

Dictamen Núm. 58/2022

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

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

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 17 de marzo de 2022, 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 30 de noviembre de 2021 -registrada de entrada el día 9 de diciembre de 2021-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios derivados del retraso en el diagnóstico de un tumor y la remisión a tratamiento paliativo.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 25 de marzo de 2021, tiene entrada en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños que se atribuyen al retraso diagnóstico de un tumor y a la omisión de cirugía curativa.

En el formulario a través del cual se plantea -firmado por la hija de la perjudicada- y al que se adjunta el escrito se expone que en marzo de 2020 la paciente “comienza con dolor en la zona alta de la espalda y pecho”, por lo que acude al médico de Atención Primaria que le receta analgésicos. Como el dolor

no cede, consulta con el médico de guardia del centro de salud y después telefónicamente con su médico de Atención Primaria. Precisa que el 31 de mayo de 2020 acude al Hospital "X" por "dolor torácico que le irradiaba a la espalda, hombros, zona lumbar y abdominal", siendo diagnosticada de "costocondritis con mal control analgésico".

Señala que en agosto de 2020 sufre una caída por mareo y se lesiona el tobillo derecho, por lo que vuelve al Hospital "X", donde le diagnostican además una infección de orina, prescribiéndosele analgésicos, reposo para su extremidad, antibióticos para la infección de orina y seguimiento por su médico de Atención Primaria.

Ante la persistencia del dolor se solicitan sesiones de rehabilitación y consulta al Servicio de Reumatología, siendo citada para el 21 de octubre de 2020. En esta consulta la especialista le comenta que "no le parece que tenga como diagnóstico concluyente una costocondritis", y pide una consulta con Cardiología por el dolor torácico persistente y un TAC.

Indica que el día 13 de noviembre de 2020 acude al Servicio de Urgencias del Hospital "X" por "dolor torácico agudo, disnea y fatiga que no remite ni con analgésicos", recomendándosele control con su médico de Atención Primaria y pautándole ansiolíticos y analgésicos, tras lo cual recibe el alta.

Manifiesta que, "como medida desesperada", el día 16 de diciembre de 2020 realiza un TAC en una clínica privada que revela como "posible diagnóstico principal" un "colangiocarcinoma de 6,5 x 6 cm localizado en segmentos VI y V adyacente al hilio hepático".

A la vista de ello acude al Hospital "X", y tras exploración y analítica se le solicita una ecografía para el día 23 de diciembre, reseñando que ese mismo día se lleva a cabo una biopsia que al dar con tejido necrótico del hígado y al ser el resultado nulo debe ser repetida, programándose para el 5 de enero de 2021. Menciona que el día 1 de enero de 2021 debe volver al hospital por "dolor abdominal" y le realizan una analítica en la que observan una ligera hematuria, y que el 4 de enero consulta nuevamente por "malestar general", quedando

ingresada hasta el día 12, efectuándosele la segunda biopsia, analíticas y estudios de imagen para valorar los hallazgos del TAC.

Reseña que el 14 de enero de 2021 acude de nuevo al hospital por dolor abdominal mal controlado, astenia y ansiedad, permaneciendo ingresada hasta el día 20. El resultado de la segunda biopsia confirma el diagnóstico de colangiocarcinoma, y se remiten los informes al Hospital "Y" para su valoración y tratamiento.

Significa que el 28 de enero de 2021 el Servicio de Oncología de este último centro les comunica la imposibilidad de tratamiento quirúrgico dado el "lugar y extensión" del tumor, y le ofrecen un ensayo clínico o un tratamiento de quimioterapia, eligiendo la paciente la primera opción. Quedando pendiente dicho tratamiento de los trámites de inicio, la familia decide buscar "una segunda opinión", y el Jefe del Departamento de Oncología del centro privado al que acuden considera que "faltan pruebas (...) para confirmar que el tumor no es operable o resecable", y recomienda que se le realicen a la paciente un "pet tac" y una resonancia. Dichas pruebas se practican el día 25 de enero, y tras exploración y valoración se confirma que "el tumor es aún operable", siendo intervenida la paciente el día 15 de febrero de 2021 en un centro privado.

Adjunta diversa documentación médica y las facturas correspondientes a los gastos del tratamiento.

**2.** Mediante oficio de 7 de abril de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica a la interesada 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.

Asimismo, le comunica la obligación de acreditar por cualquier medio válido en derecho la representación de su hija en el caso de que vaya a actuar como representante suya en el procedimiento.

**3.** El día 9 de abril de 2021, la Instructora Patrimonial designada al efecto solicita a la Gerencia del Área Sanitaria IV una copia de la historia clínica de la paciente y el informe del Servicio de Oncología Médica del Hospital "Y".

**4.** Mediante oficio de 13 de abril de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica a la perjudicada la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**5.** El día 20 de abril de 2021, el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio instructor la documentación solicitada.

En el informe suscrito con esa misma fecha por el Jefe del Servicio de Oncología Médica del Hospital "Y" se indica que "el Comité de Expertos (...) en colangiocarcinoma dictaminó que la cirugía no era un tratamiento adecuado para la paciente, al considerar que (...) era irresecable, tal como han demostrado los informes anatomopatológicos de la hepatectomía derecha realizada", que confirman que "el colangiocarcinoma sigue estando presente (...) en el resto del hígado de la paciente y que (...) puede tener, además, enfermedad metastásica oculta".

Señala que "el Servicio de Oncología Médica ha propuesto a la paciente iniciar el tratamiento quimioterápico recomendado por la evidencia científica como tratamiento posoperatorio".

**6.** Con fecha 13 de mayo de 2021, la representante de la interesada presenta nuevas facturas correspondientes a gastos derivados del tratamiento, que junto a las que acompañaban al escrito inicial suman un total de 29.728,41 €.

**7.** El día 18 de junio de 2021, emiten informe pericial a instancia de la entidad aseguradora dos especialistas, uno de ellos en Oncología Médica y el otro en

Cirugía General y del Aparato Digestivo. En él concluyen que “se cuestiona una supuesta pérdida de oportunidad terapéutica” de la perjudicada, “motivo por el que tuvo que acudir a la medicina privada que finalmente intervino a la paciente obteniendo una hipotética mayor supervivencia que si no hubiese sido intervenida”. La paciente “presentaba dolor torácico atípico desde marzo de 2020 (...). La presentación clínica del colangiocarcinoma intrahepático es inespecífica e insuficiente para establecer un diagnóstico. Los pacientes con enfermedad en estadio temprano suelen estar asintomáticos (...). Tras realización de un TAC toraco-abdominal el 17 de octubre de 2020 se objetiva una tumoración en el lóbulo hepático derecho de gran tamaño compatible con colangiocarcinoma intrahepático como primera posibilidad diagnóstica. Para su confirmación se realizan dos biopsias de la lesión (la primera no fue concluyente), confirmándose el día 07-01-2021 el diagnóstico de sospecha de colangiocarcinoma intrahepático (...). El día 22 de enero de 2021 es evaluada por el equipo del Comité de Tumores del Aparato Digestivo (integrada por cirujanos generales, oncólogos, digestivos, patólogos y radiólogos), descartándose cualquier opción quirúrgica con intención curativa por invasión vascular de la porta derecha y alcanzar el segmento hepático I y IV, quedando un volumen hepático (segmentos II-III) insuficiente. Tampoco es susceptible de radioembolización por localización intersegmentos y ser hipovascular (...). Consideramos totalmente acertada y ajustada a la normopraxis la actuación del médico especialista en Oncología y de los profesionales que evaluaron a la paciente en el Comité de Tumores. La decisión de tratamiento oncológico con intención no curativa es el adecuado y está avalado por la evidencia científica publicada (...). Consta acreditado que la cirugía realizada en el centro médico privado fue una cirugía con intención curativa pero que, desafortunadamente, no ha cumplido su objetivo (...). En la anatomía patológica de fecha 06-04-2017 (*sic*) tras la realización de la hepatectomía derecha se confirma la existencia de un colangiocarcinoma de gran tamaño (7 x 4 cm) con invasión perineural y linfovascular presente, con afectación del borde de resección del hígado por tumor (no hay margen libre), por lo que el pronóstico vital de la paciente no ha variado y la utilidad de la

misma es cuestionable (...). Los márgenes quirúrgicos tras la hepatectomía derecha están afectos en el segmento I hepático (...). Los principales factores pronósticos son el estado de los márgenes histológicos y la afectación de los ganglios linfáticos (...). Existe clara evidencia científica respecto a una mejor tasa de supervivencia a cinco años con márgenes libres en lugar de afectados histológicamente (19 a 47 por ciento versus 0 a 12 por ciento, respectivamente) (...). No se debe intentar la resección quirúrgica en un paciente que se cree que no tiene una enfermedad completamente resecable según los estudios de estadificación (...). Las tasas de supervivencia publicadas en pacientes intervenidos de colangiocarcinoma intrahepático a 1, 3 y 5 años fueron del 74,9 %, 51,8 % y 31,1 %, respectivamente. Las tasas de supervivencia libre de enfermedad a 1, 3 y 5 años fueron del 21,3 %, 6,4 % y 2,1 %, respectivamente. El análisis univariado mostró que el tamaño del tumor, el número de tumores, el tipo macroscópico, el estado del margen de resección, el estadio T y la afectación de los ganglios linfáticos fueron factores pronósticos significativos (...). Consideramos que la actuación de los profesionales sanitarios del (Hospital `Y´) realizaron un diagnóstico correcto y certero. La paciente fue evaluada de forma adecuada y establecieron el plan terapéutico más indicado para la grave patología que presentaba sin existir, en ningún caso, ninguna oportunidad terapéutica fruto de su actuación (...). La cirugía llevada a cabo en el centro médico privado no ha supuesto ninguna expectativa ni mejora en la supervivencia de la paciente. Por ese motivo no se aconseja su realización dentro del sistema público de salud”.

**8.** Mediante oficio notificado a la interesada el 8 de julio de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

Con fecha 29 de julio de 2021, la interesada presenta un escrito de alegaciones en el que se ratifica en los términos de su reclamación y valora el daño sufrido en cincuenta y siete mil un euros con cuarenta y un céntimos (57.001,41 €), “de los que 32.001,41 € se corresponden con el daño emergente

(gastos realizados y acreditados con las correspondientes facturas) y 25.000 € con el daño moral”. Asimismo, solicita “la ampliación del plazo de audiencia o, alternativamente (...), la apertura de un periodo de prueba a fin de que pueda incorporarse a este expediente el historial clínico completo (...), con su traslado a esta parte para completar el informe pericial que se está elaborando y proceder a su aportación”.

Acompaña un poder notarial de representación en favor de su esposo y de su hija, así como nuevos informes y diversa documentación médica.

**9.** El día 3 de agosto de 2021, la Instructora Patrimonial actuante solicita a la Gerencia del Área Sanitaria III una copia de la historia clínica completa de la paciente, tanto de la obrante en Atención Primaria como en Atención Especializada.

Con fecha 17 de agosto de 2021, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la documentación solicitada.

**10.** Evacuado un segundo trámite de audiencia, el 20 de septiembre de 2021 la interesada presenta un escrito de alegaciones en el que se ratifica nuevamente en los términos de su reclamación y solicita que se amplíe el plazo del trámite de audiencia para incorporar un informe pericial.

Adjunta resultados de análisis clínicos realizados a la paciente en el mes de septiembre de 2021 y nuevos informes médicos.

**11.** Mediante oficio notificado a la perjudicada el 4 de octubre de 2021, la Instructora Patrimonial le comunica la concesión de un plazo extraordinario de alegaciones de diez días.

Con fecha 18 de octubre de 2021, la interesada presenta un escrito de alegaciones al que adjunta el informe pericial suscrito por un especialista en Medicina Legal y Forense el 8 de octubre de 2021. En él se concluye que “se produjo cierto retraso en el diagnóstico (...) puesto que se objetivaron datos

patológicos en unos análisis que debieron orientar (...) hacia la posible existencia de una patología hepatobiliar que requería abordaje urgente (...). El diagnóstico de presunción de su patología se realizó en base a un TC que la paciente decidió realizar en un centro privado, costeándose ella misma ante el retraso en la citación de dicha prueba en el (Servicio de Salud del Principado de Asturias) (...). Debido al retraso en el diagnóstico la enfermedad avanzó, según su historia natural, en el plazo de un mes, hasta el punto de considerarla ya irreseccable y ser subsidiaria únicamente de tratamientos paliativos (...). Esto supuso, en términos de supervivencia global a 5 años, un desplome de un 30 a un 10 %". Añade que la enferma "reconsideró una segunda opinión acerca de su patología y aceptó ser sometida a cirugía en un centro privado (...). A pesar de que (...) el abordaje terapéutico realizado por el Servicio de Oncología fue correcto, en la actualidad no existe ninguna evidencia radiológica o bioquímica que indique progresión de la enfermedad, por lo tanto quizá el resultado del tratamiento al que finalmente decidió someterse (...) pueda considerarse satisfactorio".

**12.** Con fecha 22 de octubre de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella estima que "la asistencia sanitaria en la fase diagnóstica ha sido adecuada a la *lex artis*, empleando los medios y recursos disponibles y considerando la literatura médica, que reconoce que el diagnóstico de este tipo de tumores se realiza por lo general de forma tardía por tener una clínica inespecífica", y que la asistencia sanitaria "en la fase de tratamiento con la decisión de aplicar quimioterapia resulta adecuada y avalada por la evidencia científica publicada", y "así lo reconoce el dictamen pericial aportado por la (...) interesada", descartándose "cualquier opción quirúrgica con intención curativa por invasión vascular de la porta derecha y alcance de los segmentos hepáticos I y IV quedando un volumen hepático insuficiente", no siendo "tampoco (...) susceptible de radioembolización por localización intersegmentos y carácter hipovascular de la lesión".

Concluye que “el plan terapéutico acordado por el Comité de Tumores del (Hospital ‘Y’) era el más indicado, por lo que no cabe apreciar ninguna pérdida de oportunidad terapéutica fruto de su actuación, en todo momento adecuada a la *lex artis*”.

**13.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de noviembre de 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 adverada 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), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la 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 25 de marzo de 2021, y trae causa de un diagnóstico -tumoración “irreseccable” susceptible solo de tratamiento paliativo- que no se alcanza hasta el 28 de enero de 2021, además de precisar por su misma naturaleza del transcurso de un tiempo que despeje su acierto o error, por lo que es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

En asuntos similares (por todos, Dictamen Núm. 113/2018) hemos advertido que las reclamaciones formuladas por no obtener de la sanidad pública un tratamiento curativo, que finalmente se costea en la medicina privada, pueden demorarse el tiempo necesario para evidenciar a la vista de los resultados que el tratamiento omitido era eficaz, pues solo así dispone el perjudicado de una prueba concluyente. Por el mismo motivo, si ejercita anticipadamente su pretensión resarcitoria ha de soportar las consecuencias de que no poder acreditar la efectiva superación de la enfermedad.

**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 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

**QUINTA.-** El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Y en su apartado 2 que, “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

**SEXTA.-** Reclama la interesada el resarcimiento de los perjuicios materiales y morales derivados del tardío diagnóstico de un tumor intrahepático que se describió como irreseccable en la sanidad pública y del que fue intervenida en la medicina privada. Esgrime, en suma, dos deficiencias en la praxis médica: la demora diagnóstica -en cuanto puede entrañar una cierta pérdida de oportunidad terapéutica- y la pauta de tratamiento paliativo, en la medida en que sostiene que disponía de opciones curativas. Aunque ambas construcciones no son entre sí conciliables o acumulables, pues si el abordaje curativo fue eficaz no cabe hablar de pérdida de oportunidad terapéutica, se impone el ordenado examen de la pretensión deducida.

Queda acreditada la realidad del daño, pues a la enferma se le detectó un tumor que antes había pasado desapercibido, y para su abordaje acudió a la medicina privada a la vista del diagnóstico de irreseccabilidad. Acciona tanto por el daño moral que asocia a este episodio como por los gastos en los que incurre al no dispensársele en la sanidad pública una opción curativa. También estos últimos pueden reclamarse por el cauce de la responsabilidad patrimonial, si bien quedan sometidos a los mismos requisitos generales que cualquier otra

reclamación de esta índole. Consecuentemente, habrá que analizar, además de su efectividad, si nos hallamos ante un daño antijurídico -en definitiva, un daño que el perjudicado no tenga la obligación de soportar- y si ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes 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 la reclamante y cuya efectividad ha sido acreditada es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida. Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento 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 retraso en el diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*. En definitiva, y como expone la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 13 de mayo de 2021 -ECLI:ES:TSJAS:2021:1566-, “solo en el caso de que se produzca una infracción de dicha *lex artis* responde la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos por lo que deberán ser soportados por el perjudicado. La obligación se concreta en prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Estamos ante un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida; criterio que es fundamental pues permite delimitar los supuestos en los que verdaderamente puede haber lugar a responsabilidad”.

También ha subrayado este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 246/2017 y 146/2019) 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, 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 planteado se esgrime, por un lado, una demora en la detección del tumor de la que deduce la reclamante una pérdida de oportunidad de supervivencia, aportando en el trámite de alegaciones una pericial formulada por un especialista en Medicina Legal y Forense en la que se afirma que “debido al retraso en el diagnóstico la enfermedad avanzó, según su historia natural, en el plazo de un mes”, llegando a ser considerada irreseccable, y que “esto supuso,

en términos de supervivencia global a 5 años, un desplome de un 30 a un 10 %”.

Al respecto, debemos subrayar 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 asunto sometido a nuestra consideración, sin embargo, no se constata mala praxis ni se objetiva que la cirugía curativa haya surtido ese pretendido efecto.

Por parte de la reclamante ni siquiera se aísla o reseña en virtud de qué evidencias debió alcanzarse un diagnóstico precoz, limitándose la pericial aportada a afirmar el hecho del “retraso diagnóstico” pero sin deducir de ese retardo una mala praxis contextualizada. Es claro que, siendo la clínica del paciente la que determina el alcance de la obligación de medios, no pueden proyectarse *ex post facto* los elementos ignorados al momento de dispensarse la atención sanitaria y conocidos al tiempo de su enjuiciamiento. Por esta razón, quien persigue ser indemnizado por mala praxis en la fase de diagnóstico ha de acreditar que los síntomas o signos existentes al tiempo de recibir la asistencia que reputa deficiente eran sugestivos de la patología finalmente evidenciada -al menos en un grado de probabilidad suficientemente significativo, ya que existen patologías 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 el supuesto que analizamos esto no ha sido probado por la interesada, que sostiene su imputación sobre la base del diagnóstico *a posteriori*, pues la pericial que encarga únicamente alude -con marcada vaguedad- a que “se produjo cierto retraso en el diagnóstico (...), puesto que se objetivaron datos patológicos en unos análisis que debieron orientar (...) hacia la posible existencia de una patología hepatobiliar que requería abordaje urgente”. Esta misma pericial reconoce que “el pronóstico de esta neoplasia es malo puesto que la mayoría de los pacientes debutan en enfermedad avanzada”, y se limita a argumentar que en enero de 2021, cuando fue diagnosticado el tumor, se encontraba en “estadio IIIb” debido a la invasión de la vena porta “que no

parecía existir en el TC de 16 de diciembre de 2020". Se reduce así a sugerir la posibilidad de que un diagnóstico anterior, manifiestamente incierto un mes antes, pudiera haber detectado el tumor en "estadio II" y "beneficiarse de otras posibilidades de tratamiento", pero reconociendo al mismo tiempo la dificultad diagnóstica ("la mayoría de los pacientes debutan en enfermedad avanzada") y sin especificar la sintomatología que debió conducir a una más pronta detección.

Frente a ello, los especialistas (uno de ellos en Oncología Médica) que informan a instancias de la compañía aseguradora se detienen en el devenir de la paciente y razonan que "la presentación clínica del colangiocarcinoma intrahepático es inespecífica e insuficiente para establecer un diagnóstico", y que "los pacientes con enfermedad en estadio temprano suelen estar asintomáticos", siendo "tras realización de un TAC toraco-abdominal el 17 de octubre de 2020" cuando se objetiva "una tumoración (...) compatible con colangiocarcinoma intrahepático como primera posibilidad diagnóstica. Para su confirmación se realizan dos biopsias de la lesión (la primera no fue concluyente), confirmándose el día 07-01-2021 el diagnóstico de sospecha de colangiocarcinoma intrahepático". Tras ello, el día 22 de enero de 2021 la paciente es evaluada por el equipo del Comité de Tumores del Aparato Digestivo, sin que se advierta retardo alguno que pueda asociarse a una mala praxis.

Por otra parte, aun en el supuesto de que se apreciara alguna infracción de la *lex artis* no cabría reconocer un resarcimiento por pérdida de oportunidad terapéutica, toda vez que no consta en este momento la situación clínica de la perjudicada y sí que hace valer, al menos hasta la fecha, la eficacia del tratamiento curativo al que se sometió.

En cuanto al supuesto error consistente en derivar a la enferma a tratamiento paliativo, el tiempo transcurrido no alcanza a evidenciar la supervivencia de la reclamante al tumor por el hecho de haberse sometido a una intervención quirúrgica que fue descartada por invasión vascular de la porta derecha y alcance de los segmentos hepáticos I y IV, dejando un volumen hepático insuficiente. El único soporte que aporta al respecto es la pericial que acompaña a sus alegaciones, y esta encierra de nuevo un grado de vaguedad o

confusión. El perito de la perjudicada subraya en su informe que “la resección completa con márgenes quirúrgicos negativos es la única opción para obtener la cura del cáncer de vías biliares”, concluyendo dudosamente que “no existe ninguna evidencia radiológica o bioquímica que indique progresión de la enfermedad, por lo tanto quizá el resultado del tratamiento al que finalmente decidió someterse (...) pueda considerarse satisfactorio”. En cambio, los especialistas que informan a instancia de la entidad aseguradora dejan constancia de que en la anatomía patológica fechada el 6 de abril de 2021 (por error citan el año 2017), tras la realización de la hepatectomía derecha, se confirma la existencia de un “colangiocarcinoma de gran tamaño (7 x 4 cm) con invasión perineural y linfovascular presente, con afectación del borde de resección del hígado por tumor (no hay margen libre), por lo que el pronóstico vital de la paciente no ha variado y la utilidad de la misma es cuestionable”. Insisten en que “los márgenes quirúrgicos tras la hepatectomía derecha están afectados en el segmento I hepático”, y concluyen que la cirugía “con intención curativa (...) no ha cumplido su objetivo”.

La contundencia de estas apreciaciones -basadas en los concretos datos que arroja la hepatectomía realizada tres meses después de la intervención- contrasta con la imprecisión de la pericial de la reclamante, que solo en términos hipotéticos -y contrarios a la reseñada evidencia clínica- sostiene que “quizá” el resultado de la intervención quirúrgica “pueda” considerarse satisfactorio.

A la luz de una y otra pericial, no puede sino advertirse que la librada por los especialistas en Oncología Médica y en Cirugía General y del Aparato Digestivo es detallada, coherente y contextualizada, mientras que la aportada por la perjudicada no vierte ninguna conclusión sólida o terminante respecto a la supervivencia de la enferma, que no puede afirmarse en este momento en contra de la evidencia científica que se deduce de las actuaciones.

En definitiva, del análisis del expediente en su conjunto no resulta acreditada ninguna actuación de los profesionales sanitarios contraria al buen quehacer médico, revelándose que el daño reclamado es consecuencia de una patología, de por sí inespecífica y de difícil diagnóstico, cuyo foco no fue

detectado antes a pesar de haberse aplicado las técnicas oportunas, y que fue adecuadamente abordado desde la sanidad pública, sin que proceda suplantar el parámetro de la *lex artis* por el de una obligación de resultado.

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.