

Expediente Núm. 182/2012
Dictamen Núm. 333/2012

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
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 22 de noviembre de 2012, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente acuerdo:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 4 de julio de 2012, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de lo que considera una omisión de tratamiento por parte del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 25 de noviembre de 2011, la interesada presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias (Sespa) una reclamación de responsabilidad patrimonial por el “quebranto patrimonial” que sufre como consecuencia de una “omisión de tratamiento” por parte del servicio público sanitario, por lo que se vio “obligada a recurrir al tratamiento de su enfermedad en la medicina privada”.

Expone que con fecha 4 de abril de 2011, y con el diagnóstico de "adenocarcinoma de Sigma", el Hospital "X" procedió "a cursar alta de hospitalización, refiriendo que dado el grado de extensión del tumor no es subsidiario de actitud quirúrgica ni de quimioterapia". Ante tal actitud, que califica de "omisión de tratamiento", acude a centros privados que "procedieran a cursar el tratamiento médico adecuado", detallando a continuación el coste de "diagnósticos, estudios y medicación" en tales centros privados, por importe de once mil ochocientos noventa y dos euros con setenta y tres céntimos (11.892,73 €).

Considera que "la omisión y negligencia" en que incurren los responsables de la sanidad pública queda acreditada dado que "a día de hoy, es manifiesta la mejoría de quien suscribe, así como una incuestionable mejora en la calidad de vida". Solicita por ello la "reparación patrimonial quebrantada", mediante el abono de la indicada cantidad.

Junto con el escrito de reclamación, aporta copia de los siguientes documentos: a) Informe de alta hospitalaria, de 4 de abril de 2011. b) Dos facturas de productos farmacéuticos. c) Catorce facturas del "Centro", correspondientes al periodo 1 de abril al 22 de julio de 2011. d) Tres facturas de la "Clínica", de fechas 23 de marzo, 12 y 25 de agosto de 2011, la primera correspondiente a una consulta oncológica, la segunda a una exploración radiológica y la tercera a un estudio analítico. e) Factura de "....." por "estudio realizado" el 26 de julio de 2011. f) Factura del Instituto de Medicina, por consultas y estudios realizados el día 27 de abril de 2011.

2. Con fecha 19 de diciembre de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica a la interesada la fecha de entrada de su reclamación en el Principado de Asturias, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa. Junto con ello, requiere a la interesada la aportación de los "informes clínicos" de los centros privados donde fue atendida, con la

advertencia de considerar su desistimiento, si no atiende el requerimiento efectuado en el plazo de diez días.

3. Con fecha 30 de diciembre de 2011, la interesada presenta tres informes evacuados por la Clínica, de fechas 28 de marzo, 25 de agosto y 26 de septiembre de 2011.

4. Mediante escrito de 5 de enero de 2012, el Inspector de Prestaciones Sanitarias remite a la Gerencia del hospital una copia de los tres informes médicos privados aportados por la interesada, y solicita una copia de la historia clínica relativa al proceso de referencia, así como un informe del Servicio de Medicina Interna sobre el concreto contenido de la reclamación presentada.

Con la misma fecha, solicita a la Gerencia del Hospital "Y", un informe "del Servicio de Oncología Médica sobre el concreto contenido de la reclamación presentada", adjuntándole igualmente copia de los informes médicos privados aportados por la interesada.

5. Con fecha 7 de febrero de 2012, la Directora Médica del Hospital "X" comunica al Servicio instructor que el facultativo responsable de la asistencia prestada se encuentra jubilado y la plaza de Jefe de Servicio de Medicina Interna vacante, si bien advierte que "el Servicio de Medicina Interna cursa el alta de la paciente bajo las indicaciones de los Servicios" de Cirugía del Hospital "X" y Oncología Médica del Hospital "Y".

6. Con fecha 20 de diciembre de 2011, emite informe el Servicio de Cirugía del Hospital "X". Refiere los estudios realizados a la interesada, citando "marcador tumoral", "Rx de tórax", "ecografía abdominal", "TAC tóraco-abdominal", "colonoscopia" y "anatomía patológica de la lesión". Indica que se realizó una actuación quirúrgica el día 14 de marzo de 2011, procediendo a un "drenaje" de absceso pélvico", y que con posterioridad se valoró "en sesión clínica", concluyéndose que "el tratamiento curativo no es posible". Se valoró

“tratamiento por el Serv. de Oncología Médica” del Hospital “Y”, quienes “consideran que la paciente no es candidata a quimioterapia”, por lo que “se informa a la familia (...) y concluimos que la paciente es subsidiaria de cuidados paliativos. Solo sería objeto de intervención caso de producirse una obstrucción intestinal completa”.

7. El día 15 de febrero de 2012, el Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital “Y”, traslada al Servicio instructor el informe elaborado por una Médica Adjunta del Área de Tumores Digestivos, con el Vº. Bº. del Jefe del Servicio de Oncología Médica.

Indican que no fue atendida directamente por ninguno de los oncólogos del hospital, si bien se muestran “de acuerdo con la actitud que se siguió”. Afirman que la paciente fue diagnosticada “de adenocarcinoma de sigma estenosante y abscesificado estadio IV por severa afectación hepática bilobar, ganglionar diseminada y metástasis pulmonares”, y que para ser tratada con quimioterapia se exige un “Karnofsky mínimo del 60% (en esta paciente 50%”, apreciándose un deterioro importante de su función hepática, por lo que “la presencia de una carga tumoral masiva y diseminación a múltiples localizaciones junto con el mal estado general y el fracaso hepático son factores de mal pronóstico y predictores de no beneficio con quimioterapia y de alto riesgo de toxicidad./ Por tanto, el motivo por el que no era aconsejable quimioterapia, se basa en que el riesgo de toxicidad con ese tratamiento, no justifica las probabilidades de beneficio y sin posibilidades curativas./ La paciente ha tenido una evolución mejor de lo habitual en estos casos (...). Sin embargo, se trata de un caso aislado e inusual en el que la información referida inicialmente a la familia es la real y en el que, por todo lo referido, no consideramos que haya existido negligencia en la orientación inicial./ Asimismo, la paciente en ningún momento, durante el tratamiento que recibió en su centro privado, volvió a solicitar valoración al Servicio de Oncología Médica del (Hospital “Y”). Si su estado general, la función hepática y las metástasis mejoraron la orientación clínica, podría haberse reevaluado./ Este informe se

emite como orientación en base a la información recibida en los informes médicos y por lo tanto, con las limitaciones de no conocer directamente el caso ni a la paciente”.

8. Con fecha 27 de febrero de 2012, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él indica que “se trata de una paciente de 61 años a la que se le diagnosticó un adenocarcinoma de sigmoides con metástasis hepáticas y pulmonares (...). Tras sesión conjunta de los Servicios de Medicina Interna y Cirugía General y consulta con el Servicio de Oncología Médica del (Hospital “Y”) se decide que la paciente no es subsidiaria de tratamiento quirúrgico ni quimioterápico (...). En el presente caso no hay ninguna omisión terapéutica sino una valoración real de la paciente que aconsejó su inclusión en cuidados paliativos (...). La decisión adoptada (...) lo fue con base en razones de carácter médico y clínico, llevando (...) a la conclusión sobre la no procedencia del tratamiento con base en la existencia de un riesgo y una nula expectativa curativa. De esta forma, no es dable, so pretexto de una presunta estabilización del proceso, imputar al servicio público de salud una incorrecta praxis médica, por cuanto tanto el diagnóstico como la decisión final adoptada lo fueron desde el punto de vista estrictamente médico y dentro de las exigencias del estado de la técnica (...). En tal sentido, no puede hablarse de una negativa a la asistencia médica sino una decisión adoptada con base en criterios médicos (...) no siendo dable ex post, una vez determinada una presunta situación más beneficiosa derivada de la quimioterapia (...) achacar tal resultado a una actuación inicialmente contraria a la *lex artis ad hoc* por parte de los servicios públicos de salud, debiendo quedar residenciada la distinta actuación de unos y otros facultativos en una mera disparidad de criterios de carácter médico que en todo caso han de ser respetados”.

A la vista de todo ello, concluye que la reclamación ha de ser desestimada.

9. Mediante escritos de 29 de febrero de 2012, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Sespa y del expediente completo a la correduría de seguros.

10. Mediante escrito notificado a la interesada el 3 de mayo de 2012, se le notifica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

11. Con fecha 15 de junio de 2012 el Jefe del Servicio instructor elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, sobre la base de lo argumentado en el informe técnico de evaluación.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de julio de 2012, registrado de entrada el día 10 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 Sanidad, 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 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 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 la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 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 supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 25 de noviembre de 2011, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen -el alta de hospitalización- el día 4 de abril de 2011, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en 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, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, 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 informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Por último, 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 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, 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 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.- La interesada solicita el reintegro de los gastos ocasionados por unos determinados tratamientos pautados en la sanidad privada, al considerar que la Administración sanitaria incurre en una “omisión de tratamiento” de su enfermedad.

Como venimos afirmando en dictámenes precedentes (por todos Dictamen Núm. 273/2012), es preciso distinguir el ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en supuestos de atenciones dispensadas fuera del Sistema Nacional de Salud, y el de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Respecto a 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 sanitarios ocasionados “fuera del Sistema Nacional de Salud”,

disponiendo que el mismo solo resulta procedente en “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”.

En este caso, y pese a que la interesada no la califica así expresamente, la Administración ha interpretado que se trata de una solicitud de responsabilidad patrimonial que persigue el resarcimiento del daño causado en forma de “quebranto patrimonial”, como consecuencia de lo que considera una desatención por parte del servicio público a la que se refiere como “omisión de tratamiento”. Analizado el expediente, constatamos que la asistencia privada a la que se refiere en su reclamación no se produce en el contexto de una amenaza vital urgente que no pudiera ser resuelta por la sanidad pública, sino como consecuencia de criterios médicos dispares respecto al posible tratamiento de una enfermedad oncológica, en concreto sobre si la enfermedad era o no susceptible de tratamiento quimioterápico. Por tanto, nada obsta al planteamiento de una responsabilidad patrimonial comprensiva del importe de los gastos sanitarios en los que se haya incurrido a consecuencia del tratamiento de la enfermedad, si bien dicha responsabilidad patrimonial ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole. Consecuentemente, habrá que analizar si nos hallamos ante un daño real, efectivo, evaluable económicamente y antijurídico -en definitiva, un daño que la perjudicada no tenga la obligación de soportar-, y si ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario.

Por lo que a la efectividad de aquel daño se refiere, a la vista de la documentación obrante en el expediente, resultan acreditados, mediante las correspondientes facturas, un conjunto de gastos médicos y farmacéuticos en que incurre privadamente la interesada.

Ahora bien, acabamos de indicar que la mera existencia de unos daños efectivos, individualizados y susceptibles de evaluación económica surgidos en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de

probarse que aquellos se encuentran causalmente unidos al funcionamiento del servicio público y que son antijurídicos.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados concretos. Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que el defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes en función del carácter especializado o no de la atención sanitaria prestada y que se actuó con la debida prontitud. Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de

la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

Pese a la naturaleza señaladamente técnico-médica de las imputaciones que sostiene, y a que incumbe a quien reclama la prueba de las mismas, la interesada no ha desarrollado en vía administrativa ninguna actividad probatoria en relación con la supuesta infracción de la *lex artis* por los profesionales del servicio público sanitario al resolver sobre la actitud terapéutica a seguir, limitándose a la aportación de una copia de documentos que prueban solo la asistencia médica privada recibida. Por ello, este Consejo ha de formar su juicio al respecto de la posible existencia de la infracción de la *lex artis* y de su relación causal con los daños que se alegan sobre la base de la documentación que obra en el expediente, documentación e informes médicos de toda índole que la interesada no ha discutido en el trámite de alegaciones.

A la vista de los diferentes informes incorporados al procedimiento, hemos de concluir que la interesada no ha acreditado la existencia de una infracción de la *lex artis* en la actitud terapéutica adoptada por los profesionales al servicio de la sanidad pública. Según se afirma en el informe técnico de evaluación, y posteriormente reproduce la propuesta de resolución, el debate se circunscribe a una diferente valoración médica sobre las pautas a seguir ante las evidencias diagnósticas sobre el grado de diseminación de la enfermedad metastásica. Siendo de todo punto coincidente el diagnóstico alcanzado, los informes privados que aporta la interesada tan solo reflejan una discrepancia en cuanto a la posibilidad de aplicar una terapia que los profesionales de la sanidad pública habían descartado por su toxicidad y por el estado físico de la paciente. Por tanto, no cabe hablar de abandono terapéutico, sino de diferentes criterios médicos, criterios que en principio, como razona la propuesta de resolución, han de ser respetados, salvo, claro está, que se demuestre una infracción de la *lex artis ad hoc*. En este caso concreto, y al margen de las propias declaraciones de la interesada, lo cierto es que los datos que nos aporta no permiten concluir la existencia de tal infracción, e incluso se advierte en los mismos la aparición de una complicación propia de la toxicidad del tratamiento

(una encefalopatía hepática) que condujo a su suspensión, lo que a nuestro juicio constituye un último indicio de que la valoración efectuada por los responsables públicos se atuvo, sobre la base de las pruebas y análisis clínicos objetivos en relación con la situación de la paciente, a los dictados de la ciencia médica.

En definitiva, la falta de prueba de la posible contravención de la *lex artis* en el funcionamiento del servicio público sanitario, impide que la reclamación de responsabilidad patrimonial pueda ser acogida.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.