

Expediente Núm. 108/2013
Dictamen Núm. 142/2013

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 4 de julio de 2013, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 20 de mayo 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 la asistencia prestada en un centro vinculado a la red hospitalaria pública mediante convenio singular.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 5 de octubre de 2012, la interesada presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada en el Hospital “X”.

Indica que “en fecha 30 de diciembre de 2011 fui ingresada de urgencias en el Hospital “X” derivada por el Servicio de Medicina Interna”, adonde había acudido por “síndrome general, vómitos y palpación de masa en FII, sin dolor

abdominal". Tras consignar las pruebas a las que fue sometida, señala que el Jefe del Servicio de Urología detalla las patologías en presencia e "informa a la familia de la situación y de la imposibilidad, en las circunstancias actuales (...), de cualquier actuación sobre su enfermedad", y que cuando se le pidió que la enviaran a otro centro se negó rotundamente, diciendo que "no existía ninguna otra solución y que debería irse para el domicilio con medicina paliativa", pese a mencionar "el dramatismo de la situación".

Llama la atención acerca del hecho de que la comunicación a la familia de que "nada podía hacerse por la paciente" y que "no había tratamiento alguno para ella", por lo que "su fallecimiento era inevitable e ineludible", se realizó en "medio de un pasillo, sin ninguna consideración ni hacia el esposo de la paciente ni hacia la madre de esta, de avanzada edad, que sufrió un fuerte shock al conocer la noticia sobre (el) próximo desenlace fatal para su hija".

Así las cosas, la perjudicada, tras solicitar el alta voluntaria, acudió, al objeto de recabar una segunda opinión, al Hospital "Y", donde ingresó por vez primera el 4 de enero de 2012, y señala que ya en el curso de este primer ingreso -en concreto, el día 13 de enero de 2012- "sin contraindicación clínica ni analítica se inició primera línea de tratamiento", destacando que "excusa de más comentario la total, terrible y absoluta contradicción" entre "la imposibilidad de cualquier actuación sobre la enfermedad, con resignación sobre el fallecimiento de la paciente", a tenor del Hospital "X", y el "inicio de tratamiento" determinado por la Clínica "Y" apenas unos días después, por lo que considera que "queda acreditada de forma indubitada la razón que asiste a quien suscribe".

Tras referir ulteriores visitas a la Clínica "Y", manifiesta que "actualmente (...) continúa recibiendo tratamiento y su situación física ha experimentado una enorme mejoría, como se acreditará en el momento oportuno". Subraya que como consecuencia de la terrible comunicación de que "no existía tratamiento alguno para su esposa", y de que "debería prepararse para su próximo fallecimiento", su marido, "de profesión conductor autónomo, sufrió 'episodios de AT de pánico', 'crisis de ansiedad con hiperventilación, llanto, calor, frío', 'IT reactiva, depresión' 'insomnio', 'muy anancástico', lo que lleva al responsable

médico de su centro de salud a determinar que 'no procede trabajo con camión', perdiendo además finalmente su fuente de trabajo".

Afirma que "debido a los grandes gastos que ha conllevado el ingreso y la asistencia en la Clínica "Y" a fin de recibir tratamiento para mi dolencia, tratamiento que no existía según los responsables del Hospital "X" (...), he procedido a solicitar 'reintegro de gastos por falta de atención médica adecuada', al verme obligada a desplazarme a ante la ausencia de oferta de tratamiento alguno y la única indicación de 'esperar un fatal desenlace', siendo denegada dicha solicitud de reintegro por resolución de fecha 16 de abril de 2012, fundamentada en que 'la misma asistencia que está recibiendo (...) puede ser dispensada en su centro de referencia (Servicio de Oncología del Hospital «Z»)', cuando lo cierto, y así está acreditado mediante el informe a que se ha hecho referencia (...), me fue denegado todo tipo de asistencia en el Servicio Oncológico, siendo la única alternativa la de 'esperar en mi domicilio un fatal desenlace al no existir tratamiento alguno para mis padecimientos", por lo que entiende que deberá "ser resarcida en los daños, patrimoniales y morales, y perjuicios causados a mi esposo y a mi derivados del error de diagnóstico o desatención de asistencia sufrida".

Sostiene que "se reúnen los cuatro requisitos exigidos por la más constante, pacífica y abundante jurisprudencia sobre el reintegro de gastos médicos, como son:/ a) Dos requisitos positivos:/ Que se trate de una urgencia inmediata (...). Que sea de carácter vital (...). b) Dos requisitos negativos:/ Que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública (...). Que el caso no constituya una utilización abusiva de la excepción".

En cuanto a la evaluación económica del daño, cifra el mismo en la cantidad de sesenta y seis mil quinientos setenta y cinco euros con noventa y cuatro céntimos (66.575,94 €), que desglosa en los siguientes conceptos: gastos generados por los sucesivos ingresos y visitas a la Clínica "Y", 33.643,51 €; "pérdida de ingresos esposo por IT", 9.800 €, y "daño moral diagnóstico erróneo de fallecimiento", 30.000 €. Consigna que, si bien con este desglose el total reclamado asciende a 73.443,51 €, se descuentan de esta cantidad 6.867,57 €, al haberse dictado "Resolución del Sespa de 10-08-2012

concediendo reintegro parcial de los gastos” por el indicado importe, lo que arroja un resultado de 66.575,94 €, que son los que reclama.

Adjunta copia de los siguientes documentos: a) Hoja del curso clínico hospitalario de la perjudicada en el Hospital “X”, donde ingresó el 30 de diciembre de 2011. b) Informe clínico de alta voluntaria de hospitalización, suscrito por Jefe del Servicio de Urología del referido hospital. c) Informes médicos de la Clínica “Y”, de fechas 23 de enero y 28 de febrero de 2012. d) Hoja de episodios del Centro de Salud, en la que se consignan los sufridos por el marido de la reclamante. e) Informe del Médico de Familia, de 18 de mayo de 2012, en el que se hace constar que a dicha fecha el marido de la perjudicada “presenta los siguientes problemas de salud: 3-01-2012, reactiva, depresión./ Sufre episodios de AT de pánico en la vuelta de Hace visitas a cada 15-20 (días) (...). Sigo considerándolo incapaz para el trabajo”. f) Hoja de episodios del centro de salud, de actualización de los sufridos por el marido de la reclamante. g) Escrito notificado al marido de la interesada por burofax el 5 de junio de 2012, en el que una entidad mercantil con la que vendría manteniendo una relación contractual desde el 12 de julio de 2010 le comunica, “de conformidad con lo prevenido en la estipulación cuarta de dicho contrato”, su “deseo de no prorrogar el referido contrato, que damos por tanto por resuelto a todos los efectos y con fecha 12 de julio de 2012”. h) Resolución de la Directora Provincial de Asturias del Instituto Nacional de la Seguridad Social, de 18 de enero de 2012, por la que se reconoce al marido de la perjudicada el “derecho a la prestación de incapacidad temporal”. i) Escrito dirigido por el marido de la reclamante al Área de Inspección del Servicio de Salud del Principado de Asturias el día 12 de marzo de 2012, en el que denuncia la falta de tratamiento adecuado para su esposa. j) Escrito presentado por la interesada en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias el 21 de mayo de 2012, en relación con otro anterior de fecha 4 de abril de 2012, “referente a una solicitud de asistencia médica que me ha sido denegada”. k) Escrito remitido a la reclamante por el Servicio de Gestión de Prestaciones del Servicio de Salud del Principado de Asturias el día 16 de abril de 2012, en el que se le indica que, “analizado el caso (...), y teniendo en

cuenta que la misma asistencia que está recibiendo en (la Clínica `Y`) puede ser dispensada en su centro de referencia, esta Dirección considera que no procede autorizar la asistencia en el centro solicitado". l) Facturas generadas como consecuencia de la asistencia sanitaria recibida por la interesada en m) Resolución del Director de Servicios Sanitarios del Servicio de Salud del Principado de Asturias, de 10 de agosto de 2012, "por la que se estima la solicitud de reintegro de gastos presentada" el 16 de abril de 2012, por importe de 6.867,57 €".

2. Con fecha 2 de noviembre de 2012, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria notifica a la perjudicada 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. El día 23 de noviembre de 2012, emite informe el Jefe del Servicio de Urología del Hospital "X". En él reconoce que, "en lo referente al aspecto técnico asistencial, es cierto y suscribo" lo manifestado por la interesada, precisando, a continuación, que "en nuestro medio y en nuestra Comunidad Autónoma, y según la grave y avanzada patología que la paciente presentó a su ingreso en nuestro hospital, se ha hecho lo correcto tanto en el abordaje como (en) las posibles alternativas de tratamiento de un cáncer renal multimetastásico".

En cuanto "al aspecto ético de información a la paciente, sus padres y a su esposo", indica que "solo me cabe señalar que probablemente, y debido a la lógica y comprensible situación emocional de la familia, se ha malinterpretado la información de la situación ofrecida por mi personalmente, facilitándoles y ayudándoles siempre (en) cualquier actuación y decisión que querían tomar./ Es de sobra comprensible la situación de shock y duelo que sufren y viven los familiares de una paciente joven con muy escasas posibilidades de sobrevivencia. Es normal en algunos casos que los familiares se reniegan de todo y sienten una agresión a sus sentimientos ante este tipo de noticias. Son

lícitos sus intentos de ir a cualquier sitio e intentar cualquier remedio que desgraciadamente es muy limitado./ La situación laboral de su esposo es comprensible y quizá necesite algún apoyo psiquiátrico que con mucho gusto le ofrezco o ha de ofrecérsele junto a los padres de la paciente./ Probablemente para reclamar lo que la familia cree un derecho económico no sea necesario ofender la profesionalidad, ni su ética profesional, de quien más informó, se interesó y facilitó todo lo que la familia desease en un momento determinado”.

Se acompaña una copia del historial clínico de la reclamante, constituido por las notas de progreso durante el periodo en que permaneció ingresada en el Hospital “X”, y que abarca desde el 30 de diciembre de 2011 al 4 de enero de 2012, fecha en la que causó alta voluntaria.

Asimismo, se adjunta la reclamación presentada en el Hospital “X” por la que parece ser una hermana de la perjudicada el día 10 de febrero de 2012. En ella, tras denunciar lo que consideran un “trato bastante indeseable de algunos de sus médicos para con la familia”, solicita que “se facilite a la paciente el tratamiento que está siguiendo (Votrient 400 mg, 2 cápsulas diarias), y que, por el momento, está dando buenos resultados”. Añade que “en caso de negativa la familia se reserva la opción de tomar las medidas legales que considere oportunas, así como la difusión de este caso en todos los medios de comunicación locales y nacionales”. En relación con esta queja emite informe el Jefe del Servicio de Urología el día 13 de febrero de 2012. En él, tras relatar el diagnóstico que presentó la perjudicada a raíz de su ingreso en el hospital el 30 de diciembre de 2011, indica que, a la vista del mismo, y “al existir un equipo (Urología y Cirugía Cardíaca) que atiende estos casos extremos en el (Hospital ‘V’), contacto (...) con un miembro de este equipo (...) y le explico el caso por si existiera alguna posibilidad de actuación quirúrgica. Me informa que el caso no es apto por muchos motivos, y que no existe solución para esta paciente más que la paliativa./ Acudo e informo a la familia (marido, madre y padre) de la situación, consciente de su dramatismo, por la edad de la paciente, y les ofrezco todas las facilidades que deseen (ingreso hasta su mejoría analítica y clínica, traslado a donde ellos deseen..., etc.). Deciden trasladarla a la Clínica “Y”. Se le facilitan a la familia informes (...), pruebas, TAC... etc. Llamar

indeseable al trato que les han dispensado todos los médicos del hospital es absolutamente incomprensible, inexplicable y sin sentido./ En la Clínica "Y" parece ser que a la paciente solo le administran Votrient (pazopanib), que según la reclamación presentada es un buen tratamiento para este caso y que lo facilita la Seguridad Social./ En cuanto al medicamento referido, desgraciadamente los médicos de "Y" (o que la familia lo entendió así) no pudieron decir de este tratamiento como una salvación de la paciente en este caso. El Votrient es una medicación (como otras muchas usadas experimentalmente en el tratamiento del Ca. renal metastásico y avanzado), con graves contraindicaciones y efectos laterales (alta toxicidad hepática, cardíaca, hemorrágica, hipertensiva, trombosis arterial e hipotiroidismo)./ La familia pretende y quiere que le facilitemos este tratamiento a la paciente bajo el inadmisibles chantaje de llevar el asunto a los medios de comunicación locales y nacionales!!!/ El Servicio de Urología de este hospital, y yo como Jefe del Servicio, no lo vemos ni indicado en este caso ni lo podemos facilitar. Es el Servicio de Oncología Médica del Hospital "Z" el que en su caso valora su indicación y administración. En este caso les recomiendo que soliciten allí una fecha de consulta para que valoren los oncólogos médicos esta exigencia".

4. Con fecha 7 de diciembre de 2012, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él afirma que "la paciente considera que se ha producido una omisión de tratamiento y un error de diagnóstico (de fallecimiento), y como consecuencia" unos "daños patrimoniales propios (reintegro de gastos médicos) y de su esposo (pérdida de ingresos por incapacidad temporal) y daño moral". Después de consignar los diferentes estudios y pruebas realizadas, y a la vista de los diagnósticos efectuados tras el ingreso hospitalario de la perjudicada, señala que "se consultó con Cirugía Cardiovascular y el equipo de Urología y Cirugía Cardíaca del (Hospital `V´) para una posible nefrectomía con trombectomía. Dada la extensión del tumor y su pronóstico, se ofertó únicamente tratamiento paliativo. El 03-01-12 el Jefe del Servicio de Urología informó a los familiares de la situación de la paciente y de la imposibilidad, en las circunstancias actuales

de su patología, de cualquier actuación sobre su enfermedad. Se les ofertó diversas alternativas de asistencia (continuar ingresada, traslado a otro centro), optando estos, 'por el dramatismo de la situación, por solicitar el alta voluntaria para pedir una segunda opinión a la Clínica «Y» (...)'. Se le facilitó un informe clínico y las copias de los estudios de imagen para su traslado, que se realizó el 04-01-12./ En la (Clínica `Y´) se confirmó el diagnóstico de adenocarcinoma renal (carcinoma de células renales estadio IV por afectación pulmonar, hepática, suprarrenal, peritoneal y trombo tumoral que alcanza aurícula derecha), y el 13-01-2012 se inició primera línea de tratamiento con pazopanib 800 mg/día. 'Se le comentó que se pusiera en contacto con el oncólogo de su hospital de referencia para continuar con dicho tratamiento'./ El 10-02-2012 la familia de la paciente presentó una reclamación en el Hospital `X´ debido a 'un trato indeseable por parte de algunos médicos', solicitando se le facilitase el tratamiento con Votrient (400 mg, 2 cápsulas diarias). El Jefe del Servicio de Urología les recomendó que solicitaran fecha de consulta en el Servicio de Oncología Médica del Hospital "Z" para la valoración oportuna. La paciente continuó tratamiento y revisiones en la (Clínica `Y´), y el 12-03-12 solicitó reintegro de gastos por 'falta de atención médica adecuada'. El Servicio de Gestión de Prestaciones denegó esta prestación y la autorización de asistencia en la (Clínica `Y´), ya que podría ser dispensada en su centro de referencia. Se le ofertó ser atendida por el Servicio de Oncología del Hospital `Z´, pero la paciente optó por continuar recibiendo asistencia médica en la (Clínica `Y´). El 10-08-2012 el Director de Servicios Sanitarios del Servicio de Salud del Principado de Asturias estimó la solicitud de (...) reintegro de gastos por asistencia sanitaria recibida en centros no pertenecientes al Sistema Nacional de Salud y se le abonó la cantidad de 6.867,57 euros".

Concluye que en "el proceso asistencial de la paciente (...) cabe distinguir dos fases (...). El diagnóstico inicial fue realizado correctamente en el Hospital `X´ en enero de 2012. La información facilitada acerca del pronóstico fue veraz y se basó en los hallazgos de la patología tumoral y su extensión. La familia denuncia que no se le ofertó valoración y tratamiento por un servicio de Oncología Médica y que eso motivó que acudieran de urgencia por iniciativa

propia a la (Clínica `Y´). El Jefe del Servicio de Urología manifiesta (y así consta en la historia clínica) que les ayudó en la toma de decisiones y facilitó un informe médico a su alta voluntaria. En la (Clínica `Y´) se repitieron estudios y se inició tratamiento con pazopanib, remitiendo a la paciente a su centro público de referencia para continuar el mismo. La Dirección de Asistencia Sanitaria aprobó la solicitud de reintegro de gastos por asistencia sanitaria recibida en centros no pertenecientes al Sistema Nacional de Salud y se le abonó la cantidad de 6.867,57 euros (...). A partir de febrero de 2012 tanto la (Clínica `Y´) como los Servicios de Urología y de Gestión de Prestaciones (...) le indicaron que el Servicio de Oncología de su centro de referencia continuaría prestándole el tratamiento oportuno y se le ofreció asistencia inmediata. Sin embargo, la paciente optó voluntariamente por mantener las revisiones médicas en el centro privado, lo que podría considerarse una utilización abusiva del derecho a utilizar la sanidad privada al pretender posteriormente compensación económica por ello./ De la información practicada se desprende que no ha habido error de diagnóstico, lo que incluye tipo de patología y pronóstico. La información facilitada por el Servicio de Urología respecto al mismo fue veraz, y se le ofertó ser atendida en otros centros asistenciales del sistema público en el momento inicial del diagnóstico. La extensión tumoral en el momento del diagnóstico, reflejo de un comportamiento muy agresivo del mismo, condiciona un pronóstico vital a medio plazo muy negativo. No es posible afirmar, en base al estado actual de la ciencia, que la asistencia sanitaria prestada disminuyera la probabilidad de supervivencia de la paciente de forma significativa./ No se aprecia daño patrimonial para la paciente y, en todo caso, mediante Resolución de la Dirección Gerencia del Sepsa de 10 de agosto de 2012 se le abonó el reintegro de los gastos por asistencia sanitaria recibida en centros no pertenecientes al Sistema Nacional de Salud. No se produjo falta de continuidad en la asistencia, y la paciente rechazó la asistencia por el Servicio de Oncología del centro público de referencia./ El daño patrimonial solicitado en relación con la incapacidad temporal de su esposo no guarda relación causal con la asistencia prestada a la paciente”.

Finalmente, propone desestimar la reclamación formulada.

5. Mediante escritos de 12 de diciembre de 2012, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria remite una copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

6. El día 22 de enero de 2013, una asesoría privada, a instancias de la compañía aseguradora, emite un informe suscrito por un especialista en Urología. En él concluye que "la paciente fue correctamente diagnosticada en la sanidad pública de un carcinoma renal metastásico en estadio IV (...). La familia fue correctamente informada y fue advertida de 'la imposibilidad, en las circunstancias actuales de la patología (...), de cualquier actuación sobre su enfermedad' (...). La paciente solicitó el alta voluntaria para una consulta en la (Clínica `Y´) para una segunda opinión". Allí, "ante la mala situación" que presentaba, se "confirmó el diagnóstico de la sanidad pública y se inició tratamiento con pazopanib (...). El cáncer renal con metástasis múltiples (estadio IV) se considera una enfermedad incurable (...). Según la Guía Clínica de la Asociación Europea de Urología del 2010, en un ensayo clínico en estos pacientes el pazopanib mejoró la supervivencia solo en 5 meses con respecto a un placebo (...). El tratamiento con pazopanib no está exento de toxicidad y tiene un coste muy importante (...). La paciente rechazó continuar el tratamiento en el H. `X´ y prefirió" recibirlo en la Clínica "Y".

7. Mediante escrito notificado a la reclamante el 1 de marzo de 2013, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Disciplinaria 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. Con fecha 13 de ese mismo mes se persona esta en las dependencias administrativas y obtiene una copia de aquel, compuesto en ese momento por ciento veintisiete (127) folios, según se hace constar en la diligencia extendida al efecto.

El día 26 de abril de 2013, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario comunica a la aseguradora que ha transcurrido el plazo

establecido para presentar alegaciones sin que se haya hecho uso de este derecho.

8. Con fecha 13 de mayo de 2013, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones, Centros y Servicios Sanitarios formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al entender que la asistencia prestada a la reclamante "fue correcta y ajustada a la *lex artis*. El diagnóstico realizado en el centro privado fue el mismo que el que se hizo" en el Hospital "X", "negándose la reclamante a recibir asistencia en otros centros asistenciales del sistema público sanitario".

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 20 de mayo de 2013, registrado de entrada el día 27 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.

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.

En cuanto a la legitimación pasiva, reiterando la doctrina formulada en anteriores dictámenes, consideramos que el Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario, que en el presente caso ha sido prestado, en virtud de concierto, por un centro asistencial con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de usuarios del Sistema Nacional de Salud; siempre sin perjuicio de la repetición de los costes a que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento legal que corresponda. En este supuesto cabe deducir que la atención prestada a la reclamante en el centro hospitalario privado lo ha sido en tanto que beneficiaria del sistema sanitario público, y que los servicios prestados se encuentran incluidos en el convenio singular aludido. Por tanto, a la vista del escrito presentado, resulta correcta la tramitación del oportuno procedimiento de responsabilidad patrimonial, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC.

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 5 de octubre de 2012, y va dirigida al resarcimiento de los daños supuestamente derivados de un proceso asistencial que finalizó el día 4 de enero de 2012, 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.- La interesada, diagnosticada en el curso de un ingreso hospitalario de un “carcinoma de células renales estadio IV”, y a la que en el momento de solicitar el alta voluntaria al objeto de recabar una segunda opinión en el ámbito de la medicina privada se le informó “de la imposibilidad, en las circunstancias actuales de la patología (...), de cualquier actuación sobre su enfermedad”, fundamenta la reclamación en lo que considera “una omisión de

tratamiento y un error de diagnóstico (de fallecimiento)”, de lo que se derivarían unos “daños patrimoniales propios (reintegro de gastos médicos) y de su esposo (pérdida de ingresos por incapacidad temporal) y daño moral”, resaltando que a los pocos días de su ingreso en el centro privado le fue pautado un “inicio de tratamiento”.

La reclamante solicita que se la indemnice, en concepto de daños patrimoniales, por el importe de los gastos generados por la asistencia sanitaria privada a la que recurrió y por el tratamiento que se le pautó en ella, gastos cuya efectividad se acredita en el expediente; solicita asimismo la reparación de los daños morales causados por la asistencia sanitaria recibida, cuya realidad, a efectos de proseguir con el examen de la reclamación, cabe presumir, sin perjuicio de que unos y otros se valoren económicamente con precisión si concurre el resto de los requisitos legalmente exigibles para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias.

Reclama también los daños patrimoniales y morales causados a su esposo por los mismo hechos, solicitando una cantidad concreta en concepto de “pérdida de ingresos” por incapacidad temporal. Esta pretensión debe desestimarse pues, tratándose de daños propios del cónyuge, no está la interesada activamente legitimada para instar su reparación, sin que quepa tampoco deducir que actúa en representación de aquel, cuestión respecto de la cual ha de recordarse lo dispuesto en el artículo 71 del Código Civil, que establece que “ninguno de los cónyuges puede atribuirse la representación del otro sin que le hubiere sido conferida”, lo que no consta en este supuesto. Todo ello sin perjuicio de que no se acredita el imprescindible nexo causal, inmediato y directo, de esos daños ajenos con la asistencia prestada a la reclamante por el servicio público sanitario. En efecto, no es posible vincular causalmente la gravedad del diagnóstico médico efectuado a la perjudicada con la extinción de la relación contractual de su esposo con la empresa para la que trabajaba; ni cabe concluir que los daños morales que se invocan tengan otra causa que el hecho mismo del conocimiento de la gravedad de una enfermedad que es en todo ajena al actuar administrativo.

La reclamación que se somete a consulta es sucesiva a un procedimiento de reintegro de gastos iniciado mediante solicitud presentada el 12 de marzo de 2012 (folio 37) y resuelto por Resolución de 10 de agosto de 2012, que en su parte dispositiva dispuso "estimar la solicitud presentada (...) y en consecuencia abonar la cantidad de 6.867,57 euros" (folios 57 y 58 -aunque la citada Resolución fecha la solicitud de reintegro en un escrito de 16 de abril de 2012 del que no hay constancia en el expediente-).

La interesada fundamenta en parte la reclamación de responsabilidad patrimonial en los motivos jurídicos propios de un procedimiento de reintegro de gastos. En efecto, afirma que concurren en el presente supuesto "los cuatro requisitos exigidos por la más constante, pacífica y abundante jurisprudencia sobre reintegro de gastos médicos, como son:/ a) Dos requisitos positivos:/ Que se trate de una urgencia inmediata (...). Que sea de carácter vital (...). b) Dos requisitos negativos:/ Que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública (...). Que el caso no constituya una utilización abusiva de la excepción". Este planteamiento sitúa de manera inequívoca la pretensión ejercida en el ámbito de lo establecido en el artículo 4.3 del 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, a cuyo tenor, "La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, 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".

Al respecto debemos concluir que, en esta concreta dimensión y precisamente por esos motivos, la pretensión debe desestimarse, pues el procedimiento de responsabilidad patrimonial incoado no es el cauce idóneo para revisar la cuantía de una resolución estimatoria de reintegro de gastos -ni

la denegación de autorización para recibir asistencia sanitaria en un centro privado-; resolución por lo demás posiblemente consentida, ya que no consta en el expediente remitido que se hubiera interpuesto recurso alguno contra ella.

En efecto, como hemos puesto de manifiesto en nuestro Dictamen Núm. 241/2006, y reiterado de modo constante, los procedimientos de responsabilidad patrimonial y de reintegro de gastos son autónomos e independientes, y tienen objetos y tramitación distintos, bases jurídicas diferenciadas y vías de revisión jurisdiccional también diversas.

Es cierto, no obstante, que el derecho al reintegro de gastos no excluye la existencia simultánea de daños antijurídicos, de lesiones patrimoniales que solo resulta posible reclamar de la Administración a través de la acción de responsabilidad patrimonial. En consecuencia, como hemos declarado en numerosas ocasiones, pueden los interesados acogerse a la específica normativa que regula el reembolso de gastos sanitarios, contenida en el Real Decreto 1030/2006 antes citado, y simultánea o sucesivamente plantear una exigencia de declaración de responsabilidad patrimonial por los daños causados por una defectuosa asistencia sanitaria; aunque, como es obvio, para que la reclamación patrimonial pueda prosperar deberán concurrir los requisitos generales que hemos señalado en la consideración quinta del presente dictamen.

Es lo que -descontada la satisfacción que obtuvo en el procedimiento de reintegro de gastos- efectúa la reclamante al pretender que se la indemnice de los demás perjuicios causados por dos concretas manifestaciones de lo que juzga una defectuosa asistencia sanitaria, el "error de diagnóstico (de fallecimiento)" y la "omisión de tratamiento". Bajo estos dos motivos subyace el hecho desencadenante de los daños patrimoniales no satisfechos que alega la interesada, el haber tenido que recurrir a la asistencia sanitaria privada.

En este sentido, y toda vez que se desprende de la reclamación que el daño alegado son las consecuencias, tanto patrimoniales como morales, derivadas de una opción voluntaria tomada por la perjudicada y su entorno familiar -una vez que en el proceso asistencial recibido entre los días 30 de enero de 2011 y 4 de enero de 2012 fueron informados por la sanidad pública

de la gravedad del diagnóstico de la patología que presentaba y de sus escasas posibilidades terapéuticas- de acudir a la medicina privada al objeto de obtener una segunda opinión, y de que, una vez recibida esta, optaran por continuar el seguimiento y el tratamiento de esa dolencia en el ámbito de la misma, con renuncia a que aquel fuera dispensado por el sistema sanitario público, podría concluir este Consejo que, no resultando probada la necesidad cierta de acceder a un tratamiento médico privado, las consecuencias de esta legítima opción -entre ellas las económicas-, resuelta libremente por la reclamante -y su familia- a favor de la medicina privada, han de ser soportadas por quien adopta dicha decisión.

Ahora bien, existen ciertos datos en el expediente, tales como el reconocimiento inicial por parte de la sanidad pública de "la imposibilidad, en las circunstancias actuales de la patología (...), de cualquier actuación sobre su enfermedad", salvo unas medidas paliativas, y el hecho de que a los pocos días de ingreso en el ámbito de la sanidad privada le fuera pautado un "inicio de tratamiento", así como que a la reclamante le fuera reintegrado el importe facturado por una clínica privada correspondiente a sus dos primeras visitas, que nos obligan a plantearnos si lo que aparentemente constituye la expresión de una decisión libre y voluntaria no estaría ocultando en realidad un verdadero estado de necesidad, de tal modo que la perjudicada, lejos de haber acudido a la medicina privada libremente, lo habría hecho compelida por la defectuosa asistencia recibida en el ámbito del servicio público sanitario.

Para dar respuesta a esta cuestión conviene que recordemos una vez más que el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por 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*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

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 hemos de señalar 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.

En el presente caso, la reclamante no ha concretado en ningún momento a lo largo de la instrucción del procedimiento en qué aspecto se materializaría la mala praxis médica que se encontraría en su denuncia, limitándose, sobre la única base del dato comprobado de que a los pocos días de su ingreso en la medicina privada le fuera pautado un “inicio de tratamiento”, a descalificar la asistencia que le fue prestada por el servicio público sanitario de un modo genérico y reiterado, sin concretar infracción de ningún tipo de la *lex artis*. En consecuencia, este Consejo Consultivo debe formar su juicio en cuanto al respeto de la *lex artis* en la asistencia sanitaria prestada por el servicio público a la reclamante sobre la base de la documentación que obra incorporada al expediente, la cual no ha sido discutida por su parte, y ello a pesar de tomar conocimiento de la misma en el trámite de audiencia y vista del expediente, tras lo cual dejó transcurrir el plazo conferido al efecto sin formular alegación alguna.

Pues bien, si algo se desprende de la documentación que obra en el expediente es la absoluta coincidencia entre el diagnóstico -incluida su gravedad y el negativo pronóstico vital de la patología detectada- al que llegan tanto los facultativos del servicio público sanitario, como los de la medicina privada a los que la reclamante acudió en busca de una segunda opinión. No existiendo un diagnóstico equivocado, sino, al contrario, confirmación de diagnóstico, carece de toda justificación la pretensión de que se indemnice un daño que se vincula a una asistencia sanitaria -la obtenida por la interesada a cargo del servicio público sanitario- que se revela idéntica a la recibida de modo privado y estrictamente ajustada a la *lex artis*.

En dichas condiciones, este Consejo Consultivo entiende que la actuación de la Administración sanitaria se ajustó, en cuanto al diagnóstico, en todo momento al criterio de la *lex artis*, por lo que los daños cuya indemnización se postula no serían imputables al funcionamiento del servicio público sanitario, de forma tal que la legítima opción de la reclamante de obtener una segunda opinión en el ámbito de la medicina privada, como complemento de la pública, que abonó incluso los gastos correspondientes a sus dos primeras visitas a la medicina privada, esto es, hasta que en la misma se confirmó el correcto

diagnóstico inicial habido en el servicio público sanitario, carece de la más mínima justificación objetiva, teniendo su exclusivo origen en la decisión personal y voluntaria de la perjudicada, a la que, en definitiva, cumple soportar las consecuencias que se deriven de sus propias decisiones.

La interesada alega como segundo motivo de infracción de la *lex artis* la “omisión de tratamiento” o “desatención asistencial” por parte del servicio público sanitario.

Para valorar de modo adecuado esta imputación conviene recordar los siguientes hechos, acreditados documentalmente en el expediente remitido a este Consejo.

La reclamante ingresa de urgencia el 30 de diciembre de 2011 en un hospital público, derivada por el Servicio de Medicina Interna, por “síndrome general, vómitos y palpación de masa en FII. No dolor abdominal”; tras la práctica de diversas pruebas, el día 3 de enero de 2012 se le diagnostica un adenocarcinoma renal multimetastásico -en concreto, un “carcinoma de células renales estadio IV por afectación pulmonar, hepática, suprarrenal, peritoneal y trombo tumoral que alcanza aurícula derecha”- inabordable quirúrgicamente y de pronóstico vital a medio plazo muy negativo. Establecidos el diagnóstico y el pronóstico, “se informa a la familia de la situación y de la imposibilidad, en las circunstancias actuales de la patología de la paciente, de cualquier actuación sobre su enfermedad”, ofreciendo a la enferma “ingreso hasta su mejoría analítica y clínica, traslado a donde ellos deseen”, etc.

La ahora reclamante solicita el alta voluntaria para efectuar una segunda consulta en una clínica privada y el hospital público le facilita con tal finalidad informes y copia de pruebas y de TAC. La asistencia privada -prestada entre los días 4 y 23 de enero de 2012- confirma el diagnóstico, recomienda tratamiento con pazopanib y pauta una “nueva evaluación el día 28 de febrero de 2012”.

El día 10 de febrero (folios 94 y 95), un familiar de la perjudicada solicita al servicio público sanitario que “se facilite a la paciente el tratamiento que está siguiendo (Votrient 400 mg, 2 cápsulas diarias) y que, por el momento, está dando buenos resultados”. El Jefe del Servicio de Urología informa la solicitud con fecha 13 de febrero de 2012 (folios 96 y 97), y afirma que la referida “es

una medicación (como otras usadas experimentalmente en el tratamiento del ca. renal metastásico y avanzado) con graves contraindicaciones y efectos laterales (alta toxicidad hepática, cardíaca, hemorrágica, hipertensiva, trombosis arterial e hipotiroidismo". Precisa que "el servicio de Urología de este hospital y yo (...) no lo vemos ni indicado en este caso ni lo podemos facilitar. Es el Servicio de Oncología Médica del Hospital "Z" el que en su caso valora su indicación y administración (...). Les recomiendo que soliciten allí una fecha de consulta para que valoren los oncólogos médicos esta exigencia".

El día 28 de febrero de 2012, la enferma acude a nueva consulta en la misma clínica privada, donde se le efectúa analítica y TAC de abdomen y de tórax. El informe médico subsiguiente (folios 27 a 30) reitera el diagnóstico, recomienda continuar el tratamiento con pazopanib y "se le comenta a la paciente que se ponga en contacto con el oncólogo de su hospital de referencia para continuar con dicho tratamiento. A este efecto, se hace constar que se decidió iniciar tratamiento con pazopanib por ser una alternativa aceptada y por el mal estado general que presentaba la paciente al iniciar el tratamiento que dificultaba la administración de otro tipo de fármacos".

Mediante escrito presentado el 12 de marzo de 2012, el esposo de la enferma solicita el reintegro de gastos (folios 37 y 38). La solicitud se estima por Resolución de 10 de agosto de 2012, por un importe de 6.867,57 €, correspondientes a las facturas giradas a la reclamante por la clínica privada que figuran en los folios 49 y 50 del expediente.

Con fecha 4 de abril de 2012, la interesada solicita de la Administración pública autorización de asistencia en la clínica privada a la que acude regularmente. El día 16 de abril se le comunica (folio 40) que, "analizado el caso (...), y teniendo en cuenta que la misma asistencia que está recibiendo en (la Clínica "Y") puede ser dispensada en su centro de referencia, esta Dirección considera que no procede autorizar la asistencia para el centro solicitado./ Quedamos a la espera de su respuesta para remitir la documentación clínica al Servicio de Oncología del Hospital "Z", centro de referencia que puede asumir la asistencia que precisa".

El día 21 de mayo de 2012, la interesada presenta un escrito (folio 39) en el que discrepa de la respuesta recibida. No hay constancia en el expediente de otras actuaciones posteriores distintas de la formulación en el mes de octubre de la reclamación de responsabilidad patrimonial objeto del presente dictamen.

A la vista de lo documentado, no podemos compartir que haya existido "omisión de tratamiento" o "desatención asistencial". Los hechos acreditados prueban lo contrario. Aunque la interesada y su familia pudieron interpretar tras el diagnóstico de la enfermedad que el pronóstico del Jefe del Servicio de Urología entrañaba una negativa de asistencia, lo cierto es que su juicio se limitaba a trasladar el carácter infausto, en el estado actual de conocimientos, del mal que aqueja a la enferma. Su criterio médico posterior contrario a administrar panzopanib -cuyo coste en las primeras fases del tratamiento, hay que recordarlo, asumió la Administración sanitaria a través del correspondiente procedimiento de reintegro de gastos- no constituye una denegación objetiva de asistencia -aunque pudiera percibirlo así de modo subjetivo quien conoce el padecimiento de una enfermedad irreversible y conserva la esperanza de encontrar algún tipo de remedio frente a ella-, sino que es en realidad la manifestación razonada de las contraindicaciones del fármaco y el recordatorio de que en la organización sanitaria pública es al Servicio de Oncología al que corresponde, previo examen y valoración del estado del enfermo, pautar un tratamiento y prescribir la quimioterapia adecuada, aun cuando su finalidad no sea curativa.

La intervención del Servicio de Oncología le fue ofertada a la paciente expresamente el día 16 de abril de 2012, quien -acaso presumiendo de modo infundado que se le negaría el fármaco deseado- optó por continuar recibiendo la asistencia sanitaria en una clínica privada y reclamar su coste a la Administración, aun teniendo que imputar al servicio público una infracción de la *lex artis* médica que no concurre en el presente caso.

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.