

Expediente Núm. 31/2013
Dictamen Núm. 56/2013

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
Fernández Noval, Fernando Ramón

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 21 de marzo de 2013, 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 18 de febrero de 2013, 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 un retraso diagnóstico y omisión de tratamiento por parte del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 12 de julio de 2012, el interesado presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los gastos de tratamiento en una clínica privada que “hubieran sido totalmente innecesarios de haberseme diagnosticado” por la sanidad pública “la afección que tenía y de haberseme corregido”.

Refiere venir “sufriendo sangrado por la uretra” y haber acudido a los servicios de urgencia hospitalarios en los últimos seis meses “al menos tres veces (...), con dos ingresos por varios días”. Expone que fue objeto de “numerosas pruebas (...), mas nadie detectó que tuviera problema alguno en la uretra (...). A principios de junio y como en Urología me daban vez para últimos de julio y yo no podía aguantar más, siendo evidente que mi deterioro era progresivo y acelerado”, decide acudir a una clínica privada. Según afirma, allí se le diagnostica un “ITU” del que fue operado, mostrándose los especialistas privados extrañados de que su afección “no fuera advertida o detectada hace meses, pues les pareció que tenía una sintomatología notoria”.

Reclama el importe de los gastos que dice haber abonado a la clínica privada, y que “ascendieron a (...) dieciocho mil novecientos noventa y nueve euros” (18.999,00 €).

Junto con el escrito de reclamación aporta, entre otros documentos sin relevancia, copia de facturas y justificantes de pago por los siguientes conceptos e importes: a) Recibo correspondiente a la realización de cistoscopia con sedación, 600 €. b) Factura relativa a una bioquímica, 119 €. c) Factura por realización de ecografía, 70 €. d) Recibo por la práctica de cistoscopia, 600 €. e) Recibo correspondiente a la realización de una “cistoscopia, todo el equipo”, 600 €. f) Factura por escáner, 240 €. g) Factura correspondiente a gastos de anatomía patológica, quirófano y otros, 375 €. h) Recibo relativo a una “cistectomía radical + Bricker, todo el equipo”, 8.500 €. i) Recibo en concepto de honorarios, 140 €. j) Recibo por la realización de una “cistectomía radical”, 8.500 €. k) Factura por gastos de hospitalización y quirófano, 7.519,50 €.

2. El día 16 de agosto de 2012, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del 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.

3. Con fecha 27 de agosto de 2012, desde el Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital se remite al órgano instructor una copia del parte de reclamación y de la historia clínica del perjudicado.

4. Mediante escrito de 12 de septiembre de 2012, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada para elaborar el informe técnico de evaluación solicita a la Gerencia del Área Sanitaria IV un informe de "los facultativos que le prestaron asistencia" al interesado en el Hospital y "del responsable de la gestión de lista de espera quirúrgica de Urología".

5. El día 27 de septiembre de 2012, desde el Servicio del Área de Reclamaciones del referido hospital se remiten al órgano instructor dos informes médicos sobre la reclamación presentada.

El primero, suscrito por el Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias el día 13 de septiembre del mismo año, señala que el 30-03-2012 "acudió por presentar hematuria, estaba a seguimiento por el Servicio de Urología, que le había solicitado pruebas diagnósticas y debía acudir a revisión el 23 de agosto de 2012", siendo el diagnóstico "hematuria a estudio y posible infección del tracto urinario"; el 1-04-2012 muestra "dolor abdominal, fiebre e hipotensión (...). Ingresa en planta hospitalaria (...) con el diagnóstico provisional de 'prostatitis aguda'"; el 22-04-2012 es atendido por hematuria y, tras realizarle las exploraciones y pruebas diagnósticas habituales, es dado de alta con el diagnóstico de "hematuria de larga evolución a estudio, sin repercusión hemodinámica ni analítica"; el 09-05-2012 acude por "diarrea, vómitos, hematuria y fiebre (...). Ingresó en planta hospitalaria a cargo del Servicio de Digestivo; el 22-05-2012 refiere la presencia de un cuerpo extraño en miembro superior derecho (*sic*), en relación con la vía venosa que le habían cogido durante su ingreso reciente (...). Se le dio el alta con el diagnóstico de 'flebitis miembro superior izquierdo'".

El segundo, elaborado por el Jefe del Servicio de Urología el día 12 de septiembre de 2012, relata que el paciente es “conocido de nuestro Servicio desde marzo de 1995”; que en 2009 empeora “del síndrome de prostatismo, con tratamiento médico (...). En marzo de 2012 cuadro de hematuria total, practicándole citologías que fueron negativas para malignidad, ecografía con resultado normal (...). Ingresó en nuestro Servicio el 1 de abril de 2012 con fiebre e hipotensión, a tratamiento” por su médico de Atención Primaria “por infección del tracto urinario (...). Se le pautó tratamiento con sueroterapia y antibióticos, mejorando ostensiblemente, siendo trasladado al Servicio de Digestivo” por *Salmonella*. Por último, indica que “acude a consulta en el ambulatorio el 1 de junio de 2012 refiriendo hematuria y polaquiuria. Fue citado para realizar cistoscopia los días 18 de junio y 16 de julio para descartar neo vesical, no acudiendo a realizarla”.

6. Con fecha 3 de octubre de 2012, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. Tras exponer con detalle todas las asistencias prestadas, las pruebas y los diagnósticos alcanzados, afirma, en relación con la “infección del tracto urinario (ITU)” que padecía el interesado, que “no hubo urgencia vital, solo una breve demora que le condujo a abandonar de manera voluntaria este sistema; opción individual, en cuyo caso las consecuencias han de ser soportadas por quien adopta dicha decisión”.

Finalmente, sostiene que “la práctica médica y sanitaria aplicada se revela correcta, se siguió un protocolo razonable y la demora que alega no está justificada, ya que fue citado no acudiendo a la misma, optando por acudir a la medicina privada, decisión adoptada de forma libre y voluntad propia, no pudiendo imputarse a la sanidad pública negligencia en el proceso asistencial”. Afirma que los profesionales actuaron de acuerdo con el criterio de la *lex artis*, por lo que considera que la reclamación “debe ser desestimada”.

7. El día 23 de octubre de 2012, emite informe una asesoría privada, a instancia de la entidad aseguradora, suscrito por un especialista en Urología. En términos similares al informe técnico de evaluación, tras analizar el proceso asistencial prestado al interesado, estima que padeció una “infección del tracto urinario (ITU)”. Señala que el paciente reclama el importe de las facturas de un centro privado -18.990 euros- que corresponden a “una serie de pruebas diagnósticas (analítica, ecografía y TAC) ya realizadas en la sanidad pública, una cistoscopia, estudio patológico, derechos de quirófanos, etc. sin que se (...) haya aportado ningún informe médico donde se especifique de qué patología se le había diagnosticado y tratado en la sanidad privada”.

Sostiene que “fue remitido correctamente” por su médico de Atención Primaria “al urólogo por una infección de orina con hematuria al tener mala respuesta al tratamiento antibiótico (...). En la sanidad pública fue estudiado correctamente (...), sin evidencia de patología urológica (...). Se le propuso la realización de una cistoscopia para completar el estudio, pero el paciente prefirió acudir a la sanidad privada interrumpiendo así el proceso diagnóstico (...). La demora de meses que reclama el paciente no es así. Entre las dos consultas de Urología (15-3 y 15-5) solo transcurrieron 2 meses durante los cuales (...) además tuvo 2 ingresos hospitalarios por otras patologías (...). No se (...) ha proporcionado un informe médico sobre la atención practicada en la sanidad privada”, por lo que no se puede saber “de qué patología fue diagnosticado y tratado”.

8. Mediante escrito notificado al perjudicado el día 28 de noviembre de 2012, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente. El 3 de diciembre de 2012 se persona en las dependencias administrativas y obtiene una copia “de los documentos de que consta al día de la fecha”, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto.

9. Con fecha 18 de diciembre de 2012, el interesado presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones en el que afirma que, “contra lo que los informes emitidos en el expediente dicen, se evidencia que durante meses estaba padeciendo un carcinoma de grado citológico 3 (...) que, a pesar de estar en numerosas ocasiones en los Servicios de Urgencias, no fue detectado”. Relata los sucesivos ingresos hospitalarios (30 de marzo y 1 y 22 de abril de 2012) y las atenciones prestadas en los Servicios de Urgencias, indicando que en todo momento presentaba una “hematuria franca”; síntoma que no fue objeto de la atención debida. Expone que cuando el 1 de junio de 2012 acudió al “Ambulatorio” y se le “prescribió la cistoscopia ni siquiera se indicó que fuera urgente” y se le “dio vez (...) para el 16 de julio siguiente y no, como mendazmente se dice, para el 18 de junio”, acotando el “folio 24 del expediente”. Señala no entender que “estando a tratamiento” con el servicio público de salud “desde el 2009 por ITU, que habiendo ingresado hasta media docena de veces por hematuria (...), nadie pudiera pensar que podía tener un tumor y hacer las pruebas oportunas para corroborar su presencia o descartarlo./ No entiendo que no vieran en las placas lo que los médicos” del centro privado (los mismos o casi los mismos que en el Hospital dicha sea de paso), “apreciaron de forma inmediata”.

Adjunta a su escrito los siguientes documentos: a) Informe de una médica de Atención Primaria, de fecha 29 de junio de 2012, en el que se hace constar que sigue “control en Urología desde el 2009 (...). Acudió a revisión de Urología el 15-3-2012 (...). Ingresó el 1-4-2012 por cuadro febril en el Servicio de Urología con diagnóstico de ITU y fue trasladado al servicio de Digestivo”. b) Informe del Servicio de Anatomía Patológica del centro privado, en el que se establece el diagnóstico de “cistectomía radical. Ca. vejiga”, de fecha 20 de junio de 2012. c) Informe de un especialista en Urología del centro privado, de 3 de julio de 2012, en el que se refleja que el paciente “presenta hematuria total con coágulos desde hace varios meses, habiendo estado ingresado” en el Hospital Como procedimientos diagnósticos describe la realización de una “ecografía abdominal”, en la que se observa “vejiga con lesión infiltrante de

aproximadamente 3,5 cm”; un “TAC abdomino-pélvico”, en el que se aprecia “lesión infiltrante en cara lateral izquierda que llega hasta cúpula”; una “cistoscopia”, que arroja como resultado una masa sólida de unos 4 cm localizada en cara lateral izquierda, con lesiones papilares localizadas en trígono”, y una “biopsia”, que muestra un “Ca. urotelial grado citológico III”. Finalmente, señala que “con fecha 11-06-2012 se realiza cistoprostatectomía radical + Bricker (...). Con fecha 18-06-2011 (*sic*) es dado de alta”.

10. El día 20 de diciembre de 2012, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria remite una copia de las alegaciones presentadas a la entidad aseguradora, “en aplicación del protocolo de instrucción y tramitación” de este tipo de expedientes.

11. Con fecha 11 de enero de 2013, a la vista del escrito de alegaciones presentado por el interesado, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada para elaborar el informe técnico de evaluación requiere a la Gerencia del Área Sanitaria IV un nuevo “informe clínico” del “responsable del proceso asistencial proporcionado al reclamante”.

12. El día 23 de enero de 2013, el Servicio del Área de Reclamaciones del Hospital remite al Servicio instructor el informe elaborado por el Jefe del Servicio de Urología el 22 de ese mismo mes, que resulta ser idéntico al emitido el 12 de septiembre de 2012, salvo por la última consideración, en la que se recoge textualmente que “el paciente tuvo la opción de volver al Servicio de Urgencias antes de la fecha de la cistoscopia”.

13. Con fecha 31 de enero de 2013, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Subraya en sus antecedentes, con base en el informe técnico de evaluación, que “la situación clínica producida no constituyó una situación de carácter urgente, inmediata, ni vital, ni se constata la denegación de

asistencia, solo una demora diagnóstica sin repercusión en la evolución de la enfermedad, al haberle prescrito antiinflamatorios, reposo, seguimiento del proceso”.

Sobre el trámite de audiencia, afirma que “los datos aportados (...) no hacen modificar la calificación inicial desestimatoria dada al expediente administrativo en curso, dado que acudió a la medicina privada por propia y libre iniciativa, rechazando los servicios de la sanidad pública, donde tenía cita para realizar la prueba diagnóstica precisa, cistoscopia, el 16 de junio, es decir, seis días después a la fecha de la realizada en el centro médico privado, que fue el 10 de junio. Se presupone que el diagnóstico de haber realizado tal examen se habría igualmente confirmado en el ámbito de la sanidad pública”.

Por último, argumenta que “fue enviado al urólogo por su infección de orina con hematuria, al tener mala respuesta al tratamiento antibiótico. En la sanidad pública fue estudiado de forma correcta (...), sin evidencia en tales momentos de patología urológica grave. Se le propuso la realización de una cistoscopia para completar el estudio para el 16 de junio de 2012, pero el paciente prefirió acudir a la sanidad privada unos días antes, interrumpiendo la posibilidad de ser diagnosticado. La demora que reclama no es tal, es mínima y (...) el paciente tuvo otro ingreso ajeno a la patología reclamada por *Salmonelosis*, tratada por el Servicio de Digestivo” del hospital.

14. En este estado de tramitación, mediante escrito de 18 de febrero de 2013 registrado de entrada el día 25 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 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 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 12 de julio de 2012, respecto de una asistencia sanitaria que, según su propio relato, se presta por la sanidad pública entre los días 15 de marzo y 1 de junio de 2012, fecha en la que el interesado abandona los servicios públicos, pudiendo fijarse el *dies a quo* a efectos del cómputo del plazo el día 9 de mayo de 2012 -según desarrollaremos en la consideración sexta-, 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 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 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.- El interesado solicita el reintegro de los gastos ocasionados por determinados procedimientos diagnósticos, asistenciales, hospitalarios y quirúrgicos que hubo de abonar a la sanidad privada “ante la falta de respuesta y tratamiento” en la sanidad pública, ya que, “habiendo ingresado hasta media docena de veces por hematuria”, no comprende que “nadie pudiera pensar que podía tener un tumor y hacer las pruebas oportunas para corroborar su presencia o descartarlo./ No entiendo que no vieran en las placas lo que los médicos (del centro privado), los mismos o casi los mismos que en el (Hospital), dicho sea de paso, apreciaron de forma inmediata”.

Como venimos afirmando en dictámenes precedentes (por todos, el Dictamen Núm. 273/2012), es preciso distinguir entre 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 la primera, 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, el interesado ha calificado expresamente su solicitud como de responsabilidad que persigue el resarcimiento del daño causado en forma de quebranto patrimonial como consecuencia de lo que hemos de considerar un retraso diagnóstico. En efecto, 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 debido a que el servicio público sanitario

no llegó a alcanzar el diagnóstico de la dolencia que padecía, que resultó ser una grave enfermedad oncológica diagnosticada y tratada en un centro privado pocos días después de que abandonara voluntariamente el sistema público sanitario. Por tanto, nada obsta al planteamiento de una responsabilidad patrimonial comprensiva del importe de los gastos sanitarios en los que haya incurrido a consecuencia de su tratamiento, si bien dicha responsabilidad patrimonial ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole. Consecuentemente, habremos de analizar si nos hallamos ante un daño real, efectivo, evaluable económicamente y antijurídico -en definitiva, un daño que el perjudicado no tenga la obligación de soportar-, y si ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario.

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

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, el perjudicado 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 en el proceso diagnóstico al que fue sometido, limitándose a aportar una copia de facturas y de informes médicos que prueban cuál era la enfermedad que padecía y el tratamiento quirúrgico dispensado. Por ello, este Consejo ha de formar su juicio al respecto de la posible existencia de una 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.

A la vista del relato de hechos que presenta el interesado y de la información suministrada por la Administración sanitaria, resulta imprescindible que comencemos por ordenar con un criterio temporal las diferentes asistencias prestadas por el servicio público sanitario.

Consta en el expediente que el paciente se encontraba en seguimiento médico por un servicio clínico especializado, en concreto por el Servicio de Urología, por determinadas patologías urogenitales, y que entre otras asistencias figuran controles los días 21 de octubre de 2009, donde se anota “no hematuria”, y 5 de mayo de 2010 y 27 de noviembre de 2011, en los que se documenta en cada una de ellas la realización de una “eco” y controles de PSA.

El 15 de marzo de 2012 se constata una consulta en Urología, remitido por su médico de Atención Primaria, por hematuria que no mejora con tratamiento antibiótico (folio 34 del expediente). Se solicita eco (informada el 28 de marzo sin incidencias -folio 161-), citología (informada el 28 de marzo sin incidencias -folio 47-), sedimento y cultivo.

Con fecha 30 de marzo de 2012 acude a Urgencias. Refiere hematuria intermitente, con coágulos, desde aproximadamente 15 días antes (folio 213). Se le pauta otro antibiótico -Augmentine- y “adelanto de revisión con urólogo”.

El 1 de abril de 2012 acude nuevamente a Urgencias (folio 203) por “fiebre más hipotensión”. Inicialmente queda a cargo de Urología, que anota en las hojas de curso clínico “fiebre más hipoTA en paciente tratado x ITU” (folios 153 y siguientes). En el apartado relativo a antecedentes urológicos se recoge “hematuria, eco abd. (...): vejiga ø”. Consta como diagnóstico principal al alta de Urología, “ITU” y como diagnóstico secundario “pancolitis” (folio 78).

El día 4 de abril, sin causar alta hospitalaria, queda a cargo del Servicio de Digestivo. En el folio 53 del expediente se refleja que acude a Urgencias “por clínica miccional, hematuria y fiebre tras 48 h de amoxi-clavulánico”. En

las hojas de curso clínico (folio 54) se indica que “refiere hematuria desde febrero”. Es dado de alta el día 9 de abril.

El 22 de ese mismo mes acude nuevamente a Urgencias. En el informe correspondiente (folio 71) figura que “desde el ingreso en Urología 1-4-12 presenta hematuria con coágulos”. Se establece el diagnóstico de “hematuria larga evolución a estudio, sin repercusión analítica ni hemodinámica”. Se pauta tratamiento antibiótico y se le advierte que si presenta “hematuria franca de nuevo y/o dolor abdominal acudir de nuevo”. Control por consultas externas de Urología.

Con fecha 9 de mayo vuelve al Servicio de Urgencias (folio 143). Entre los síntomas “refiere, además, hematuria intermitente desde hace 2-3 meses, estos días ha (aumentado), con coágulos”, más “escozor”.

Queda ingresado a cargo del Servicio de Digestivo hasta el día 17 de mayo de 2012 (folios 79 y 80) por “diarrea más hipotensión”. En el informe de alta consta que durante su estancia hospitalaria se “solicita consulta a Urología por hematuria de meses de evolución que no prescribe ningún tipo de tto., descartando ITU”. En las hojas de curso clínico del día 16 de mayo se refleja “al alta recomendarle que solicite revisión con Urología” (folio 87).

Mientras el paciente se encontraba ingresado, el día 15 de mayo de 2012 se documenta una revisión en consultas externas de Urología (hemos de suponer que acude a la misma algún familiar, aunque no consta, folio 34). En dicha consulta se valoran las pruebas solicitadas en la anterior (el 15 de marzo de 2012) y se consigna en las hojas de curso clínico que “el paciente está ingresado en Digestivo, ignoro situación actual, por lo que recomiendo cta. Informo por si hubiera que hacer cistoscopia. De lo contrario solicitar cta. al alta”.

Posteriormente, el 22 de mayo de 2012 acude de Urgencias (folio 220), diagnosticándosele una “flebitis MSI”. Entre los antecedentes se anota “hematuria a estudio”.

El 30 de mayo de 2012 consta una consulta en el Servicio de Digestivo (folio 54), figurando en la hoja de curso clínico correspondiente que “refiere hematuria desde febrero./ Pido consulta a Urología”.

Con fecha 1 de junio de 2012 acude a consulta de Urología (folio 26), y se refleja en las hojas de curso clínico que “sigue con hematuria con coágulos (...). Para cistoscopia”. En la solicitud de cistoscopia, suscrita ese mismo día, se consigna que estuvo “ingresado en abril-12 por ITU y hematuria, eco Ø, citología, Ø”. Como “motivo de la consulta” se señala que “sigue con hematuria total con coágulos”. En las hojas de curso clínico de Urología figuran anotaciones los días “18-6-12, no acude” y “16-7-12, cistoscopia. No acude a la cita”. Se ha incorporado al expediente, además, un documento de “petición de consulta médica” -folio 24- en el que consta anotado “16-7 (...), cistoscopia”.

Por último, el día 2 de junio de 2012 el interesado acude a un centro médico privado y de la documentación que aporta parece desprenderse que, entre otras pruebas, el día 6 de junio fue objeto de una “cistoscopia” y el 16 del mismo mes sufrió una “cistectomía radical” como consecuencia de un “Ca. urotelial grado citológico III”.

Ordenados cronológicamente los hechos, hemos de dejar constancia de que ni el informe técnico de evaluación, ni el informe privado realizado a instancia de la compañía aseguradora, analizan la repercusión que, sobre sus iniciales conclusiones, hayan podido tener los últimos datos aportados por el interesado en el trámite de alegaciones; esto es, que el paciente, que según esos informes elaborados antes del trámite de audiencia padecía una infección del tracto urinario (ITU) correctamente tratada, en realidad sufría un carcinoma urotelial en grado III. Llama la atención el dato de que la Inspectora responsable de la elaboración del informe técnico de evaluación, a la vista de estos nuevos hechos, solicite al servicio presuntamente responsable (Urología) la emisión de un nuevo informe y que ella, sin embargo, no elabore un informe técnico en el que se valore la nueva información. Tampoco consta que lo haya hecho la compañía aseguradora, de modo que es el autor de la

propuesta de resolución quien, sin informes técnicos previos, concluye afirmando que la constatación de la grave enfermedad padecida por el interesado en nada modifica el criterio desestimatorio alcanzado, dado que este acudió a la medicina privada “rechazando los servicios de la sanidad pública, donde tenía cita para realizar la prueba diagnóstica precisa, cistoscopia, el 16 de junio; es decir, seis días después a la fecha de la realizada en el centro médico privado, que fue el 10 de junio”. En definitiva, aprecia un mínimo retraso en el diagnóstico (6 días) porque “presupone” que la sanidad pública también habría alcanzado el mismo juicio clínico si se le hubiera permitido realizar la prueba necesaria, ya prescrita.

A nuestro modo de ver, tal razonamiento resultaría congruente si la asistencia sanitaria prestada hasta ese momento (1 de junio de 2012) se revelase acorde con los dictados de la *lex artis*, de tal modo que, efectivamente, pudiera sostenerse que el interesado abandona la sanidad pública por su propia voluntad sin razón alguna que lo justifique, asumiendo las consecuencias de ello derivadas, entre otras, las pecuniarias. Por tanto, hemos de analizar si la asistencia prestada se ajustó al parámetro de la *lex artis* que hemos definido, haciendo abstracción de los hipotéticos retrasos o dilaciones futuras (“cuánto tiempo más me quedaba por esperar hasta que se hubieran puesto a curarme”), a los que también alude el interesado.

Como hemos manifestado, el reclamante no aporta ninguna pericia que analice la asistencia prestada, y de los informes incorporados al expediente por la Administración hemos de concluir que en todo el proceso referido hasta el día 9 de mayo de 2012 no apreciamos, en principio, infracción de la *lex artis*. Fue diagnosticado de ITU, se le pautó un tratamiento antibiótico y estaba a seguimiento por el Servicio de Urología, realizándose varios controles diagnósticos que no alertaron de ningún síntoma preocupante.

Sin embargo, entendemos que a partir de esa fecha sí cabe considerar una infracción de la *lex artis*, al menos en el sentido organizativo. En efecto, consta que el paciente queda a cargo del Servicio de Digestivo y que durante su ingreso, revisado por Urología -“por hematuria de meses de evolución”-, no

se le prescribe por tal Servicio tratamiento alguno, “descartando ITU”. En esas mismas fechas, en concreto el día 16 de mayo, en consultas externas de Urología se le informa a algún familiar -dado que el paciente se encuentra ingresado- de la necesidad de realizar una “cistoscopia”. A nuestro modo de ver, resulta contrario a la *lex artis* que por los servicios de Urología hospitalarios se descarte tratamiento alguno, e incluso la existencia de una ITU (que hasta ese momento podría justificar la presencia de hematuria), en un paciente ingresado y que en las consultas externas de los propios servicios especializados se alerte de la necesidad de realizar aquella prueba diagnóstica, suponemos que dada la falta de respuesta a los tratamientos y a la persistencia de los síntomas. Y entre ambas respuestas, radicalmente incompatibles, se alza como correcta la segunda, dado que fue la realización de una cistoscopia en un centro privado la que permitió alcanzar un diagnóstico certero de la enfermedad que padecía.

En definitiva, una valoración de los antecedentes, de los tratamientos pautados y de la clínica del paciente realizada en las consultas externas del Servicio de Urología puso de manifiesto, el día 15 de mayo de 2012, la necesidad de realizar una cistoscopia diagnóstica. Sin embargo, en esas mismas fechas, y revisado por los servicios hospitalarios de dicha especialidad, no se consideró preciso instaurar tratamiento alguno al paciente, pese a descartar la existencia de una ITU, lo que parece dar a entender que no se consideraron trascendentes ni los antecedentes ni la clínica que presentaba en ese momento. Todo ello nos conduce a estimar que se ha producido un retraso en la disposición de las pruebas diagnósticas, a la postre necesarias, de un mes (entre el día 15 de mayo y el 18 de junio de 2012), si hemos de hacer caso a la fecha que señala la Administración para la realización de la cistoscopia, o de dos meses, si nos atenemos a la que defiende el interesado (el 16 de julio de 2012).

Ahora bien, apreciada una infracción de la *lex artis* en sentido lato, en su aspecto organizativo, hemos de valorar si la misma puede considerarse causalmente unida al daño patrimonial por el que se reclama (los gastos

médicos privados); esto es, si la incoherencia en cuanto al proceso diagnóstico a seguir, puesta de manifiesto el día 15 de mayo de 2012, justifica el abandono por el interesado de la sanidad pública, con la consiguiente obligación por parte de esta de reintegrarlos.

En supuestos similares al que nos ocupa, los Tribunales de Justicia acuden al concepto de “pérdida de confianza” en el sistema público para justificar, analizando caso a caso, el hecho de que un paciente acuda a un servicio sanitario privado y pueda obtener, vía responsabilidad patrimonial de la Administración, el resarcimiento de los gastos generados. Se trata de supuestos donde se advierte una inactividad de la Administración sanitaria durante un largo periodo de tiempo o en los que, en cualquier caso, se ha producido un sensible empeoramiento de la salud del enfermo sin que la sanidad pública haya sido capaz de dar respuesta satisfactoria a tal deterioro; situaciones que justificarían la pérdida de confianza del paciente en los médicos del servicio público. A modo de ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 29 de octubre de 2010 argumentó, en este sentido, que “desde que acudió a la sanidad pública el 20 de abril de 2006, y hasta el 28 de junio de 2006, no se estableció un diagnóstico correcto en la misma partiendo del inicial tumor maligno y, como incluso admite el informe del Consejo Consultivo, aquella demora de dos meses (todavía el 24 de agosto se solicita al laboratorio respuesta rápida), ante un tumor maligno, hace perfectamente razonable la decisión del paciente de acudir a la sanidad privada, e incluso suficiente para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración”.

A la vista de lo expuesto, y con carácter previo al enjuiciamiento del asunto concreto, resulta preciso que establezcamos un parámetro de control objetivo que permita analizar la apelación a una pérdida de confianza legítima en el sistema público para abandonarlo optando por uno privado. Para ello, hemos de partir de considerar que la mera convicción subjetiva del paciente no basta para justificar jurídicamente el resarcimiento de los gastos privados,

sino que han de darse también circunstancias objetivas susceptibles de verificación.

En línea de principio, desde que un paciente “entra en el sistema” público queda sometido a las decisiones de orden terapéutico del equipo médico asignado, quien asume la responsabilidad de esas decisiones, y en su nombre la Administración pública prestadora del servicio. No obstante, resulta indudable que el paciente puede abandonar el “sistema” en cualquier momento y acudir a la medicina privada, y en ese caso asume las consecuencias del ejercicio de su libre elección, entre otras las pecuniarias que corresponden a su coste. Ahora bien, el abandono de un proceso sanitario concreto en el que se está incurso podría estar justificado en determinados supuestos en una “desconfianza legítima” en la labor de unos profesionales del servicio público, aunque esa percepción no puede implicar de modo automático que comprende una pérdida de confianza en el sistema en su conjunto. A nuestro juicio, para que un paciente que abandone la sanidad pública pueda repercutir a título de responsabilidad patrimonial los gastos abonados en la sanidad privada como consecuencia de un retraso diagnóstico y, en su caso, del subsiguiente retraso asistencial es necesario que concurren, además de las de carácter general -daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica, nexo causal y carácter antijurídico de la lesión-, determinadas circunstancias de carácter objetivo y subjetivo.

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 esa infracción de la *lex artis* es susceptible de producir un daño cierto en la salud del paciente, en sus posibilidades de curación o en su esperanza de vida, para lo cual hemos de efectuar un juicio de regreso sobre la entidad de la patología finalmente diagnosticada. Por ello, y desde esta perspectiva, no encontraríamos justificada la reparación del desembolso generado en supuestos de causación de meras molestias o incomodidades en el curso de la atención de patologías

comunes, no graves, que los pacientes del servicio público vendrían obligados a soportar.

De otra parte, desde el punto de vista subjetivo, ha de apreciarse que el paciente actúa de buena fe, ejerciendo una opción condicionada por las circunstancias del caso, sin que se perciba un ánimo premeditado de abandonar el servicio público invocando la desconfianza como pretexto para endosar el coste de su libre elección a la Administración pública y justificar la exigencia posterior de una reparación del daño patrimonial sufrido. Y para ello hemos de valorar si la desconfianza generada 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, por ejemplo, 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, o el de constatar si se recurrió a la exigencia de una segunda opinión médica, aunque esta última ponderación no puede conducirnos, en el límite, a la paradoja de exigir a quien ha ido perdiendo paulatinamente la confianza que persista indefinidamente en su empeño.

En el caso concreto que analizamos, consideramos que se cumplen ambos condicionantes. Por un lado, el relato de hechos que hemos dejado expuesto pone de manifiesto una descoordinación apreciable de los servicios asistenciales, lo que justifica la desconfianza del paciente en la asistencia que se le venía prestando, sin que fuera razonable exigirle, una vez diagnosticada la enfermedad, que regresara al sistema público para que le practicara la terapia quirúrgica a la que se sometió de inmediato en un centro privado. A su vez, la entidad patológica finalmente diagnosticada confirma que el retraso diagnóstico apreciado por el paciente podría haber supuesto un menoscabo de su salud o una disminución de sus posibilidades de curación, sin que quepa advertir en su conducta un ánimo premeditado de abandonar la sanidad pública. No obstante, dejamos constancia de que alcanzamos este juicio sin poder valorar la denuncia del paciente de que los médicos que le atendieron

en el centro privado eran “los mismos o casi los mismos que en el (Hospital)”, ya que se trata de un extremo que no hemos podido contrastar de modo objetivo con los datos que obran en el expediente.

Al margen de todo lo anterior, y en último término, también cabría apreciar la existencia de un error diagnóstico susceptible de haber infringido la *lex artis*. En efecto, constatamos que el paciente fue sometido a múltiples pruebas diagnósticas entre los días 15 de marzo y 1 de junio de 2012, entre otras una ecografía y una TAC que no alertaron de ninguna patología. Sin embargo, las mismas pruebas realizadas muy poco tiempo después en la sanidad privada -el 6 de junio de 2012- objetivaron la existencia en la vejiga de una “lesión infiltrante de aproximadamente 3,5 cm” -eco abdominal- o de una “lesión infiltrante en cara lateral izquierda que llega hasta cúpula” -TAC abdomino-pélvico-, que la posterior cistoscopia confirmó como “masa sólida de unos 4 cm”.

Todo ello nos conduce a considerar que existe una relación de causa-efecto entre la actividad pública y el gasto privado en el que incurre el reclamante, debiendo por ello abonarse los gastos efectivamente satisfechos a la sanidad privada.

Ahora bien, en el presente caso, las facturas y recibos aportados por el interesado no permiten deducir a ciencia cierta el importe de los gastos en que incurrió, pues, a pesar de que la suma total de dichos justificantes asciende a 27.263,50 €, solo reclama el pago de 18.999,00 €. A la hora de efectuar su cálculo no tiene en cuenta dos recibos o facturas por importe, respectivamente, de 600 € y 8.500 €, lo que nos lleva a considerar la posibilidad de que los recibos representen el pago efectivo de algunas de las facturas y que no constituyan un gasto en sí mismo. Por otro lado, una de las facturas que adjunta asciende a 7.519,50 € -y no a 8.355,00 €, como erróneamente parece sostener el interesado-, ya que, habiéndose practicado en ella un descuento de un 10%, aquella es la cantidad que realmente abonó y de la que debe ser resarcido. Por tanto, entendemos que ha de ser la propia Administración la que, desarrollando los actos de instrucción que considere

necesarios, proceda a comprobar la realidad y el alcance de dichos extremos, fijando, en su caso, la cuantía de la indemnización que efectivamente haya de abonarse.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.