

Expediente Núm. 39/2007  
Dictamen Núm. 144/2007

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

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Bastida Freijedo, Francisco*  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 8 de noviembre de 2007, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 7 de febrero de 2007, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por doña ....., en nombre y representación de don ....., a fin de obtener el reintegro de los gastos médicos originados por la asistencia recibida por éste en la medicina privada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 25 de septiembre de 2006, doña ....., en nombre y representación de don ....., presenta, en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias, una reclamación de responsabilidad patrimonial con motivo de la solicitud del reintegro de los gastos médicos originados por la asistencia recibida por éste en la medicina privada.

Expone en su escrito que a su representado, "tras presentar cuadro de 8-10 días de evolución consistente en epigastralgia sorda y continua que no mejoraba con Omeprazol, pautado por su médico de cabecera, se le realizó analítica en la que se objetivó hiperglucemia./ Acudió al Servicio de Urgencias del Hospital 'X', por ictericia de cuatro días de evolución realizándose ecografía abdominal en la que se apreció dilatación de la vía biliar intra y extrahepática así como de la vesícula poniéndose de manifiesto la existencia de una tumoración hipoecogénica de 3 cm a nivel de cabeza-proceso uncinado de páncreas. Para completar el estudio se realizó TAC confirmándose la existencia de dicha lesión así como 2 adenopatías porto-hepáticas".

El 4 de agosto de 2005, continúa relatando, se realizó una CPRE en el Hospital "X", procediendo al traslado del paciente al Hospital "Y". En este centro sanitario, con fecha 12 de agosto de 2005, se le "realizó laparotomía exploradora y colecistectomía y se observó la infiltración del eje porto mesentérico, adenopatía en hilio hepático y signos de colecistitis crónica (...). En el Hospital "Y" se decidió no realizar actuación quirúrgica alguna por considerar que existía afectación o infiltración por un carcinoma de cabeza de páncreas./ Por dicho motivo, el 27 de septiembre de 2005 (el interesado) se trasladó a la Clínica ..... para segunda opinión (...). Se realizó estudio de extensión de la enfermedad mediante ecoendoscopia alta con punción que detectó una pequeña formación neoplásica heterogénea isoecoica de unos 20 mm de diámetro, sobre la que se realizó punción. Dicha lesión se encontraba cerca de la arteria y de la vena mesentérica superiores, sin infiltrarlas".

Posteriormente, sigue diciendo, "el 19 de octubre (...) fue dado de alta y recibió otros tres ciclos de quimioterapia antes de iniciar quimio-radiación (...). El 8 de marzo y previa reevaluación con ecoendoscopia, el paciente fue intervenido quirúrgicamente realizándose duodenopancreatectomía cefálica./ El posoperatorio transcurrió con normalidad y fue dado de alta hospitalaria el 15 de marzo de 2006, sucediéndose -desde entonces- los tratamientos y revisiones que es previsible que habrán de continuar en el futuro y que serán reclamados

más adelante”.

Entiende por lo expuesto, que “claramente se deduce que por el sistema público de salud se incurrió en un error de diagnóstico puesto que en el Hospital ‘Y’ se determinó la imposibilidad de proceder a una actuación quirúrgica por considerar afectación o infiltración por un carcinoma de cabeza de páncreas (...), cuando en realidad, dicha lesión se encontraba cerca de la arteria y de la vena mesentérica superiores, sin infiltrarlas, tal y como se acredita con el informe médico de la Clínica .....”.

Solicita, por ello, que la Administración (“Insalud”) se haga cargo de “todos los gastos que se han derivado del ingreso y tratamiento de mi mandante en la Clínica ....., así como del hospedaje en la ciudad de ..... y traslado en ambulancia, concretándose dichos gastos en las facturas que se adjuntan (...), que importan un total de 87.743,75 euros”, suma a la que habrían de añadirse “los intereses legales que se devenguen desde la fecha de presentación de este escrito”.

Fundamenta jurídicamente la reclamación en que “como resultado del funcionamiento anormal del servicio público de salud se le ha ocasionado a mi mandante un daño evidente que se ha concretado en la necesidad de acudir a la medicina privada (Clínica .....), de hacer frente al pago de las cantidades que ha debido abonar, existiendo una innegable y directa relación de causalidad entre dicha actuación de la Administración y el resultado dañoso que se ha producido en su patrimonio por el desembolso económico realizado. La exigencia de que se pusieran a disposición (del paciente) los medios precisos para la recuperación de su salud no se ha cumplido, habiendo debido desplazarse a un centro privado donde se han utilizado medios diagnósticos y terapéuticos de los que, evidentemente, disponía el Hospital ‘Y’, en el que estaba ingresado (...), pero que obviamente no se supieron utilizar por sus facultativos”.

Añade el escrito que la “reclamación se presenta en tiempo hábil, puesto que el alta en el servicio público se produjo en fecha 27 de septiembre de 2005

y en la Clínica ..... aún no ha tenido lugar”.

Interesa, por último, que, a fin de acreditar los hechos alegados, se libren oficios a los directores de los hospitales implicados para que se expida copia literal y completa de las historias clínicas del perjudicado. Igualmente, “a los efectos del presente procedimiento y de probar los daños y perjuicios alegados solicito la apertura de un periodo probatorio a fin de acreditar los hechos relatados en la exposición fáctica de este escrito”.

Acompaña su reclamación de copia de los siguientes documentos:

a) Escritura pública de poder para pleitos, otorgada por el interesado a favor de la procuradora que en su nombre y representación presenta la reclamación.

b) Hoja de intervención quirúrgica, firmada por un médico del Servicio de Cirugía General del Hospital “Y”, en la que se afirma que “se objetiva gran tumor de cabeza q. infiltra el mesocolon transversal (...). Se objetiva infiltración clara de toda la cara pos-interna de la vena, que impide su movilización”.

c) Informe médico de la Clínica ....., fechado el 26 de junio de 2006, en el que se señala que, con posterioridad a su ingreso en el centro el día 27 de septiembre de 2005, “se realizó un estudio de extensión de la enfermedad mediante ecoendoscopia alta con punción que detectó una pequeña formación neoplásica heterogénea isoecoica, de unos 20 mm de diámetro, sobre la que se realizó punción. Dicha lesión se encontraba cerca de la arteria y de la vena mesentérica superiores, sin infiltrarlas. El 6 de octubre se realizó también una ERCP encontrando la prótesis de 10 French aparentemente obstruida, procediendo a su extracción y objetivando una estenosis a nivel del colédoco distal de aspecto neoplásico y una fuga biliar que parece proceder de la porción media de la vía biliar extrahepática. Se colocó una prótesis de 12 cm de longitud por encima del orificio fistuloso./ El 17 de octubre se inició tratamiento neoadyuvante con quimioterapia (...). Posteriormente, el paciente fue dado de alta y recibió otros tres ciclos de quimioterapia antes de iniciar quimiorradiación. El tratamiento de quimio-radioterapia comenzó el 3 de enero y duró

hasta el 8 de febrero de 2006./ El 8 de marzo y previa reevaluación con ecoendoscopia, el paciente fue intervenido quirúrgicamente realizándose duodenopancreatectomía cefálica./ El posoperatorio transcurrió con normalidad y fue dado de alta el 15 de marzo de 2006”.

d) Diversas facturas correspondientes a la estancia y tratamiento en la Clínica ....., así como a alojamiento y desplazamientos a ....., por un importe total de ochenta y siete mil setecientos cuarenta y tres euros con setenta y cinco céntimos (87.743,75 €). Una de ellas se refiere a la “liquidación parcial de los gastos de nuestra asistencia durante su estancia en esta clínica del 05/10/2005 al 12/10/2005”, recogándose en uno de sus apartados “endoscopias: colocación endoprótesis vía biliar, ERPC, punción aguja fina guiada por ecoendoscopia, ecoendoscopia alta”. En otras hojas de liquidación posteriores se refleja la realización de nuevas ecoendoscopias altas; así las practicadas en el periodo comprendido “entre el 02/01/2006 y el 31/01/2006” y la abonada en factura de 15 de marzo de 2006.

**2.** Mediante escrito fechado el 2 de octubre de 2006, notificado el día 6 del mismo mes, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias comunica a la representante del interesado la fecha de recepción de la reclamación y las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará en dicho Servicio. Asimismo, le indica que “transcurridos seis meses, a contar desde el día siguiente al de recibo de la presente notificación, o el plazo que resulte de añadirles un periodo extraordinario de prueba, sin que haya recaído resolución expresa, podrá entenderse desestimada su solicitud”.

**3.** Previa solicitud de la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto, fechada el 3 de octubre de 2006, el Secretario General del Hospital “Y” le remite, el día 5 del mismo mes, una copia de la historia clínica del perjudicado en dicho hospital.

Igualmente, atendiendo a requerimiento de la Inspección de la misma fecha, el Gerente del Hospital "X" remite, mediante escrito de 9 de octubre de 2006, copia de la historia clínica del perjudicado obrante en el referido centro hospitalario.

Dentro de las historias clínicas aportadas figura, como documento más destacado, un informe de la TAC abdominopélvico con contraste oral, de fecha 04/09/2005, firmado por tres facultativos, en el que se recoge "gran colección de alta densidad compatible con hematoma, que afecta al ligamento gastrohepático, región subfrénica anterior izquierda y epiplon mayor, extendiéndose craneocaudalmente más de 13 cm. En el seno de esta colección se observa una imagen lineal hiperdensa en probable relación con cuerpo extraño./ Atrofia de cuerpo y cola del páncreas secundaria a masa ya conocida en cabeza y proceso uncinado, que engloba e infiltra los vasos del eje esplenoportal".

4. Previa petición de la inspectora actuante, de fecha 13 de octubre de 2006, el Secretario General del Hospital "Y" remite, el día 19 del mismo mes, informe del Servicio de Cirugía General I que atendió al perjudicado.

En dicho informe, de fecha 16 de octubre de 2006, el Jefe del Servicio de Cirugía General I afirma que el paciente, remitido desde el Hospital "X" "por ictericia obstructiva secundaria a proceso expansivo del páncreas", fue "valorado por la Sección de Cirugía Hepatobiliopancreática de este Servicio" y "se decidió intervención quirúrgica tras colocación de prótesis de descompresión biliar. La intervención fue llevada a cabo el 12 de agosto de 2005 y se practicó colecistectomía (por colecistitis crónica) y biopsia de una adenopatía del hilio hepático desestimándose cirugía radical debido a que en la exploración manual realizada parecía evidente la infiltración del eje portomesentérico. El informe de la TAC realizada en el Hospital 'X' no reseña la infiltración de los vasos pero informada por nuestros radiólogos afirman con rotundidad que sí la hay. En el posoperatorio sufrió algunas complicaciones que

fueron solventadas siendo alta el 27 de septiembre de 2005. Una nueva TAC se reafirma en la infiltración vascular./ El paciente decide acudir a la Clínica ..... donde tras un tratamiento quimioterápico le intervienen el 8 de marzo de 2006 realizando duodenopancreatectomía cefálica”.

Considera el facultativo informante que el caso “fue manejado según nuestros protocolos y de acuerdo con la información radiológica. La invasión del eje portomesentérico puede ser engañosa en la exploración quirúrgica pero no en la radiológica que es tajante (se acompañan copias de dos informes al respecto, uno del TAC previo a la intervención, realizado en el Hospital ‘X’ pero informado por nuestros radiólogos, y otro del realizado en el posoperatorio inmediato). Por otro lado, la metódica actual en estos casos es la de intervenirlos de entrada si no hay afectación de los vasos del sistema portal. En el caso de que la haya puede haber dos posturas: la de hacer quimioterapia de rescate con objeto de hacer extirpable el tumor en un segundo tiempo, o la de no hacer nada más que es la que este Servicio mantiene”.

Entiende por ello que “en la Clínica ..... si han optado por la primera postura es porque asumieron que había infiltración, pues si no sería de intervención inmediata y han esperado 6 meses, lo que no estaría justificado, a nuestro juicio, en el caso de indemnidad de los vasos”. Explicando que “la razón para que este Servicio opte por la segunda postura, aunque sea discutible, es porque el cáncer de páncreas es extremadamente agresivo y la experiencia demuestra que los índices de supervivencia son los mismos en ambas posturas, pero la calidad de vida del paciente es mejor en la postura abstencionista. Por otra parte la técnica quirúrgica radical está amenazada por una elevada morbimortalidad. Este razonamiento no es aplicable a todos los tumores, pues nosotros en el cáncer de recto, sí realizamos radioterapia y a veces quimioterapia previa, pero en este caso está demostrada la mayor supervivencia./ En conclusión (...) se estima haber actuado con arreglo a la lex artis”.

Se acompaña resultado de la tomografía axial computarizada (TAC), realizada al perjudicado en el Hospital "X", pero informada por un facultativo del Hospital "Y" en fecha 02/08/2005, que dice: "tumoración en la cabeza pancreática que condiciona una mínima dilatación de la vía biliar extrahepática que llega a medir 11 mm, infiltra la vena mesentérica en la unión con el eje esplenoporta y presenta una pequeña formación quística adyacente. Se asocia con adenopatías en el hilio hepático. Diagnóstico: tumoración pancreática, con adenopatías regionales e infiltración de la vena mesentérica superior".

5. Con fecha 3 de noviembre de 2006, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación en el que, después de recoger los antecedentes del caso, analiza la actuación de la Administración sanitaria, exponiendo que "el cáncer de páncreas es, a pesar de los avances en el campo de la oncología, uno de los tumores con peor pronóstico. Tiene una elevada letalidad, provoca la muerte del 98% de los pacientes afectados./ El único tratamiento eficaz es la resección completa del tumor, lo que sólo es posible en el 10 al 15% de los pacientes con esta afección, que se realiza siempre que no haya signos de diseminación metastásica y aún en estos casos la supervivencia al cabo de cinco años es tan sólo del 10%./ Cuando los tumores son irresecables, por infiltración de vasos u otras razones, el tratamiento sólo es paliativo, en algunas ocasiones procede administrar quimioterapia o irradiación externa, pero así y todo, la supervivencia media de los pacientes con tumores pancreáticos irresecables es de seis meses".

Concluye la inspectora que debe desestimarse la reclamación, con base en las siguientes conclusiones que extrae del expediente: "Que los facultativos del Hospital 'Y' actuaron según protocolización del Servicio y de acuerdo con la información radiológica, que informó de la invasión por la tumoración del eje portomesentérico (...). La metódica actual en estos casos, según bibliografía específica consultada, que coincide con la adoptada por este Servicio de Cirugía

General I del Hospital 'Y', es la de intervenirlos de entrada si no hay afectación de los vasos del sistema portal y, en el caso de que la haya (como en el que nos ocupa), puede optarse por una de las siguientes alternativas:/ Hacer quimioterapia de rescate con objeto de hacer extirpable el tumor en un segundo tiempo./ No hacer más, postura abstencionista./ La Clínica ..... optó por la primera postura, al asumir que había infiltración, pues si no, sería de intervención inmediata y esperaron 6 meses, espera que nunca estaría justificada en el caso de indemnidad de los vasos./ El Servicio de Cirugía General I del Hospital 'Y' opta por la segunda opción, fundamentándose en:/ La agresividad del cáncer de páncreas./ La experiencia, que les dice que los índices de supervivencia son idénticos en ambas posturas./ La calidad de vida del paciente, que es mejor en la postura abstencionista".

Entiende por ello que "la actuación de los profesionales que por cuenta del Servicio de Salud del Principado de Asturias intervinieron en la asistencia sanitaria del perjudicado cabe reputarla de correcta y conforme a la lex artis, al haber realizado todos los estudios y pruebas que los protocolos vigentes establecen en el diagnóstico y el tratamiento del proceso morboso padecido por el reclamante", y que "el nexo causal no es determinante, ya que acudió a la clínica privada por propia y libre iniciativa".

**6.** Con fecha 6 de noviembre de 2006, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Hospital "Y" y del expediente a la corredería de seguros.

**7.** El día 2 de diciembre de 2006 se emite informe, suscrito colegiadamente por cuatro doctores, uno de ellos especialista en Cirugía General y tres en Cirugía General y Digestivo, constando en la propuesta de resolución que ha sido realizado a instancias de la compañía aseguradora. En el mismo, tras relatar los antecedentes del caso, que en nada difieren de los recogidos en el informe técnico de evaluación, exponen como conclusiones, entre otras, las siguientes:

“Más del 95% de los pacientes diagnosticados de carcinoma de páncreas fallecen debido a la propia enfermedad, incluidos los que han sido sometidos a resección con intención curativa (...). La supervivencia media es de unos 18-20 meses, mientras que la supervivencia total a los 5 años es de alrededor del 3-5%. Estas cifras se han modificado muy poco en los últimos 25 años (...). Los pacientes con una mejor supervivencia son los que presentan tumores que reúnen criterios de reseccabilidad. Desgraciadamente, el tratamiento del cáncer de páncreas avanzado es inefectivo y raras veces se consigue su remisión completa (...). De acuerdo con la documentación examinada se puede considerar que todos los profesionales que trataron al paciente en el Hospital ‘X’ y en el Hospital ‘Y’, lo hicieron de manera correcta y de acuerdo con la ‘lex artis’”.

**8.** Mediante escrito del Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias, de fecha 19 de diciembre de 2006, notificado el día 22 del mismo mes, se comunica a la representante del interesado la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de quince días, adjuntándole la relación de documentos obrantes en el mismo.

**9.** Mediante comparecencia personal efectuada el día 26 de diciembre de 2006, la representante designada toma vista del expediente y solicita copia de la documentación obrante en el mismo, que, en ese momento, se compone de trescientos doce (312) folios, según se acredita en diligencia extendida al efecto.

**10.** El día 8 de enero de 2007, se presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que se reitera lo ya manifestado en la reclamación inicialmente presentada.

**11.** Mediante escritos de 19 de enero de 2007, se remite copia de las

alegaciones presentadas a la compañía aseguradora y a la correduría de seguros.

**12.** Con fecha 19 de enero de 2007, el Jefe del Servicio instructor formula propuesta de resolución proponiendo “desestimar la reclamación” interpuesta por el interesado, razonando que, “en el caso que nos ocupa, el daño alegado por el perjudicado no guarda ninguna relación con la asistencia recibida en el Hospital ‘Y’ , ya que la actuación de los profesionales que por cuenta del Servicio de Salud del Principado de Asturias intervinieron en la asistencia sanitaria del mismo cabe reputarla de correcta y conforme a la ‘lex artis’, al haber realizado todos los estudios y pruebas que los protocolos vigentes establecen en el diagnóstico y el tratamiento del proceso morboso padecido por el reclamante”.

Por todo ello, considera que “el nexo causal no es determinante, ya que acudió a la clínica privada por propia y libre iniciativa”.

**13.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de febrero de 2007, registrado de entrada el día 12 del mismo mes, 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 y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

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 establecido 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 dispuesto 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 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), 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, pudiendo actuar a través de representante con poder bastante al efecto.

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

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse 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 caso ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 25 de septiembre de 2006. El interesado señala que la acción se ejerce en plazo, tanto por la fecha de alta en el Hospital “Y”, 27 de septiembre de 2005, como porque sigue sometido a tratamiento en el centro médico privado. La ambigüedad en el objeto de la reclamación hace complejo dilucidar el daño por el que se reclama. De todos modos y sin necesidad de mayores precisiones ahora, aun en el peor de los casos, habría que concluir que no se está ante un supuesto de prescripción. En efecto, si, como parece desprenderse del escrito inicial, se reclama porque el servicio

público sanitario no prestó al paciente la asistencia médica a la que tenía derecho, el supuesto daño se produce por esta simple omisión, momento éste en el que -como ya sostuvimos en nuestro Dictamen Núm. 186/2006- podemos entender que se pone formalmente de manifiesto la percepción por el interesado del daño por él aducido de falta de oferta en la sanidad pública de una específica intervención quirúrgica. Por tanto, la fecha de alta en el Hospital "Y", coincidente con el ingreso en el centro sanitario privado, sería la que determinaría el *dies a quo* y, en consecuencia, hemos de considerar que el día 25 de septiembre de 2006 la reclamación se presenta en plazo.

**CUARTA.-** El procedimiento seguido en la tramitación de la reclamación se ajusta a lo establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, desarrollados por el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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.

No obstante, hemos de señalar que la comunicación dirigida a la firmante de la reclamación en los términos de lo dispuesto en el artículo 42 de la LRJPAC incurre en error respecto a la determinación del *dies a quo* para el cómputo del plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento, que no puede iniciarse, como indica el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias, "el día siguiente al de recibo de la presente notificación", sino, de acuerdo con el artículo 13.3 del Reglamento de

Responsabilidad Patrimonial, desde que se inició el procedimiento. En el supuesto concreto que analizamos, el procedimiento se inició a instancia de parte -a solicitud de la persona interesada y no de oficio por la Administración-, por tanto, de conformidad con lo establecido en el artículo 42, apartado 3, de la LRJPAC, el plazo máximo en el que habría de notificarse la resolución expresa se ha de contar desde la fecha en que la solicitud haya tenido entrada en el registro (legalmente constituido) del órgano competente para su tramitación.

En cuanto al plazo para adoptar y notificar la resolución expresa, debemos señalar que se ha rebasado el de seis meses establecido en el artículo 13.3 del mencionado Reglamento. No obstante, ello no impide que ésta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

**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 139 de la LRJPAC, ya citada, 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, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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 141 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.-** En relación con la determinación del daño, el reclamante sostiene que el servicio público sanitario no le ofreció la posibilidad de una segunda intervención quirúrgica, porque no la consideró procedente dado el cuadro de la enfermedad del paciente. La negación de esta prestación quirúrgica le condujo a una clínica privada, que sí le ofreció este remedio terapéutico. La solicitud que hace de reintegro de los gastos médicos y de los anejos de estancia y viajes habría que calificarla, en principio, como una reclamación cursada por un cauce inadecuado, toda vez que no se trataría de un daño propiamente dicho, sino de un gasto cuyo reembolso ha de procurarse por el procedimiento específico establecido, en aquel momento, en el Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, y

en la actualidad derogado por el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización. El artículo 5.3 de aquel Real Decreto, como ahora el artículo 4.3 de la norma vigente, determinaba las condiciones para que pudiera darse el reintegro de gastos sanitarios ocasionados “fuera del Sistema Nacional de Salud”, disponiendo que únicamente serán reembolsados en los “casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital (...), 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”.

Sin embargo, el interesado opta por la vía de la reclamación de responsabilidad patrimonial de una manera consciente, porque considera que, si no pudo utilizar el servicio público sanitario, no fue por falta de medios diagnósticos o terapéuticos, sino porque, habiéndolos, “no se supieron utilizar por sus facultativos”. No se trata, pues, de una confusión conceptual del reclamante entre el gasto desembolsado en la medicina privada y el daño alegado, sino de la identificación de un daño, producto de una desatención de la medicina pública, que se valora económicamente con referencia al gasto realizado en razón de la asistencia dada por la medicina privada.

Por tanto, debemos analizar si realmente el mencionado daño existe y si es antijurídico. Para ello hemos de comenzar por señalar que el servicio público sanitario, dirigido siempre a procurar la curación del paciente, constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, de modo que no puede imputarse sin más a la Administración sanitaria la falta de curación del paciente en un plazo determinado 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 es el de la *lex artis*. 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 cualidades y 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.

Pues bien, de los informes técnicos que obran en el expediente cabe considerar que la opción del cirujano del Hospital "Y" de no llevar a cabo la intervención quirúrgica está en todo momento justificada y avalada por criterios científicos, sin que por ello la opción alternativa, seguida por el centro sanitario privado, haya de juzgarse incorrecta. Tanto el informe técnico de evaluación como el dictamen médico suscrito por cuatro especialistas sostienen que ambas soluciones, la abstencionista y la quirúrgica, son posibles, aunque la grave enfermedad de base, neoplasia de páncreas, hace que "los índices de supervivencia (sean) idénticos en ambas posturas" y, a juicio del Servicio de Cirugía General I del Hospital "Y", "la calidad de vida del paciente es mejor en la postura abstencionista". El reclamante no presenta prueba alguna de que la decisión de dicho Servicio no se ajustase a los protocolos de actuación para el caso en cuestión, ni de que su planteamiento abstencionista comportase una falta de diligencia o de abandono de las obligaciones del servicio público. Por tanto, no puede identificarse como daño antijurídico una opción médica conforme con la *lex artis*.

No obstante, el reclamante apunta otro daño, consistente en un error de diagnóstico, y que explicaría el, a su juicio, equivocado planteamiento abstencionista adoptado en el servicio público y, sobre todo, la imposibilidad de equiparar bajo los cánones de la *lex artis* a una y otra alternativas médicas. Se trata del resultado de los dos TAC realizados al paciente en el Hospital "Y", e informados los días 2 de agosto y 4 de septiembre, ambos del año 2005. En el primero se constata que la tumoración "infiltra la vena mesentérica" y, en el segundo, que "infiltra los vasos del eje espleno-portal". Según el informe del

Servicio de Cirugía General I del Hospital "Y", esta circunstancia ya se había apreciado manualmente con ocasión de la intervención practicada al paciente el día 12 de agosto de 2005 y advierte que "la invasión del eje portomesentérico puede ser engañosa en la exploración quirúrgica, pero no en la radiológica, que es tajante". Señala el informe que, de no haber infiltración o afectación de los vasos del sistema portal, "la metódica actual (...) es intervenirlos (los tumores) de entrada". En caso de haberla caben dos posturas: "la de hacer quimioterapia de rescate con objeto de hacer extirpable el tumor en un segundo tiempo, o la de no hacer nada más, que es la que este Servicio mantiene". Argumenta el reclamante que las pruebas llevadas a cabo en la clínica sanitaria privada demuestran que los TAC realizados en el Hospital "Y" estaban mal informados, pues no había tal infiltración y, siguiendo el propio razonamiento del Servicio de Cirugía General I, lo correcto hubiera sido la intervención inmediata. Exhibe como prueba el informe de la clínica privada, de 26 de junio de 2006, en el que se afirma que, mediante una ecoendoscopia alta con punción se detectó un pequeño tumor, apuntando que "dicha lesión se encontraba cerca de la arteria y de la vena mesentérica superiores, sin infiltrarlas". Añade el informe que "el 8 de marzo y previa reevaluación con ecoendoscopia, el paciente fue intervenido quirúrgicamente realizándose duodenopancreatectomía cefálica./ El posoperatorio transcurrió con normalidad y fue dado de alta el 15 de marzo de 2006".

Es doctrina reiterada de este Consejo que el criterio de la *lex artis* opera no sólo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se vincula, en su caso, a la no adopción de todas las medidas y medios necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado -aunque no siempre pueda garantizarse que éste sea exacto- de los síntomas manifestados. En el presente caso, el paciente tiene derecho a que se informen adecuadamente las pruebas radiológicas practicadas y un error en la apreciación de las mismas podría implicar, en principio, una vulneración de la *lex artis*, máxime cuando el propio

informe del Servicio de Cirugía General I del Hospital "Y" señala que la observación de invasión del eje portomesentérico no es engañosa en una exploración radiológica, sino "tajante". La cuestión se centra, pues, en averiguar si se produjo tal error en el estudio de los TAC.

Según el informe de la Clínica ....., de 26 de junio de 2006, el paciente acude a este centro sanitario el 27 de septiembre de 2005, donde se le realizan diversas pruebas, entre ellas, una ecoendoscopia alta con punción que detectó una pequeña formación neoplásica. Dicha "lesión se encontraba cerca de la arteria y de la vena mesentérica superiores, sin infiltrarlas" y, a continuación, señala el tratamiento realizado a partir del 6 de octubre, tras encontrarse obstruida la prótesis de 10 French, una estenosis a nivel del colédoco distal y una fuga biliar procedente de la vía biliar extrahepática. No hay constancia documental de que se hubiese realizado antes del día 5 de octubre de 2005 una ecoendoscopia alta, pues la primera referencia que existe en el expediente de esa prueba es en la hoja de liquidación parcial de gastos correspondientes a la estancia del paciente en la clínica entre los días 5 y 12 de octubre de 2005 y, además, en relación precisamente con este particular episodio de estenosis que concluyó en la colocación de una endoprótesis en la vía biliar. En cualquier caso, de haberse detectado en septiembre de 2005 que la lesión no infiltraba la arteria ni la mesentérica superiores, el tratamiento adecuado, según el reclamante y los informes técnicos, hubiera sido la intervención quirúrgica sin demora para extirpar el tumor; sin embargo, ésta se realizó el día 8 de marzo de 2006, casi seis meses después de su ingreso en la clínica privada, sin que suscite reparo alguno este hecho al interesado.

El mencionado informe médico de la clínica privada que atendió al hoy reclamante dice que "el 17 de octubre se inició tratamiento neoadyuvante con quimioterapia (...). Posteriormente, el paciente fue dado de alta y recibió otros tres ciclos de quimioterapia antes de iniciar quimio-radiación. El tratamiento de quimio-radioterapia comenzó el 3 de enero y duró hasta el 8 de febrero de 2006". Cabe suponer, a la vista de los informes técnicos que obran en el

expediente, que estos tratamientos se hicieron precisamente porque había que eliminar la infiltración observada en los TAC realizados en el Hospital "Y", de lo contrario, se hubiera procedido "de entrada" a la intervención quirúrgica, y que, una vez que la quimioterapia actuó, donde antes había una infiltración acabó por no haberla y pudo practicarse aquélla. Sea como fuere, no hay datos que permitan concluir que los TAC realizados por el Hospital "Y" estuviesen mal informados y en ningún momento se puede deducir eso del informe médico de la clínica privada. Más bien hay pruebas para entender que la clínica privada optó por un planteamiento intervencionista, siguiendo el protocolo que para ello se describe en el informe del Servicio de Cirugía General I del Hospital "Y", es decir, si hay afectación de los vasos del sistema portal, "hacer quimioterapia de rescate con objeto de hacer extirpable el tumor en un segundo tiempo".

En suma, no queda acreditado el error de diagnóstico que se imputa a la Administración sanitaria y sí una opción terapéutica decidida por el servicio público sanitario que es acorde con la *lex artis* y que, a juicio del Servicio de Cirugía General I del Hospital "Y", le ofrece al paciente una mejor calidad de vida, sin que la otra opción dé un mayor índice de supervivencia.

Por último hemos de señalar que los distintos informes incorporados al expediente coinciden acerca del carácter fatal de la enfermedad padecida por el perjudicado y, si bien es comprensible la decisión personal de éste de acudir a un centro médico privado, abandonando los servicios de la sanidad pública, no ha de olvidarse que en ellos se había establecido un diagnóstico preciso y una terapia correcta, de conformidad con unas pruebas radiológicas que no se ha demostrado que estuviesen mal informadas. La opción por la medicina privada fue una decisión libre del interesado, y a él corresponde soportar los gastos que conlleva, sin poder imputarlos al funcionamiento del servicio público sanitario, que no ha producido daño antijurídico alguno.

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 doña ....., en nombre y representación de don ....."

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

Vº. Bº.

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.