

Dictamen Núm. 225/2022

V O C A L E S :

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

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 29 de septiembre de 2022, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 12 de mayo de 2022 -registrada de entrada el día 17 de ese mismo mes-, y una vez atendida con fecha 29 de agosto de 2022 la solicitud de información para mejor proveer, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados del fallecimiento de su familiar que atribuyen a la falta de tratamiento adecuado de una metástasis hepática por cáncer de colon.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 30 de septiembre de 2021, los interesados -esposo e hija de una paciente- presentan en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos como consecuencia del fallecimiento de su familiar, que atribuyen a un retraso en el abordaje de una

metástasis que generó “una pérdida de oportunidad de poder realizar un tratamiento curativo viable”.

Exponen que la paciente acudió al Servicio de Salud del Principado de Asturias el día 1 de octubre de 2016 para “la realización, entre otras pruebas, de ecografía de abdomen completo, TC de abdomen, colonoscopia, y anatomía patológica”, estableciéndose el diagnóstico de “adenocarcinoma infiltrante de bajo grado en los fragmentos recibidos./ Tras dicha valoración se decide por los servicios médicos que se proceda a intervención quirúrgica programada en fecha 29 de noviembre de 2016” en el Hospital, practicándosele “una hemicolectomía izquierda por E. y con diagnóstico principal (de) neoplasia de colon, como obra en el informe (...) de alta de fecha 5 de diciembre de 2016”.

Señalan que “el 16 de diciembre de 2016 se realiza la primera visita al Servicio de Oncología Médica tras el diagnóstico de adenocarcinoma de sigma de bajo grado, estadio pT4a, N1b M0, tras hemicolectomía izquierda se pauta tratamiento quimioterápico adyuvante (...). Asimismo, se solicita (...) analítica completa con marcadores tumorales y ecografía abdominal dada la presencia de una lesión focal subcentimétrica hepática no filiada de la cual se aconseja seguimiento./ Se finaliza el tratamiento con éxito”.

Refieren que el “22 de marzo de 2019, y tras ecografía de mama no definida, se realiza biopsia con resultado de carcinoma ductal invasivo mama, categoría BI-RADS 6, con nódulo (de) 9 mm en región suprareolar de mama derecha y lesión B3 (papiloma) en intercuadrantes externos de mama izquierda. Se produce ingreso en fecha 03 de mayo de 2019 para cirugía conservadora más ganglio centinela en mama derecha con carcinoma ductal infiltrante de 6 mm, pautando tratamiento de quimioterapia y (...) de radioterapia./ Posteriormente se continúa con tratamiento y seguimiento de la mama izquierda por microcalcificaciones diagnosticadas como papiloma”.

Indican que “debido a dicho seguimiento en estudio recogido en informe de fecha 30 de abril de 2020 se aprecian `lesiones focales hepáticas hipodensas con tenue realce periférico, compatibles con metástasis al menos tres en segmento 4 y 8 y 5. La mayor de 7,4 cm de diámetro máximo´ (...). Pues bien,

pese a este informe claro y palmario respecto a las lesiones que presentaba la paciente no se realizó ninguna actuación tendente a tratar esta patología; es más, en fecha 15 de septiembre de 2020 se realiza otra revisión de las mamas pero en ningún momento se aborda la patología hepática ni se le informa de la misma./ En fecha 30 de octubre de 2020, es decir 6 meses después de realizarle la prueba con informe de lesión maligna hepática, la paciente es citada a consulta en la que se le informa de que es necesaria una biopsia y valoración del crecimiento (...), ya que en abril la lesión era de 7,4 cm y desde entonces no se realizó ninguna actuación tendente a la curación (...). El 17 de noviembre de 2020 la paciente acude a consulta, donde se le diagnostica (metástasis) hepáticas pendientes de quimioterapia, haciendo referencia al TAC realizado en abril (es decir, 6 meses antes), se le propone la colocación de catéter reservorio con próxima cita para el 24 de noviembre (...), y tras informe anatomopatológico (...) de fecha 05 de noviembre se determina metástasis por adenocarcinoma de colon./ El 10 de diciembre de 2021 (*sic*) ingresa para la colocación del catéter pautado". Añaden que el 19 de diciembre de 2020 acude al Hospital "por diarrea grado III, alteración de la coagulación secundaria a la patología hepática y pancitopenia secundaria al tratamiento citostático. Con mala evolución es exitus en fecha 23 de diciembre de 2020./ El informe de (...) 28 de diciembre de 2020 (...) refiere:/ `Causa inmediata: parada cardiorrespiratoria./ Causa intermedia: insuficiencia renal y pancitopenia./ Causa fundamental: adenocarcinoma de colon metastático´".

Sostienen que "como consecuencia del grosero error y consiguiente falta de diagnóstico se produjo un retraso de 8 meses en la detección y tratamiento de la verdadera enfermedad, lo que supone una pérdida de oportunidad de poder realizar un tratamiento curativo viable", y que debido a "esta cadena de errores injustificables la madre y esposa de los reclamantes falleció".

Cuantifican la indemnización que solicitan en ciento cuarenta y dos mil ciento veintiún euros con trece céntimos (142.121,13 €), de los cuales 120.628,93 € corresponderían al cónyuge y 21.492,37 € a la hija.

Adjuntan copia del certificado de fallecimiento de la paciente y del testamento.

El día 26 de octubre de 2021, una abogada presenta en una oficina de correos un escrito al que adjunta copia del poder otorgado en su favor por los reclamantes.

2. Mediante oficio de 5 de noviembre de 2021, 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 plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Previa solicitud formulada por el Inspector de Prestaciones Sanitarias actuante, el 20 de diciembre de 2021 la Gerencia del Área Sanitaria V le remite una copia de la historia clínica de la paciente y los informes evacuados por los servicios de Oncología Médica y de Cirugía del Hospital

En el informe del Jefe del Servicio de Cirugía, de 16 de noviembre de 2021, se recoge el "01-10-2016 (...): TC de abdomen (...): se observa un engrosamiento mural concéntrico con severa estenosis de la luz sugestivo de neoformación de unos 27 mm de longitud, situada en el tramo proximal del sigma, sin llegar a evidenciar extensión extramural ni alteración de la grasa perisigmoidea, y que condiciona una severa dilatación del colon proximal a la misma con ciego de 9 cm de diámetro transversal, apreciando algunas burbujas de gas aparentemente intramural sugestivo de neumatosis en la pared medial del colon ascendente. Se visualiza un ganglio de 8 mm local en la grasa perisigmoidea superior. Hígado hiperecogénico de forma difusa en ecografía compatible con esteatosis. Se observa una pequeña lesión focal hipodensa subcentimétrica en segmento 8 hepático, inclasificable debido a su pequeño tamaño, se aconseja seguimiento. Colelitiasis con voluminoso cálculo en la luz vesicular, bazo, páncreas, glándulas suprarrenales y riñones sin hallazgos significativos. No se observa líquido libre intraperitoneal. No se aprecian

alteraciones significativas en las bases pulmonares ni lesiones que sugieran metástasis en el esqueleto incluido en el estudio (...). Anatomía Patológica 06-10-2016: biopsia de intestino grueso (sigma): adenocarcinoma infiltrante de bajo grado en los fragmentos recibidos (...). Intervención quirúrgica 29-11-2016 (...): hemicolectomía izquierda por laparoscopia (...). Evolución y comentarios: favorable, estando afebril, asintomática, haciendo deposición y tolerando dieta en el momento del alta. Comité de Colon 9-12-16: para tratamiento complementario con quimioterapia. Siguió revisiones según protocolo cada 3-4 meses con analítica, TC y colonoscopia”.

Señala también “intervención 1 (3-5-19): de forma programada se realiza tumorectomía MD guiada con arpón y BSGC sin incidencias (...). Anatomía Patológica (...): tumorectomía mama derecha (...): tamaño: 6 x 6 mm. GH: III + CDIS de alto grado (tamaño aproximado 4 x 3 mm). Márgenes todos libres de neoplasia invasiva e *in situ* a más de 5 mm./ Invasión linfovascular ausente. Invasión perineural ausente. Necrosis en componente invasivo presente (...). Decisión de Comité Tumores 15-5-19: radioterapia + quimioterapia./ También siguió revisiones según protocolo en la Unidad de Mama./ El 26-2-2020 acude a revisión con la Unidad de Colon: tuvo Ca de mama derecha, cirugía y posterior radioterapia./ Asintomática desde el punto de vista digestivo./ Solicito TAC y MT, incluyo Ca 15.3. EF anodina./ El 30-4-2020 realiza el TC pedido el 26-2-2020: no se objetivan lesiones nodulares en parénquima pulmonar ni adenopatías mediastínicas o axilares./ Aparición de lesiones focales hepáticas hipodensas con tenue realce periférico compatibles con metástasis, al menos tres en segmento 4 y 8 y 5, la mayor esta última de aproximadamente 7,4 cm de diámetro máximo. No se objetivan signos de recidiva local, líquido libre, imágenes que sugieran implantes peritoneales, ni adenopatías intraabdominales./ Colelitiasis. Vía biliar de calibre normal./ Sin otros hallazgos relevantes en el resto de estructuras intraabdominales u otros cambios respecto a previo./ No se observan lesiones óseas sugestivas de malignidad en el esqueleto incluido./ Conclusiones: aparición de lesiones focales hepáticas compatibles con metástasis./ Hasta el día 13-10-2020 no es vista en consultas

externas: avisa telefónicamente la médica de Familia de la paciente que al ir a la consulta le preguntó por el resultado del TAC de abril, viendo entonces el informe con la sospecha de (metástasis) + CEA elevado. La paciente tiene cita en noviembre (...). Comité de Tumores 6-11-2020: biopsia de LOES hepáticas compatible con metástasis de adenocarcinoma de colon, decidiéndose tratamiento con (quimioterapia)".

El informe del Servicio de Oncología, de 10 de diciembre de 2021, señala que "el 04-06-2019 la paciente es vista (...) en primera visita tras habersele diagnosticado en Cirugía General un carcinoma ductal infiltrante de mama derecha tras cirugía conservadora que se le practicó el 03-05-2019. Tras cirugía se objetivó un carcinoma ductal infiltrante de 6 mm grado 3, con márgenes libres y 3 ganglios centinelas negativos (...). Se estadía como pT1b pN0 M0, recibiendo (...) tratamiento citostático adyuvante con Paclitaxel semanal seguido de FEC 100 que inicia el 04-06-2019 y completa el 16-09-2019./ Por la débil positividad de receptores estrogénicos inicia el 21-10-2019 Tamoxifeno adyuvante y es citada en 1 año en revisión./ El 16-11-2020 es valorada de nuevo en consulta en Oncología Médica tras haberse detectado LOEs hepáticas en TAC de control en la Unidad de Colon con biopsia positiva para metástasis de carcinoma de colon, KRAS no mutado, por lo que inicia tratamiento citostático con Capecitabina + Cetuximab el 30-11-2020, ingresando el 19-12-2020 por diarrea y dolor abdominal secundario a tratamiento citostático; durante ingreso y a pesar de tratamiento de soporte activo la evolución de la paciente no es buena, siendo exitus el 23-12-2020".

4. Con fecha 7 de marzo de 2022, emiten informe pericial a instancias de la compañía aseguradora de la Administración dos especialistas, uno de ellos en Oncología Médica y el otro en Cirugía General y del Aparato Digestivo.

Afirman que "los profesionales sanitarios del Hospital realizaron un diagnóstico correcto y ajustado a la *lex artis ad hoc*, estableciendo el plan terapéutico más indicado para la grave patología que presentaba" la paciente, "sin existir en ningún caso (...) pérdida de oportunidad terapéutica fruto de su

actuación (...). Con el diagnóstico de adenocarcinoma de colon en estadio IV es evaluada por el equipo del Comité de Tumores del Aparato Digestivo (integrado por cirujanos generales, oncólogos, digestivos, patólogos y radiólogos), descartándose cualquier opción quirúrgica. El Comité de Tumores decide de forma colegiada ofrecer a la paciente la posibilidad de tratamiento oncológico quimioterápico, puesto que no presenta criterios de cirugía y/o reseccabilidad de las metástasis hepáticas (...). Consideramos totalmente acertada y ajustada a la normopraxis la actuación de los profesionales que evaluaron a la paciente en el Comité de Tumores. La decisión de tratamiento oncológico con intención no curativa es (la) adecuada y está avalada por todas las guías clínicas oncológicas del manejo del cáncer de colon metastásico de la (...) (Sociedad Española de Oncología Médica), (...) (European Society for Medical Oncology) y (...) (American Society of Clinical Oncology) (...). En contra de lo manifestado en la reclamación, en este caso en particular no objetivamos ninguna pérdida de oportunidad terapéutica puesto que, dada la gravedad, extensión y afectación metastásica del hígado ya visible en el TAC toracoabdominal de fecha 30 de abril del 2020, no cumplía criterios de reseccabilidad ni cirugía, por lo que no existe ningún tratamiento posible con intención curativa ya desde el momento del diagnóstico de la enfermedad metastásica en abril de 2020. Por lo tanto, un comienzo más inmediato de la quimioterapia paliativa no hubiese modificado el curso natural de su cáncer ni habría tenido una mejor supervivencia (...). De hecho, la paciente fallece precisamente por una complicación típica (diarrea) derivada de la administración de la quimioterapia que se puede producir en cualquier ocasión, independientemente del momento de la administración de la misma, sea seis meses antes o después”.

5. Mediante oficio notificado a los reclamantes el 18 de marzo de 2022, la Jefa de la Sección de Apoyo del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios les comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándoles una copia de los documentos obrantes en el expediente.

El día 13 de abril de 2022, la representante de los interesados presenta a través del Sistema de Interconexión de Registros un escrito de alegaciones. En él expone que en el informe del Servicio de Cirugía se indica que el "30 de abril de 2020 se le realiza un TC de control en el cual se pueden objetivar lesiones compatibles con metástasis en 3 segmentos 4, y 8 y 5, la mayor con un tamaño de 7,4 cm de diámetro. Si bien no es hasta el 13 de octubre de 2020 que no es vista por consultas externas: avisa la médica de Familia de que la paciente al ir a la consulta le pregunta por el resultado del TC de abril, viendo entonces el informe con la sospecha de (metástasis) + CEA elevado./ El 06 de noviembre de 2021 (*sic*) se reúne el Comité de Tumores y se decide tras biopsia de LOES hepáticas compatibles con metástasis de adenocarcinoma de colon (...) tratamiento con (quimioterapia)./ Pues bien, en este informe de fecha 16 de noviembre de 2021 se especifica claramente que se le realiza un TC de control el 30 de abril de 2020, si bien no es hasta requerimiento de la paciente, hoy fallecida, cuando se le da la información (...), acordando el comité de expertos poner tratamiento de quimioterapia a la paciente./ Sorprende a esta parte que se indique por el perito médico que (...) este tipo de afectación metastásica no cumplía criterios de reseccabilidad ni cirugía por lo que es indiferente el momento del inicio del tratamiento paliativo, puesto que en cuanto se detecta dicha patología se inician los trámites".

Señala que en el informe del Servicio de Oncología Médica de 10 de diciembre de 2021 "nuevamente se reconoce que en TAC de control de abril se detecta metástasis de carcinoma de colon KRAS no mutado, por lo que se inicia tratamiento citostático con Capecitabina + Cetuximab 30-11-2020, ingresando por dolor abdominal y diarrea secundario a tratamiento citostático (...). En ningún caso se hace mención a tratamiento paliativo por parte de ninguno de los doctores que han emitido informe, sino que se plantea tratamiento con anticuerpos y quimioterapia sistémica a fin de tratar esa metástasis, con lo que no podemos aceptar la valoración del perito" de que es "un tratamiento paliativo y que es indiferente el tiempo de tratamiento ya que la calidad de vida y esperanza de la misma es idéntica".

Subraya que el informe de 28 de diciembre de 2020 del Servicio de Oncología Médica recoge, en relación con el exitus, como “causa inmediata: parada cardiorrespiratoria./ Causa intermedia: insuficiencia renal y pancitopenia./ Causa fundamental: adenocarcinoma de colon metastático”, y que “no puede en ningún caso” ser cierta “la afirmación de que es indiferente realizar un tratamiento en abril de 2021 (*sic*) o a finales de noviembre de 2021 (*sic*) porque entonces debemos (...) considerar que se ha tratado a la paciente con carácter innecesario cuando (...) ha tenido unas consecuencias físicas muy duras para ser un tratamiento que no sirve para nada./ Lo que sí ha quedado acreditado es que (...) ha tenido una falta de oportunidad y deficiente asistencia médica que ha derivado en fallecimiento con muchas complicaciones y mala calidad de vida (...), y que no podemos materializar en plazos exactos de supervivencia pero sí podemos establecer que esa falta de asistencia ha causado un grave perjuicio para la fallecida y su familia y la pérdida de oportunidad de realizar un tratamiento curativo viable”.

6. El día 5 de mayo de 2022, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella afirma que “no ha existido pérdida de oportunidad. Un comienzo más inmediato de la quimioterapia paliativa no hubiese modificado el curso natural de su cáncer ni habría tenido una mejor supervivencia, incluso pudiera haberse dado el caso de un fallecimiento más prematuro si se hubiera iniciado antes. La paciente no fallece por el cáncer, sino por la toxicidad de la quimioterapia que le ocasiona diarrea, insuficiencia renal y pancitopenia. Dado lo avanzado del tumor (ya cuando se hace el TAC, en abril de 2020) el tratamiento quimioterápico no tenía una finalidad curativa, sino de mejorar la sintomatología y la calidad de vida de la paciente”.

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 12 de mayo de 2022, 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.

Recabada por este Consejo Consultivo, para mejor proveer, la ampliación del expediente a fin de disponer de los elementos precisos para un pronunciamiento, el día 29 de agosto de 2022 se recibe en este órgano la información solicitada de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.3 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias. En el informe complementario del Jefe del Servicio de Cirugía General se señala que "el 30-04-2020 (se) realiza TC pedido el 26-2-2020. Por tanto, hay una demora de 2 meses en la realización (...). Normalmente el médico que pide el TC debe consultar en su buzón de Selene donde llegan los informes. Por tanto, o no se revisó o se le pasó citar a la paciente (...). El Servicio encargado de informar es el de Cirugía General y Digestiva, que es quien pidió el TC (...). Es cierto que normalmente se dice al paciente que después de hacer el TC pida revisión (...). Hubo una demora clara entre el TC y la revisión del día 13-10-2020./ Por tanto, se puede concluir que sí hubo pérdida clara de ventaja y oportunidad terapéutica, ya que las metástasis hepáticas de adenocarcinoma de colon tienen tratamiento con quimioterápicos asociados a los medicamentos biológicos tipo Bevacizumab que pueden tener beneficio en tiempo de supervivencia".

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, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que "El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas".

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 30 de septiembre de 2021, y el fallecimiento de la paciente se produce el día 23 de diciembre de 2020, por lo que es claro que se acciona dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe del servicio afectado, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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

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

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

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

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

SEXTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que los interesados reclaman una indemnización por los daños sufridos como consecuencia del fallecimiento de su familiar, que atribuyen a un retraso en el abordaje de la metástasis de un tumor de colon que generó “una pérdida de oportunidad de poder realizar un tratamiento curativo viable”.

Acreditada a la vista de la documentación obrante en las actuaciones la efectividad del daño sufrido, hemos de reparar en que 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 sanitario y si ha de reputarse antijurídico, en el sentido de que se trate de un daño que los interesados no tuvieran el deber jurídico de soportar.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 182/2019), 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 eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, 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 concretos.

Por tanto, para poder 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, 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 un defectuoso diagnóstico ni un error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes.

También ha subrayado este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res*

ipsa loquitur o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de esos supuestos, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama. Esto es, la responsabilidad patrimonial no solo requiere que se constaten deficiencias en la atención médica prestada, sino también que el perjuicio cuya reparación se persigue sea una consecuencia o tenga como factor causal dicha prestación sanitaria.

En el supuesto analizado, los interesados sostienen en su escrito inicial que en el contexto de seguimiento oncológico de su familiar, en un informe fechado a 30 de abril de 2020, se habían apreciado "lesiones focales hepáticas hipodensas con tenue realce periférico compatibles con metástasis, al menos tres en segmento 4 y 8 y 5", y que "pese a este informe claro y palmario respecto a las lesiones que presentaba la paciente no se realizó ninguna actuación tendente a tratar esta patología", añadiendo que cuando el "15 de septiembre de 2020 se realiza otra revisión de las mamas (...) en ningún momento se aborda la patología hepática ni se le informa de la misma". Advierten que el "30 de octubre de 2020, es decir 6 meses después de realizarle la prueba con informe de lesión maligna hepática (...), es citada a consulta" en la que se le indica que "es necesaria una biopsia y valoración del crecimiento desde abril, ya que en abril la lesión era de 7,4 cm y desde entonces no se realizó ninguna actuación tendente a la curación", y que "el 17 de noviembre de 2020 la paciente acude a consulta donde se le diagnostica (metástasis) hepáticas pendientes de quimioterapia, haciendo referencia al TAC realizado en abril (es decir, 6 meses antes), se le propone la colocación de catéter reservorio (...) y, tras informe anatomopatológico (...) de fecha 05 de noviembre se determina metástasis por adenocarcinoma de colon". Concluyen de todo ello que "se produjo un retraso de 8 meses en la detección y tratamiento de la verdadera enfermedad, lo que supone una pérdida de oportunidad de poder realizar un tratamiento curativo viable".

Posteriormente, ya en el trámite de audiencia, cuestionan la afirmación médica de que el tipo de afectación metastásica advertido en el mes de abril de

2020 no cumplía criterios de resecabilidad ni cirugía y que resultaría indiferente el momento de inicio del abordaje de este tumor, que no se inicia hasta el mes de noviembre, insistiendo además en “la intención curativa del tratamiento y no meramente paliativa”.

Planteada en estos términos la controversia por los reclamantes, procede descender al fondo de la cuestión a la luz del resto de la documentación obrante en el expediente.

En primer lugar, debemos concretar la razón misma del fallecimiento a fin de aislar la actuación de los servicios públicos sanitarios ligada al mismo. El informe pericial incorporado al expediente a instancias de la compañía aseguradora señala acerca de esta cuestión que la paciente fallece “por una complicación típica (diarrea) derivada de la administración de la quimioterapia”. Sin embargo, los interesados rebaten esta aseveración arguyendo que el informe del Servicio de Oncología Médica de 10 de diciembre de 2021 refleja al referirse al mismo como “causa inmediata: parada cardiorrespiratoria./ Causa intermedia: insuficiencia renal y pancitopenia./ Causa fundamental: adenocarcinoma de colon metastático”. Este informe identifica como causa principal el adenocarcinoma de colon metastático, siendo secundaria la vinculación del exitus con la administración de agentes citostáticos (quimioterapia) como concreta complicación desencadenante del proceso que lleva al fatal desenlace. A la luz de los informes médicos obrantes en el expediente la paciente ingresó por diarrea -uno de los efectos secundarios más frecuentes de la quimioterapia (terapia a la que venía siendo sometida desde 2016)- en grado III (en una escala de I a V y en la que el grado IV supone la necesidad de una intervención urgente y el grado V la muerte) y en el marco de un proceso marcado por la patología hepática (vinculada al adenocarcinoma de colon), ya que es esa afección la que motiva que se le dispense quimioterapia, que en un estadio de precariedad desencadena el fallecimiento de la enferma. En estas condiciones, es claro que el óbito no puede desligarse del carcinoma cuyo abordaje tardío se denuncia.

Con relación a si el tipo de afectación metastásica cumplía o no criterios de resecabilidad o de cirugía, el informe pericial emitido a instancias de la entidad aseguradora indica que “según los hallazgos del TAC toraco abdominal de fecha 30 de abril de 2020 la paciente debuta con una diseminación metastásica hepática de gran tamaño que condiciona su irresecabilidad”, detallando -con una ilustración en la que se destaca gráficamente la gravedad y extensión de la afectación hepática- que “según los hallazgos radiológicos y el informe médico radiológico (...) presenta, al menos, tres metástasis en segmentos 4, 5 y 8, la mayor de un diámetro de 7 cm”, y concluye que “este tipo de presentación tan agresiva, con al menos tres lesiones de gran tamaño, en distintas zonas del hígado hacen imposible cualquier opción quirúrgica al afectar a la mayor parte del hígado”, lo que “impide su resección”.

Frente a ello, los reclamantes oponen la incongruencia de rechazar el tratamiento quimioterápico en el momento en el que se conoce el resultado del TAC y, sin embargo, pautarlo en noviembre de 2020 cuando se informa el diagnóstico.

Al respecto, y dado que el informe de la compañía aseguradora de la Administración aprecia que no existía “ningún tratamiento posible con intención curativa ya desde el momento del diagnóstico de la enfermedad metastásica en abril de 2020”, resulta particularmente esclarecedor y concluyente el informe complementario evacuado por el Jefe del Servicio de Cirugía General el 4 de agosto de 2022 a instancia de este Consejo para ampliar información. En él se señala expresamente que “el 30-4-2020 se realiza el TC pedido el 26-2-2020. Por tanto, hay una demora de dos meses en la realización (...). Normalmente el médico que pide el TC debe consultar en su buzón de Selene donde llegan los informes. Por tanto, o no se revisó o se le pasó citar a la paciente (...). El Servicio encargado de informar es el de Cirugía General y Digestiva, que es quien pidió el TC (...). Es cierto que normalmente se dice al paciente que después de hacer el TC pida revisión (...). Hubo una demora clara entre el TC y la revisión del día 13-10-2020./ Por tanto, se puede concluir que sí hubo pérdida clara de ventaja y oportunidad terapéutica, ya que las metástasis hepáticas de

adenocarcinoma de colon tienen tratamiento con quimioterápicos asociados a los medicamentos biológicos tipo Bevacizumab, que pueden tener beneficio en tiempo de supervivencia". Se reconoce así por el facultativo informante tanto la infracción de la *lex artis* como la privación de alguna expectativa o "ventaja" terapéutica a resultas de la demora en el abordaje del carcinoma.

A la vista de dicho informe, este Consejo estima que se ha producido una pérdida de oportunidad asistencial asociada a la falta de notificación del resultado de un TAC que se practicó el 30 de abril de 2020 y que no se informó hasta el mes de noviembre, momento al que se posterga el tratamiento del tumor con quimioterapia. En este contexto, resulta forzoso reconocer que ha existido una demora no deseada de casi ocho meses entre el momento en el que se evidencia claramente la lesión metastásica y se activan los protocolos de tratamiento de la misma. Ciertamente, la causa última del retraso en advertir el resultado de pruebas diagnósticas puede asociarse, como hemos señalado en otras ocasiones, a la forma de remitir la multitud de informes sobre estudios patológicos al médico especialista que los ha solicitado, debe examinarlos y decidir al respecto, pero sea cual fuere el motivo del retardo en extraer las consecuencias del TAC practicado en el mes de abril cuyos resultados no se trasladan a la paciente hasta el mes de noviembre, y ello previo interés del médico de Atención Primaria que advierte la ausencia de notificación de los mismos, es apreciable una pérdida de oportunidad asistencial, ya fuera terapéutica o paliativa.

Los reclamantes anudan a ese retraso de ocho meses la "pérdida de oportunidad de realizar un tratamiento curativo viable". Sin embargo, a la luz de las periciales que obran en las actuaciones no cabe concluir en rigor que se haya privado a la paciente de una auténtica expectativa de curación o superación del tumor, sino de un limitado "beneficio en tiempo de supervivencia". La demora en el abordaje de un tumor irreseccable, ya en fase IV y metastásico, no puede asociarse en el caso examinado a la pérdida de una opción terapéutica, pero sí a una deriva distinta de la que hubiera experimentado el enfermo de haber sido tratado puntualmente, y que en este caso anticipa el fallecimiento de la paciente

y la somete -junto a su familia- a episodios de zozobra y sufrimiento que pudieran haberse evitado.

En este sentido nos hemos pronunciado en supuestos análogos (por todos, Dictamen Núm. 91/2020), toda vez que, como se recoge en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 30 de abril de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:1248- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a), “para determinar el impacto de la pérdida de oportunidad y la indemnización asociada al mismo sería preciso determinar en términos porcentuales o estimatorios la probabilidad que representaría haber optado por la realización diligente (...), lo que se revela sumamente dificultoso”, mereciendo una indemnización prudencial cuando “las posibilidades de supervivencia eran nulas, aunque no las posibilidades de que un diagnóstico previo hubiese prolongado por breve lapso temporal la vida” del paciente y comportado un “cierto efímero alivio de sus dolencias”. Cuando el retraso en el abordaje del tumor no sustrae al enfermo un tratamiento curativo los tribunales vienen razonando que, aunque el retardo “no tuviera incidencia reseñable en el tratamiento a seguir, es indudable que en ese tiempo se ha producido una progresión de los tumores que el paciente sufría y que al mismo se le ha privado del conocimiento de su verdadero estado de salud en tiempo real e inmediato al momento de habersele realizado las pruebas analíticas correspondientes, con adelanto del tratamiento aconsejable desde luego, evitándole la zozobra y posible angustia que durante ese tiempo pudo experimentar acerca de su situación real y probabilidades de curación, incertidumbre injustificadamente provocada por la referida demora en el tiempo y causante cuando menos de un perjuicio moral que debe ser compensado con una indemnización económica” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 29 de abril de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:1266-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.^a).

En suma, se concluye que en este caso aunque se hubiera abordado el tumor cuando se detecta, ya en estadio avanzado, la paciente no hubiera tenido opciones ciertas de supervivencia, pero sí una expectativa atendible de mejora

de su pronóstico vital y un puntual conocimiento de su estado de salud que hubieran mitigado la angustia o desazón que ante la demora sufren la enferma y su entorno a la luz de la gravedad de la dolencia.

SÉPTIMA.- Tras lo señalado, solo queda pronunciarnos sobre la cuantía indemnizatoria que ha de reconocerse a los reclamantes.

En supuestos similares al que nos ocupa, en los que los usuarios del servicio público sanitario sufren un daño derivado del retraso asistencial de una patología, lo que conlleva una demora en la fijación de un tratamiento, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias sostiene que “no puede invocarse propiamente la existencia de una pérdida de oportunidad terapéutica en los términos expuestos por el Tribunal Supremo”, en referencia al “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”, o “la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, 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” (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 29 de abril de 2019 -ECLI:ES:TSJAS:2019:1266-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª).

Ahora bien, asumido que hubo un retraso asistencial de casi ocho meses, por más que el tratamiento demorado no hubiera tenido una incidencia reseñable en las posibilidades de supervivencia de la paciente dada la delicada situación patológica que presentaba, es indudable que en ese tiempo se le ha privado del conocimiento de su verdadero estado de salud y que el prolongado retardo tuvo una incidencia sobre la deriva de la enfermedad y la calidad de vida de la enferma y su entorno en sus últimos meses, e incluso le privó de un “beneficio en tiempo de supervivencia”. No se trata propiamente de una pérdida

de oportunidad "terapéutica" pues no hubiera superado el tumor, pero sí asistencial y de cuidados o calidad de vida.

En supuestos como el presente este Consejo ha señalado que la jurisprudencia viene estableciendo que "el daño indemnizable no es el de la lesión, respecto de la cual no es posible saber a ciencia cierta si hubiera podido evitarse, sino que ha de ser propiamente la pérdida de la oportunidad de recibir el tratamiento médico adecuado, impidiendo con ello la posibilidad de evitar o moderar daños y secuelas. En tales casos, si el daño pudo evitarse en un porcentaje estadísticamente conocido se indemnizará al paciente por haberle privado de la posibilidad de pertenecer al grupo de pacientes que -en un determinado porcentaje- no lo sufre" (por todos, Dictamen Núm. 152/2021), pero si el perjuicio no consiste en la pérdida de oportunidad de sobrevivir -o evitar el daño-, sino en el sacrificio de unas expectativas más limitadas, no cabe acudir al baremo de referencia para aplicar una reducción porcentual sobre el resultado que arroje.

A los efectos de fijación de la cuantía resarcitoria procede ponderar el conjunto de circunstancias, tomando en consideración que el retardo asistencial que aquí se aprecia no puede transformarse en un título omnicomprendido del conjunto de daños reclamados, sino que debe limitarse a la pérdida de unas expectativas reducidas. Por un lado, no se sacrifican en este caso opciones de supervivencia y, por otro, se desconoce el curso que hubieran tomado los acontecimientos de haber sido asistida la enferma puntualmente, sin perjuicio de la evidencia de que se le privó a ella y a su entorno del conocimiento actual de su estado de salud durante un periodo próximo a los ocho meses en un escenario crítico. Ausentes al respecto parámetros objetivos, a la vista de otros antecedentes y atendidas las circunstancias descritas, procede cuantificar la indemnización a tanto alzado en 12.000 € para el esposo y en 6.000 € para la hija; cantidades que se encuentran actualizadas a la fecha de este pronunciamiento sin que deban ya revisarse conforme a lo previsto en el artículo 34.3 de la LRJSP.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en los términos expresados en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,