

Dictamen Núm. 38/2024

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 febrero de 2024, 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 30 de octubre de 2023 -registrada de entrada el día 9 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la desatención de un carcinoma de próstata por la sanidad pública, tratado en la sanidad privada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 27 de marzo de 2023, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños sufridos al habersele negado asistencia sanitaria cuando padecía un adenocarcinoma de próstata cuyo alcance fue determinado en la sanidad privada, donde decide operarse ante la falta de adecuada respuesta por parte de la sanidad pública.

Expone que se somete en el centro de salud a revisiones anuales que incluyen una prueba de antígeno prostático específico, detectándose en el año 2022 un nivel de PSA más elevado que en la anterior analítica, y al informársele en el referido centro de que “la consulta de un especialista se podía demorar varios meses” decide acudir a la sanidad privada. En él, “tras un examen urológico y ante la detección de un cambio de consistencia en la próstata”, le realizan una resonancia magnética que revela “la existencia de un nódulo atípico de 7 mm con diagnóstico `PI-RADS 3 (probabilidad intermedia de presentar un cáncer clínicamente significativo)´”, por lo que consulta con su médica de Atención Primaria “para informarla de la situación y (...) el 24 de febrero de 2022 ella misma realiza solicitud de interconsulta en Atención Especializada” con carácter “preferente, ya que al haber realizado por (su) cuenta la resonancia magnética se conocía a ciencia cierta la existencia de un nódulo atípico, así como que su diagnóstico revelaba una probabilidad intermedia de presentar un cáncer significativo”.

Refiere que, “dado que continuaba sin noticias” del Servicio de Salud del Principado de Asturias, el 23 de marzo presentó una reclamación ante el Servicio de Atención al Paciente del Hospital “X” en la que indicaba que mediante biopsia le “habían detectado un adenocarcinoma tipo acinar grado 4, y que ante la falta de respuesta por los servicios públicos y dada la gravedad del tipo de tumor detectado (se) había visto en la necesidad de gestionar una prostatectomía radical laparoscópica en clínica particular, programada para el 31 de abril./ Por ello solicitaba que (le) dieran cita con carácter urgente para continuar los tratamientos o revisiones en el Sistema Nacional de Salud”, precisando que “días después” recibe una citación para consulta en el Hospital “X” pero que se trataba de “una revisión rutinaria de próstata, desconociendo el médico que (le) atendió que tenía elevados de PSA (y) que ya había sido diagnosticado de cáncer”. Significa que “ni (le) realizó prueba alguna, ni (le) dio cita posterior”, y que “desde entonces no ha tenido “ninguna cita o comunicación por parte de los servicios de salud” del Principado de Asturias.

Añade que, según le explicaron en “la clínica privada (...)”, el tumor que presentaba aunque todavía pequeño era muy agresivo, y había riesgo de que se extendiera por la zona abdominal con pronóstico muy desfavorable./ Por este motivo y ante la falta de citación del Servicio de Salud del Principado” de Asturias se vio “en la obligación de asumir el coste de una prostatectomía radical laparoscópica (...) con fecha 31 de marzo de 2022”, reseñando que la biopsia realizada tras la operación confirmó el diagnóstico de adenocarcinoma.

Pone de relieve “la total dejadez de los servicios de salud públicos, que ni (le) diagnosticaron el cáncer, ni (le) intervinieron quirúrgicamente a pesar de que conocían que se trataba de un tumor maligno, y tampoco (le) han llamado ni tratado desde entonces”, negándole “cualquier tipo de atención sanitaria”, y afirma que “ante la agresividad del tumor no podía esperar *sine die* a que (le) llamaran para una supuesta intervención que finalmente nunca llegó, pues 11 meses después” sigue “a la espera de llamada”.

Fija el *quantum* indemnizatorio en dieciséis mil cien euros (16.100 €), que corresponden a “los gastos médicos” que ha tenido que “asumir para tratar (su) enfermedad.

Acompaña copia, entre otra, de la siguiente documentación: a) Resultados de laboratorio de la analítica solicitada por la médica de Atención Primaria y realizada el 25 de enero de 2022, que reflejan como marcadores MT PSA 5,36 ng/mL, indicando como rango de normalidad entre 0 y 4, y MT PSA libre 0,90 ng/mL. b) Informe de resultados de prueba de imagen de la Fundación Hospital, en la que se señala como fecha de exploración el 16 de febrero de 2022 y como diagnóstico “PI-RADS 3 (probabilidad intermedia de presentar un cáncer clínicamente significativo) en un nódulo atípico de 7 mm en el segmento TZa del ápex glandular izquierdo”. c) Solicitud de interconsulta de la médica de Atención Primaria al Servicio de Urología de 24 de febrero de 2022, en la que se señala “paciente con alta PSA que estando pendiente de valoración en ese Servicio (interconsulta solicitada 1-2-2022) realiza RNM HJ 21-2: PI RADS 3 en un nódulo atípico de 7 mm en el segmento TZa del ápex glandular izquierdo, solicita valoración preferente para diagnóstico y (tratamiento) si procede”. d) Informe

de biopsia, de 14 de marzo de 2022, de una clínica privada que muestra "adenocarcinoma, tipo acinar grado 4 de Gleason, Score 8 (4+4). No infiltración vascular ni perineural (grado pronóstico 4: ISUP 2014) (...). Biopsias de área sospechosa, lóbulo derecho, base y cuerno anterior derecho y base izquierda: hiperplasia glandulo-estromal (...). El estudio histopatológico muestra solamente en la biopsia n.º 5 que corresponde al lóbulo izquierdo en dos de los cuatro cilindros estudiados (afectando aproximada del 35 % del tejido evaluado), adenocarcinoma, tipo acinar, grado 4 de Gleason, Score 8 (4+4), no observándose infiltración vascular ni perineural". e) Informe de alta de un hospital privado sobre cirugía programada realizada el 31 de marzo de 2022, consistente en prostatectomía radical laparoscópica con conservación neurovascular bilateral, que recomienda mantener la sonda vesical conectada a bolsa hasta retirada el día 11 de abril, fecha en la que "también se retirarán las grapas". f) Informe de biopsia de una clínica privada de 4 de abril de 2022, en el que se establece el diagnóstico de "adenocarcinoma, tipo acinar, grado 4 de Gleason, Score 8 (4+4+3), afectando al 15 % del lóbulo prostático izquierdo. No infiltración vascular ni perineural. Ápex, cuello vesical, vesículas seminales, tejido prostático de transición y márgenes de resección no afectados (grado pronóstico 4: ISUP 2014) (...). Biopsia-extirpación de nódulo intraperitoneal:/ Cambios de necrosis grasa y extensas áreas de microcalcificación". g) Resultados de laboratorio del Servicio de Salud del Principado de Asturias de 6 de julio de 2022 en los que figura como resultado de PSA 0,05 ng/mL, indicando como rango de normalidad entre 0 y 4. h) Resultados de laboratorio del Servicio de Salud del Principado de Asturias de 28 de septiembre de 2022 en los que consta como resultado de PSA 0,04 ng/mL". i) Facturas relativas a "consulta con el Servicio de Urología" el 14 de febrero de 2022, resonancia magnética y biopsia en los dos meses posteriores y prostatectomía radical laparoscópica, que ascienden al total de la cantidad reclamada.

2. Mediante oficio de 17 de abril de 2023, la Jefa de la Sección de Apoyo del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al interesado

la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, el nombramiento de instructor del procedimiento, las normas con arreglo a las cuales se tramitará, el plazo de resolución del mismo y el sentido del silencio administrativo.

Además le indica que para que la abogada designada actúe como representante debe acreditar dicha condición, bien mediante nombramiento notarial o *apud acta*, bien a través de la acreditación de su inscripción en el registro electrónico de apoderamientos de la Administración pública, con cita del criterio mantenido por el Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

3. El día 4 de mayo de 2023, el interesado aporta la justificación de la aceptación de apoderamientos en el registro electrónico de apoderamientos, en la que consta como apoderada la abogada designada para actuar ante la Administración pública en su nombre.

4. Mediante oficio de 18 de mayo de 2023, la Gerente del Área Sanitaria V remite al Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto la historia clínica del paciente y el informe elaborado por la Jefa del Servicio de Urología.

En este último -que figura con formato de informe clínico de consulta externa realizada el 29 de marzo de 2022- se refleja como motivo de la misma "informe realizado a petición del S.º de Inspección", reseñándose que se trata de un "paciente por el que su médico de Atención Primaria solicita una interconsulta para primera visita en Urología el 1-2-22 a ritmo normal por (...) hidrocele dcho. revisado en ese Servicio, en analítica casual se encuentran cifras de PSA por encima del límite que se confirman elevadas en una segunda determinación. Se deriva para valoración (...)' . Se ve al paciente como primera visita el 29-3-22 refiriendo éste que ya ha sido valorado en una clínica privada y le han diagnosticado de un cáncer de próstata -adenoma prostático Gleason 8 (4 + 4)- mediante biopsia realizada en dicho centro (...). Expresa (...) su deseo de ser intervenido en dicho centro privado, de hecho ya tiene fecha para hacerlo cuando acude a la consulta, como así queda reflejado en la historia clínica, por lo

que se le solicita revisión (...) posteriormente a dicha intervención para seguimiento". Consta como diagnóstico principal "Ca. de próstata".

La historia clínica está integrada por los siguientes documentos: a) Informe del Servicio de Urología de 29 de marzo de 2022. b) Informe de primera consulta del Servicio de Cirugía General y Digestiva de 10 de marzo de 2023, referido a una hernia inguinal. c) Hoja de notas en la que figura, el 29 de marzo de 2022, "hidrocele dcho. Revisado en ese Servicio, en analítica casual se encuentran cifras de PSA por encima del límite que se confirman elevadas en una segunda determinación. Se deriva para valoración (...). Antecedentes médicos (AP): insuficiencia venosa pierna izquierda, migraña (...), tendón calcificado tendinopatía, hemorroides, HTA (no compl.), artrosis gotosa crónica, hipercolesterolemia (...). El paciente refiere que en una consulta privada le han diagnosticado de un Ca. de próstata: adenoca prostático Gleason 8 (4+4) (...). Está pendiente de intervenir en consulta privada./ Plan: solicitamos revisión en consulta posterior".

5. El día 25 de mayo de 2023, el Inspector de Prestaciones Sanitarias actuante requiere a la Gerencia del Área Sanitaria V un informe del Servicio de Atención Primaria en relación con el contenido de la reclamación, copia de la historia clínica del paciente obrante en Atención Primaria y documentación relativa a la reclamación presentada en el Servicio de Atención al Usuario.

6. Mediante oficio de 8 de junio de 2023, la Gerente del Área Sanitaria V traslada al Servicio instructor un informe de la Coordinadora Médica del Centro de Salud, al que "se adjunta extracto de la historia clínica y anotaciones" de la médica de Atención Primaria: "solicitada primera consulta Urología (...) el 1 de febrero de 2022./ Reclamación a la cita anterior con anotación de lesiones de resonancia 24 de febrero de 2022./ Visto en Urología (...) 29 de marzo de 2022, donde se indica que se citará en revisión tras cirugía privada./ Cirugía con Urología privada 31 de marzo de 2022./ No se ha recibido ninguna cita para seguimiento por el Servicio de Urología".

Consta la solicitud de interconsulta de 24 de febrero de 2022 emitida por la médica de Atención Primaria indicando que se trata de un "paciente con alta PSA que estando pendiente de valoración en ese Servicio (interconsulta solicitada 1-2-2022) realiza RNM (...) 21-2: PI RADS 3 en un nódulo atípico de 7 mm en el segmento TZa del ápex glandular izdo., solicita valoración preferente para diagnóstico y (tratamiento) si procede".

7. Con fecha 16 de junio de 2023, la Gerente del Área Sanitaria V le envía la "documentación relativa a la reclamación presentada por el interesado" en el Servicio de Atención al Usuario, integrada por los siguientes documentos: a) Escrito suscrito por el reclamante y sellado por el servicio receptor el día 23 de marzo de 2022. En él indica que "en una revisión analítica se (le) detectó una alteración de PSA, (su) doctora de Familia solicitó otra analítica pasados 6 meses y se confirmó dicha alteración por lo que (...) pidió en el mes de enero consulta de Urología (...) que se (le) notificó (...) tendría lugar en febrero de 2023. Dado que la alteración (...) puede ser causada por un tumor en la próstata" acudió a "una consulta privada para no esperar más de un año (...). En la biopsia de próstata se (le) detectó adenocarcinoma tipo acinar, grado 4", por lo que se vio "en la necesidad de gestionar la prostatectomía radical laparoscópica en clínica particular, programada para el próximo día 31 de abril./ Tengo pendiente (...) tac abdominal para estudio de posible extensión de Ca. de próstata", y facilita "la documentación señalada y acreditativa de la necesidad de intervención quirúrgica urgente", solicitando que "se incorpore a (su) historial médico y se (le) cite de forma urgente a fin de continuar los tratamientos o revisiones que correspondan a (su) patología dentro del sistema de la Seguridad Social". Consta como incidencia del Servicio de Atención al Usuario del Área Sanitaria V, de fecha 22 de febrero de 2022, que "el paciente solicita cita pendiente de (...) Urología, fecha petición de 01-02-2022 a ritmo normal. No es posible adelantarla (...). Explica que hizo pruebas privadas y tiene un nódulo. Le explico que hable con médico de (Atención Primaria) para que valore cambiar petición a preferente". b) Informe de petición de interconsulta formulado por la médica de

Atención Primaria el 1 de febrero de 2022, con prioridad "normal" y que señala como motivo de consulta "hidrocele dcho. revisado en ese Servicio, en analítica casual se encuentran cifras de PSA por encima del límite que se confirman elevadas en una segunda determinación. Se deriva para la valoración". c) Citación para el Servicio de Urología el día 29 de marzo de 2022 como primera consulta general. d) Respuesta del Gerente del Área Sanitaria V en relación con el escrito de 23 de marzo de 2022 en el que se indica que el "Jefe del Servicio de Urología de este hospital informa que el 29 de marzo de 2022 usted fue atendido en la consulta de dicho Servicio". e) Notas de la consulta de 29 de marzo de 2022, que reflejan que el paciente fue remitido desde Atención Primaria por "hidrocele dcho. revisado en ese Servicio, en analítica casual se encuentran cifras de PSA por encima del límite que se confirman elevadas en una segunda determinación. Se deriva para la valoración", concluyendo que "refiere que en una consulta privada le han diagnosticado de un Ca. de próstata: adenoca prostático Gleason 8 (4+4) (...). Está pendiente de intervenir en consulta privada./ Plan: solicitamos revisión en consulta posterior".

8. Evacuado el trámite de audiencia, el día 20 de julio de 2023 el reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que reitera su petición exponiendo los hechos en orden cronológico para justificar que, a pesar de comunicar al servicio público de salud que padecía un cáncer -según señala- agresivo, no se atendieron las demandas de asistencia ni la petición de consulta preferente formulada por la médica de Atención Primaria a la vista de los resultados de las pruebas realizadas en consulta privada. Afirma que acude el 29 de marzo de 2022 al Servicio de Urología, reconociendo el doctor que le atiende "no tener ningún conocimiento de su situación, ni de la petición preferente de su doctora ni tampoco de su reclamación con la biopsia, añadiendo que era lamentable que no se trataran en su Servicio de forma urgente situaciones graves como la suya y que se `dedicarán a hacer vasectomías´". Y subraya que tras la intervención tampoco ha sido sometido al seguimiento necesario.

Finalmente, manifiesta que “tuvo que acudir a la sanidad privada (...) por situación de urgencia y necesidad (...), pues ni tenía un seguro privado ni tampoco sus ingresos le permitían costear la operación”, aportando datos sobre dicha circunstancia y poniendo de relieve que “no tenía los 14.000 € que costó la operación, de modo que tuvo que pedir un préstamo a los familiares para poder costearla”. Explica que no renunció a una intervención ni a asistencia por parte del servicio público, sino que no se le ofreció a pesar de sus solicitudes, incidiendo en que “la agresividad del cáncer no permitía esperas, pues de haber esperado quizás el motivo de la presente reclamación fuera uno bien distinto”.

Respecto a la actuación posterior del Hospital, señala que “durante 15 meses (...) no ha recibido citación alguna para revisión o seguimiento”, refiriendo las anotaciones realizadas por su médica de cabecera en su historial sobre este extremo que, “curiosamente, una vez interpuesta la (...) reclamación el paciente fue citado por el Servicio de Urología para el 13 de junio de 2023”, sin que en el tiempo intermedio se le hicieran las revisiones periódicas “que se deben realizar en pacientes oncológicos”.

Adjunta copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Documentación acreditativa del préstamo al que alude y de los movimientos bancarios. b) Cita para el Servicio de Urología (primera visita primaria) el 20 de febrero de 2023, que aparece firmada el día 25 de febrero de 2022. c) Mensaje de correo electrónico enviado al Servicio de Atención al Paciente del Servicio de Salud del Principado de Asturias el 22 de marzo de 2022 por la abogada del interesado acompañando “biopsia realizada en clínica particular” al paciente, “así como una analítica”, comunicando que “dado el resultado de la biopsia y la urgencia en proceder a la operación se vio en la necesidad de gestionar la prostatectomía radical laparoscópica en clínica particular el próximo día 31 de abril (...), estando aún pendiente del tac abdominal para estudio de posible extensión de Ca. de próstata./ La cita que se le facilitó por la Seguridad Social después de darle alta la PSA solicitada por su médica de Familia para el Servicio de Urología era para febrero de 2023, por lo que no queda otro remedio que iniciar las pruebas de diagnóstico de forma privada, pese a que se trata de un

titular de pensión muy reducida./ Se facilita la documentación señalada y acreditativa de la necesidad de intervención quirúrgica urgente y solicitando que se incorpore a su historial médico y se le cite de forma urgente a fin de continuar los tratamientos o revisiones que correspondan dentro del sistema de la Seguridad Social". d) Informe de biopsia de 14 de marzo de 2022 y de la analítica de 25 de febrero del mismo año.

9. Con fecha 13 de septiembre de 2023, el Instructor del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Al efecto razona que "el reclamante, tras presentar dos determinaciones elevadas de PSA, fue remitido por su médica de Atención Primaria a la consulta de Urología (...) el 1-02-2022 con prioridad normal. Al considerar que la consulta se demoraba, el 23-03-2022 presenta una reclamación" en el Servicio de Atención al Usuario del Hospital, "donde se le gestiona una consulta para seis días después. Cuando acude a la consulta el 29-03-2022 manifiesta su intención de intervenirse de forma privada, decidiendo voluntariamente acudir a la consulta privada y abandonando los servicios de la medicina pública. De la documentación obrante en el expediente no se acredita ninguna vulneración de la *lex artis* del servicio público sanitario".

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de octubre de 2023, 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), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular 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 27 de marzo de 2023, y la falta de asistencia sanitaria a la que alude el perjudicado se sigue produciendo -según señala- en el momento del registro de aquélla, concretando la indemnización con base en el coste de la atención prestada en el ámbito privado, que incluye la intervención quirúrgica practicada el 31 de marzo de 2022, por lo que es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

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

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

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 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.- Reclama el interesado el resarcimiento de los gastos satisfechos en la medicina privada para el diagnóstico y abordaje de un adenocarcinoma de próstata, denunciando que no recibió la asistencia debida por parte de la sanidad pública ni antes ni después de la intervención.

Los justificantes aportados por el perjudicado acreditan la realidad del daño por el que acciona, consistente en haber afrontado gastos en la medicina privada que guardan relación con el diagnóstico y cirugía laparoscópica del carcinoma (no reclama ni acredita gastos posteriores a la intervención, aunque imputa al servicio público una desatención persistente al tiempo de presentar la reclamación).

En lo que atañe al reintegro de los gastos generados por la atención prestada fuera del sistema sanitario público, es preciso distinguir entre el

ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en los supuestos de atenciones dispensadas fuera del Sistema Nacional de Salud y el de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En relación con los primeros, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, determina en su artículo 4.3 las condiciones para que sea exigible el reintegro de los gastos ocasionados "fuera del Sistema Nacional de Salud", disponiendo que el mismo sólo resulta procedente en los "casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital", y "una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción". No consta que dicho procedimiento -que no está sometido al dictamen de este Consejo- se haya tramitado en el caso que analizamos.

En estas condiciones, nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial como la formulada, comprensiva del importe de los gastos en los que se haya incurrido a consecuencia del tratamiento en la medicina privada de una enfermedad, si bien dicha responsabilidad patrimonial ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole.

Planteada la cuestión en los términos expuestos, conviene recordar una vez más que 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 ello 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*.

Para apreciar que el daño alegado por el reclamante 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 hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, y en particular asume 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, 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 el supuesto examinado es incontrovertido que el reclamante, tras presentar dos determinaciones elevadas de PSA, fue remitido el 1 de febrero de 2022 por su médica de Atención Primaria al Servicio de Urología con prioridad normal. Dado que las alteraciones detectadas podrían ser causadas por un tumor en la próstata y la consulta podía demorarse varios meses el paciente decide someterse a unas pruebas en la medicina privada, y el 24 de febrero comunica a su médica de cabecera el resultado de "una resonancia magnética que reveló la existencia de un nódulo atípico de 7 mm con diagnóstico `PI-RADS 3 (probabilidad intermedia de presentar un cáncer clínicamente significativo)", ante lo cual se cursa consulta con el especialista como prioritaria. La gestionada con prioridad normal aparece firmada el 1 de febrero de 2022, y se le da cita para un año después (el día 20 de febrero de 2023). Con el resultado de las pruebas practicadas en el ámbito privado, el 23 de marzo de 2022 el reclamante pone en

conocimiento del Servicio de Atención al Usuario que el día 14 de ese mes fue informada biopsia en una clínica privada que detectó "adenocarcinoma, tipo acinar grado 4 de Gleason, Score 8 (4+4). No infiltración vascular ni perineural", y comunica que se ha visto en "la necesidad de gestionar la prostatectomía radical laparoscópica en clínica particular, programada para el próximo día 31 de abril", interesando que se le "cite de forma urgente a fin de continuar los tratamientos o revisiones que correspondan a (su) patología dentro del sistema de la Seguridad Social". Tras la comunicación de 23 de marzo, consta que se le gestiona una consulta con el especialista para el día 29 del mismo mes, y cuando acude a la misma manifiesta que tiene programada prostatectomía en la sanidad privada "para el próximo 31 de abril". Las notas relativas a dicha consulta reflejan que el paciente fue remitido desde Atención Primaria por "hidrocele dcho. revisado en ese Servicio, en analítica casual se encuentran cifras de PSA por encima del límite que se confirman elevadas en una segunda determinación. Se deriva para la valoración", precisando que "refiere que en una consulta privada le han diagnosticado de un Ca. de próstata: adenoca prostático Gleason 8 (4+4) (...). Está pendiente de intervenir en consulta privada./ Plan: solicitamos revisión en consulta posterior".

En este contexto, merecen aislarse varias consideraciones: en primer lugar, si bien no se esgrime ni se constata que el paciente fuera acreedor de una prioridad preferente a la luz de las "determinaciones elevadas de PSA", son esas alteraciones las que le conducen al primero de los gastos reclamados (el de la resonancia magnética), siendo asumible la afirmación de que obró a la vista del retardo en la consulta con el especialista (fijada para el día 20 de febrero de 2023), pues el día 24 de febrero de 2022 ya había comunicado los resultados de la resonancia. Tras dar cuenta de ello a su médica de cabecera, a los veinte días (14 de marzo) se somete a una biopsia en la misma clínica privada y, tras informar del resultado de la biopsia y su decisión de someterse a cirugía en aquella clínica, la cita con el especialista de la sanidad pública se adelanta al 29 de marzo, seis días después de recibirse la comunicación, pero el urólogo que le

atiende sólo tiene constancia de los valores elevados de PSA y no del resultado de las dos pruebas posteriores.

Por otro lado, aunque no se aporta ninguna pericial expresiva de que los primeros hallazgos -PSA y resonancia- hubieran requerido una respuesta urgente o inmediata, es patente que a la vista de la biopsia debió ofrecérsele un abordaje quirúrgico prioritario. En el mismo escrito en el que traslada el resultado de la biopsia el paciente ya da cuenta de una cirugía programada “para el próximo día 31 de abril”, pero interesa de la red pública “tratamientos o revisiones”. Esto es, aunque en esa comunicación de 23 de marzo de 2022 se manifiesta en términos que no son concluyentes (aludiendo a la laparoscopia “programada para el próximo día 31 de abril”, el resultado de la biopsia y la intención de “continuar los tratamientos o revisiones que correspondan” en la sanidad pública), de la actuación del reclamante no se desprende una decisión irrevocable de acudir a la medicina privada con abandono del sistema público, sin que quepa deducir su renuncia de actuaciones o conductas de dudosa significación. Se estima, en suma, que debió ofrecérsele una alternativa quirúrgica en la sanidad pública, en cuyo caso hubiera podido acudir a la medicina privada por un criterio de preferencia y no ya como manifestación de desconfianza ante la falta de atención.

Como viene señalando reiteradamente este Consejo, para considerar legítimo el abandono del servicio público sanitario debemos atender a consideraciones objetivas y subjetivas. En primer lugar, desde el punto de vista objetivo, ha de constatarse la existencia de una infracción trascendente de la *lex artis* en el proceso diagnóstico o asistencial que justifique objetivamente esa pérdida de confianza, y ha de quedar igualmente acreditado que tal infracción es susceptible de producir un daño cierto en la salud del paciente, en sus posibilidades de curación o en su esperanza de vida. De otra parte, desde el punto de vista subjetivo, debemos valorar si esa desconfianza pudo haber sido resuelta en el seno del propio servicio público por los cauces habituales; juicio en el que constituye un indicio el hecho de si el paciente, conocida la necesidad de una prueba diagnóstica o de una cirugía, abandona de modo inmediato el

sistema público para realizar dichas prácticas en la medicina privada sin dar la menor oportunidad a aquel de efectuarlas.

En el presente caso no se constata infracción de la *lex artis* en la asistencia previa a la comunicación del resultado de la biopsia, pero sí en la falta de ofrecimiento de una alternativa quirúrgica una vez que se conoce la grave amenaza para la salud del paciente que revela la biopsia. No se aprecia aquí un abandono inmediato de la sanidad pública tras aquella prueba, sino una actitud expectante del enfermo, cuya confianza se menoscaba a la vista de que el especialista desconoce las pruebas a las que se había sometido y no le ofrece una alternativa cierta ni de tratamiento ni de seguimiento en la sanidad pública.

Estimada la reclamación del gasto referido a la cirugía, debe desecharse en cambio la relativa a las pruebas de la resonancia y de la biopsia, pues tal como adelantamos ninguna pericial avala que los primeros hallazgos -PSA y resonancia- hubieran requerido una respuesta urgente o inmediata. Como ya hemos señalado en ocasiones anteriores (entre otras, Dictámenes Núm. 146/2018, 269/2019 y 208/2021), de las notas de universalidad y gratuidad que caracterizan al servicio público sanitario, y que obviamente no se dan en la sanidad privada, se derivan una serie de servidumbres, lo que determina que el tiempo de los actos médicos en el ámbito del servicio público haya de ser necesariamente objeto de priorización y adecuación a la evolución de los síntomas. Resultando entendible que quien puede costearlo acuda en ciertos escenarios a la medicina privada a fin de anticipar la práctica de pruebas, no por ello procede su abono cuando la respuesta de la red pública se ajusta a un orden racional de prioridades.

Más allá, no se comprende el reproche que se dirige frente a actuaciones de la sanidad pública posteriores a la cirugía (“desde entonces, no he tenido ninguna cita o comunicación por parte de los servicios de salud” del Principado de Asturias), pues lo aquí reclamado se limita a los gastos originados por la cirugía y las pruebas previas, sin que se incluya ningún concepto por el tratamiento posoperatorio.

En definitiva, nos encontramos con un caso en el que el paciente, ante la eventualidad de sufrir un tumor maligno, anticipa en lo que le resulta posible tanto las pruebas diagnósticas como la programación de la cirugía, y mientras aquéllas no merecen ser resarcidas por no responder a síntomas graves e inequívocos, la intervención quirúrgica se produce ya en un escenario crítico de entendible pérdida de confianza, por lo que se estima que han de compensarse los gastos de la prostatectomía radical laparoscópica, que ascienden a catorce mil euros (14.000 €) conforme se documenta en el expediente, sin perjuicio de la actualización que proceda de acuerdo con 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 del Principado de Asturias y, en consecuencia, estimar parcialmente la reclamación presentada, indemnizando a en los términos anteriormente señalados.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.