017 una biopsia, siendo ambas negativas, esto es, pruebas adecuadas que no arrojaron ningún resultado en ese momento -que no coincide con aquel en el que acude a una clínica privada en la que se opta por practicar un TAC cuyo resultado evidencia una patología-.

En este sentido, venimos manteniendo que el servicio público sanitario no tiene la obligación de determinar la naturaleza de la enfermedad antes de la manifestación de sus signos clínicos típicos, ciñéndose el deber médico a la aplicación de los medios precisos en función de los síntomas mostrados por los pacientes. En otras palabras, y como venimos señalando de forma constante (por todos, Dictamen Núm. 28/2020), la *lex artis* médica no impone el empleo de más técnicas diagnósticas que las indicadas en función de los síntomas y signos clínicos apreciados en cada paciente, pero no ampara la realización prospectiva o indiscriminada de todo tipo de pruebas a falta de cualquier sospecha clínica, lo que no se ajustaría ni a la disponibilidad de medios ni a los requerimientos de la salud. Debemos subrayar, asimismo, que 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 a la fecha del diagnóstico.

Por ello, quien persigue ser indemnizado por mala praxis en la fase de diagnóstico debe acreditar de algún modo que los síntomas o signos existentes al tiempo de recibir la asistencia que reputa deficiente eran sugestivos en aquel momento de la patología finalmente evidenciada -al menos en un grado de probabilidad suficientemente significativo, ya que existen enfermedades de diversa entidad y prevalencia que cursan una clínica similar-, y que tal

sospecha diagnóstica imponía la aplicación de técnicas y medios distintos de los empleados. En este caso, tal extremo no ha sido probado por los reclamantes, que no han aportado pericial ni cita de literatura médica de la que resulte que la clínica que mostraba la paciente demandaba la realización de pruebas distintas de las llevadas a cabo; máxime cuando se practicaron sucesivamente una citología, una colonoscopia y una biopsia que objetivan la atención dispensada a lo largo de los dos años anteriores al fallecimiento.

Teniendo en cuenta que los únicos soportes probatorios de los que dispone este Consejo Consultivo y sobre los cuales ha de formar su juicio en cuanto al respeto de la *lex artis* son los informes elaborados a instancia de la Administración, y a falta de otros que los contradigan, hemos de estimar acreditado que no se produjo ningún tipo de desatención, y que la dificultad diagnóstica del tumor fue la determinante de la falta de detección precoz, sin que de haberse diagnosticado antes su recidiva se hubiera evitado el fatal desenlace.

Respecto de la asistencia prestada a partir de la confirmación de la patología, se observa que hubo un seguimiento constante de su evolución con la inclusión de la paciente en un ensayo clínico para su tratamiento que habría permitido una vigilancia más estrecha de su progresión, así como la práctica de diversos controles analíticos durante las sesiones de quimioterapia pautadas en atención al avance de la enfermedad. En este contexto, y en relación con las imputaciones relativas a las pruebas necesarias para aplicar el tratamiento quimioterapéutico, el Servicio interviniente ha justificado además la toma de decisiones y el criterio médico aplicado, sin que los reclamantes hayan aportado ninguna prueba en contrario.

En definitiva, no ha quedado acreditada ninguna infracción de la *lex artis*, estimándose que el fatal desenlace fue consecuencia de un tumor agresivo y de complejo diagnóstico, sin que en el estado actual de la ciencia existan métodos de detección precoz eficaces y validados ni técnicas de abordaje que permitan superar un tumor avanzado.

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.