

Expediente Núm. 77/2017
Dictamen Núm. 92/2017

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 30 de marzo de 2017, 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 15 de febrero de 2017 -registrada de entrada el día 22 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños derivados de la asistencia sanitaria prestada a un familiar que padecía cáncer de colon.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 6 de marzo de 2015, un letrado, en nombre y representación de la esposa e hijos del paciente, presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida al Servicio de Salud del Principado de Asturias- por los daños derivados de lo que consideran una defectuosa asistencia sanitaria en relación con el cáncer de colon que padecía.

Refieren que los estudios con finalidad diagnóstica practicados en el Hospital "X" a su familiar evidenciaron "la existencia de múltiples (...) (lesiones ocupantes de espacio) en el hígado sugestivas de metástasis y (...) adenocarcinoma de colon", informando los responsables médicos "que al paciente le quedan aproximadamente tres meses de vida, y le prescriben cuidados paliativos".

Señalan que la familia comenta al cirujano "si había posibilidad de quimioterapia y les dice que no serviría de nada y que podría sufrir más, siendo lo más aconsejable tratamientos paliativos", si bien "desde el primer día después del alta, y una vez en su domicilio, el paciente presentaba fiebre y fuertes dolores que no remitían". Ante la insistencia familiar el paciente "es derivado al (Hospital `Y´) para valoración por el Servicio de Oncología", donde consulta el día 12 de marzo de 2014, descartando dicho Servicio igualmente el tratamiento con quimioterapia "por el mal pronóstico de la enfermedad a corto plazo, decidiéndose la aplicación solo de cuidados sintomáticos, derivándole al Servicio de Atención Primaria para seguimiento y ajuste terapéutico".

Refiere, que "ante esta situación la familia solicita (una) segunda opinión en (un centro privado) donde informan que la administración de quimioterapia produce beneficios en términos no solo de supervivencia sino de calidad de vida, quedando pendiente de valoración por el equipo oncológico". En dicho centro se aplica tratamiento antibiótico para tratar el proceso febril que presentaba desde el momento de su atención por parte del servicio público y le aplican tres ciclos de quimioterapia.

Indican que, "mediante escrito registrado con fecha de entrada en la Administración del Principado de Asturias el día 15 de abril de 2014, la familia del paciente solicita que los tratamientos de quimioterapia le fueran prestados por el Servicio de Salud del Principado de Asturias", y que "a la vista de la evolución del paciente y tras conocer lo especificado en los informes de (la clínica privada) (...) accede a la solicitud de la familia de que (...) continuara en Asturias el tratamiento oncológico iniciado". En el Hospital "Z" se le aplican los

ciclos cuarto, quinto y sexto, aunque la “evolución posterior del paciente no fue buena, falleciendo el día 3 de agosto de 2014”.

Entienden que “el funcionamiento de la Administración sanitaria (...) no fue el correcto y se alejó de la *lex artis*, pues ya sea por diagnósticos erróneos, tratamientos inadecuados o falta de tratamientos, y no darle la oportunidad de recibir un tratamiento determinado, se deterioró la calidad de vida del paciente y disminuyó su supervivencia, precipitando su fallecimiento, causándole además el perjuicio material de tener que recurrir en demanda de asistencia y tratamientos de servicios ajenos a la Seguridad Social, asumiendo los gastos correspondientes”. Así, reseñan que “desde el primer momento el paciente presentaba fiebre. A pesar de que se diagnostica una posible infección respiratoria, abdominal, tumoral (...), se le da de alta con 37,6 °C de fiebre y no recibe tratamiento antibiótico o antiinfeccioso oportuno, sino que se limitaron a prescribir fármacos analgésicos o antitérmicos sin tratar la patología generadora de la fiebre./ Los Servicios de Salud del Principado de Asturias achacaban la fiebre al tumor, y en (la clínica privada) se comprobó que la fiebre e infección no tenía relación con el proceso tumoral, por lo que tras recibir el tratamiento adecuado el estado del paciente mejoró notablemente (...). En el primer ingreso de 23 de enero de 2014 se le diagnostica de colecistitis aguda./ En la (clínica privada) se comprueba que no había signos de colecistitis y se constata la ausencia de ascitis./ Se le diagnostican fallos hepáticos y problemas en el hígado por metástasis, y en la analítica realizada se comprueba que no había problemas hepáticos (...). Una vez diagnosticado de un proceso tumoral hepático, no subsidiario de tratamiento quirúrgico”, el Servicio de Salud del Principado de Asturias “descarta el tratamiento con quimioterapia (...). Tuvo que existir una prescripción y aplicación de tratamiento quimioterápico por parte de (un centro privado) con buenos resultados para que desde el Servicio de Salud del Principado de Asturias se considerara oportuna su aplicación y se accediera a la continuidad del mismo (...). Cuando la familia reclama el reintegro de gastos por

los tratamientos realizados” en la clínica privada el Servicio de Salud del Principado de Asturias “la rechaza”.

Respecto a los daños reclamados, precisa que se han causado perjuicios “evidentes” para sus representados, “pues los errores diagnósticos, los tratamientos inadecuados o la falta de tratamiento y privar al paciente de la oportunidad de recibir a tiempo el tratamiento quimioterápico correspondiente afectaron a su calidad de vida y supervivencia, produciéndose finalmente su fallecimiento; situación dolorosa y dramática cuyas consecuencias, al ser conocidas y comprendidas por cualquier persona, no precisan de mayores comentarios./ Además se ha producido un daño material consistente en los gastos que tuvo que asumir la familia para sufragar (...) el tratamiento (...) por importe de 30.434,69 € y (...) por alojamiento por importe de 1.248 €”. Por todos los perjuicios sufridos reclama una indemnización de ciento sesenta mil euros (160.000 €).

Adjunta copia de los siguientes documentos: a) Escritura de poder general para pleitos otorgada por los interesados en favor del letrado que suscribe la reclamación. b) Inscripción del matrimonio y de los nacimientos de los hijos en el Registro Civil, así como del Libro de Familia, y certificado de defunción del esposo y padre, respectivamente, de los reclamantes. c) Diversos informes médicos relativos a la asistencia prestada en los centros del servicio público sanitario y en un hospital privado. d) Informe pericial privado suscrito por un especialista en Medicina Legal y Forense con fecha 16 de diciembre de 2014, en el que se concluye que, “desde el punto de vista médico-legal (...), y sin poder precisar por cuánto tiempo y en qué medida podría haber sido efectiva la quimioterapia aplicada desde un principio en el contexto de un proceso tumoral como el que presentaba (el paciente), considero que (...) se le ha privado, durante un tiempo, de la oportunidad de beneficiarse de un tratamiento paliativo de sus dolencias que era accesible para el personal asistencial de su hospital; asimismo, no fue tratado del proceso infeccioso que ya existía y que posteriormente fue diagnosticado en otro centro hospitalario, constituyéndose

esta manera de proceder en una actuación sanitaria que se aleja de una correcta *lex artis* de la que se ha derivado un daño al paciente consistente en una calidad de vida más deteriorada por la ausencia de un tratamiento paliativo eficaz para el proceso tumoral, y de un tratamiento efectivo para su proceso infeccioso, así como de una mayor supervivencia, conjuntamente con el perjuicio material de tener que recurrir en demanda de asistencia y tratamiento a servicios ajenos a la Seguridad Social". e) Facturas emitidas por el tratamiento sanitario recibido en la medicina privada y en concepto de alojamiento.

2. El día 23 de marzo de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Régimen Disciplinario comunica al representante de los interesados la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y el plazo máximo de tramitación del procedimiento con referencia a los efectos de la falta de resolución expresa.

3. Mediante oficio de 21 de abril de 2015, el Director Económico y de Recursos Humanos del Área Sanitaria III remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica del paciente relativa al proceso de referencia en el Hospital "Z", junto con el informe suscrito por una facultativa del Servicio de Oncología con fecha 17 de abril de 2015. En él se concluye que el paciente "recibió de forma paliativa quimioterapia (...) mejorando inicialmente los parámetros analíticos pero objetivándose tras los seis ciclos de quimioterapia progresión hepática por TAC. El estado general del paciente no permitió intentar un tratamiento paliativo en segunda línea (...), manteniendo únicamente el tratamiento con Capecitabina y teniendo que ser suspendido posteriormente".

4. Con fecha 29 de abril de 2015, la Gerente del Área Sanitaria I traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia

clínica obrante en dicho centro en relación con los hechos que dan origen a la reclamación.

5. El día 29 de mayo de 2015, el Director Económico y de Recursos Humanos del Área Sanitaria III envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el informe suscrito con fecha 27 de mayo de 2015 por una facultativa del Servicio de Oncología del Hospital "Z", "complementario al (...) emitido con fecha del 17-04-2015". En él señala que tras el diagnóstico en su hospital "recomendamos derivar al paciente a Oncología Médica del (Hospital `Y´), ya que en el Hospital `X´ no se puede administrar quimioterapia endovenosa para cáncer colon-rectal. Este mismo día la familia (...) acudió a nuestra consulta y se le explicó que se le derivaba al Servicio de Oncología Médica del (Hospital `Y´), ya que en el Hospital `X´ únicamente podíamos administrarle tratamiento con Capecitabina oral, que consideramos insuficiente para su caso (...). Fue valorado en Oncología del (Hospital `Y´), donde en ese momento desestimaron la realización de tratamiento quimioterápico. El paciente acudió (a un centro privado) donde recibió los tres primeros ciclos de tratamiento (...). Después de este tercer ciclo la familia del paciente contacta con el Servicio de Salud del Principado de Asturias y solicitan que los tratamientos citostáticos le sean administrados en nuestra Comunidad Autónoma, pero rechazan que esto se realice en el (Hospital `Y´) (...). Por esta razón continuamos los tratamientos citostáticos en el Hospital `Z´ con el mismo esquema (...) hasta objetivar la progresión tumoral por TAC en junio de 2014".

6. Con fecha 8 de junio de 2015, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada al efecto suscribe el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él señala que "las Guías de práctica clínica recomiendan la administración de quimioterapia paliativa en el cáncer colorrectal metastásico irresecable, ya que aumenta la supervivencia y la calidad de vida (...). El (Hospital `Y´) es el centro de referencia para la administración de quimioterapia intravenosa de los

pacientes adscritos al Hospital `X´, donde en este tipo de tumores únicamente se puede administrar Capecitabina oral. El Servicio de Oncología del (Hospital `Y´) desestimó administrar quimioterapia paliativa. La atención médica prestada por este Servicio no se ajustó a las recomendaciones de la evidencia científica ni a la *lex artis* (...). En base a lo expuesto, puede afirmarse que el paciente no tenía que haber asumido el coste de la quimioterapia administrada en (el centro privado) (ciclos primero y segundo), que debían habersele administrado desde el inicio en el servicio público de salud”.

Manifiesta que “desde el inicio (...) el paciente presentó un cuadro de fiebre que fue atribuida a un probable origen tumoral. Fue tratada con antibioterapia empírica al menos en dos ocasiones por el (Servicio de Salud del Principado de Asturias). En la (clínica privada) se repitieron y ampliaron estudios complementarios que no aportaron datos nuevos. El tratamiento de la fiebre se hizo en este centro también de forma empírica sin demostrar foco infeccioso alguno y utilizando múltiples antibióticos de espectro amplio y antifúngicos, similar en parte al ya administrado en el (Servicio de Salud del Principado de Asturias) en al menos dos ocasiones (...). La supervivencia desde el diagnóstico fue de 5,5 meses. No es posible afirmar que la administración de la quimioterapia paliativa aumentara la misma, pero sí se describió una mejoría transitoria de la calidad de vida del paciente, subjetiva y objetiva (...). Tampoco es posible afirmar que hubiera relación causal entre la escasa supervivencia del paciente y una posible demora en la administración de la quimioterapia paliativa debida a la negativa inicial para su administración en el (Servicio de Salud del Principado de Asturias), ya que el ingreso en (el hospital privado) tuvo lugar dos días más tarde de la valoración por el Servicio de Oncología del (Hospital `Y´). Por tanto, no es posible hablar de pérdida de oportunidad en términos de supervivencia, ni de relación causal entre el fallecimiento del paciente y retraso en la administración de quimioterapia paliativa desde el diagnóstico”.

Concluye que “la reclamación formulada se considera pertinente y se propone estimar la misma, independientemente de la cuantía, que se fijará en un momento posterior del procedimiento”.

7. Mediante oficios de 17 de junio de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas traslada una copia del informe técnico de evaluación al Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

8. El día 9 de octubre de 2015, y a instancias de la compañía aseguradora, emite informe un facultativo master en Pericia Sanitaria que se reduce al análisis de “los gastos justificados en la reclamación” al Servicio de Salud del Principado de Asturias. En él se concluye, respecto de la factura correspondiente al coste de un TAC en el centro privado, que “podría haberse solicitado bien esta prueba, bien el historial clínico, al (Servicio de Salud del Principado de Asturias) antes de realizarse el tratamiento en la medicina privada, ahorrando los costes de duplicidad de las pruebas”.

En cuanto a los gastos correspondientes a otras actuaciones sanitarias, señala que “el paciente ingresó en la (clínica privada) con bacteriemia a estudio, requiriendo cultivos, pruebas diagnósticas y tratamiento antibiótico. Esta patología y consecuentemente sus gastos son diferentes del tratamiento paliativo, pero necesarios para (la) estabilización del paciente antes del inicio del tratamiento quimioterápico./ A lo largo de las facturas figuran mezclados importes por la patología basal del paciente y debidos al tratamiento paliativo con otras patologías diferentes./ Debido a que en las facturas se mezclan los importes de los diferentes tratamientos (por ejemplo, se juntan los honorarios de informes continuados de Oncología debidos al tratamiento quimioterápico y los de enfermedades infecciosas), no es posible diferenciar el coste debido a la patología infecciosa y el debido al tratamiento paliativo”.

9. Mediante oficio de 15 de octubre de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas traslada al Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias una copia del expediente administrativo, al haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

10. El día 22 de diciembre de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al representante de los interesados la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

Mediante escrito de 24 de enero de 2017, comunica a la correduría de seguros que ha transcurrido el plazo establecido para presentar alegaciones sin que se hayan recibido.

11. Con fecha 3 de febrero de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en la que considera que procede estimar parcialmente la reclamación “en la cuantía correspondiente a los gastos derivados de la asistencia médica recibida en la medicina privada y que ascienden a 31.682,69 €”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de febrero de 2017, 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, adjuntando a tal fin copia autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante reclamación de los interesados presentada en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 6 de marzo de 2015, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y al 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.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 139.1 de la LRJPAC, están la viuda y los hijos del paciente activamente legitimados para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha

visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley citada.

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 6 de marzo de 2015, y va dirigida a obtener el resarcimiento tanto de los perjuicios económicos irrogados a consecuencia de la negativa del servicio público a pautar tratamiento de quimioterapia al familiar de los interesados como de los de carácter moral derivados de su posterior fallecimiento, por lo que, descartada la aplicación de quimioterapia al paciente en la primera visita al Servicio de Oncología Médica del Hospital “Y” el día 12 de marzo de 2014 (folio 63), y producido el óbito el 3 de agosto de 2014, 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 Responsabilidad Patrimonial. 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.

Ahora bien, 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.

Finalmente, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo, sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación ésta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

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.- Se somete a nuestra consideración el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por una reclamación de daños que los interesados atribuyen a la asistencia dispensada a su esposo y padre, respectivamente, en relación con un cáncer de colon. Los perjudicados solicitan una indemnización por su fallecimiento, que atribuyen a una asistencia sanitaria contraria a la *lex artis*, tanto por “diagnósticos erróneos” y “tratamientos inadecuados” como por “falta”

de los mismos, al haber decidido no pautar al paciente tratamiento de quimioterapia con la consiguiente pérdida de oportunidad de supervivencia. Asimismo, instan el abono de los gastos en que aquel incurrió en su día, y que perjudican al caudal hereditario, para obtener el mismo tratamiento en la sanidad privada.

Por lo que a la efectividad de los perjuicios alegados se refiere, consta en el expediente que el paciente falleció el día 3 de agosto de 2014, por lo que debemos presumir en sus allegados un daño moral susceptible de reclamación.

También existen pruebas de la realidad de los gastos abonados en concepto de alojamiento y por la asistencia recibida en un centro privado. Respecto de estos últimos, venimos manifestando en dictámenes precedentes (por todos, Dictamen Núm. 20/2014) que es preciso distinguir entre el ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en los supuestos de atenciones dispensadas fuera del Sistema Nacional de Salud y el de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En cuanto a los primeros, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización, determina en su artículo 4.3 las condiciones para que sea exigible el reintegro de los gastos ocasionados "fuera del Sistema Nacional de Salud", disponiendo que el mismo solo resulta procedente en los "casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital", y "una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción". No consta que dicho procedimiento -que no está sometido al dictamen de este Consejo- se haya tramitado en el caso que analizamos, por más que en la solicitud que da inicio al presente se aluda al rechazo por el Servicio de Salud del Principado de Asturias de una reclamación de "reintegro de gastos". Ello no impide la formulación por parte de los interesados de una reclamación de responsabilidad patrimonial comprensiva

del importe de los gastos en los que incurrió su familiar al recurrir a centros que están fuera del sistema para obtener un determinado tratamiento, si bien dicha responsabilidad patrimonial ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole. Consecuentemente, habrá que examinar, además de su efectividad, si nos hallamos ante un daño 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.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, 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 eventualmente pueda sufrir el paciente con ocasión de la atención recibida, 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.

Por tanto, para poder apreciar que el daño alegado por los reclamantes 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 un hipotético defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes. 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, tratándose de una reclamación articulada sobre una supuesta pérdida de oportunidad de supervivencia que tendría como presupuestos causales la identificación errónea del propio proceso tumoral como causa de la fiebre que presentaba el paciente, los diagnósticos errados de colecistitis, fallo hepático y “problemas en el hígado por metástasis”, y la negativa a pautar tratamiento citostático paliativo, corresponde a los perjudicados la carga de probar, al menos como hipótesis posible, que en el caso de que la atención sanitaria hubiese sido distinta habría variado el curso de la enfermedad.

Tal prueba, sin embargo, no se ha aportado en el asunto sometido a nuestra consideración. El informe pericial que aquellos adjuntan a su escrito de reclamación se limita a enunciar que se ha producido una pérdida oportunidad, pero omite las razones por las que, de acuerdo con la ciencia médica, un diagnóstico más certero de los procesos patológicos acompañantes del desarrollo tumoral o la aplicación inmediata del tratamiento de quimioterapia habría

variado previsiblemente el desarrollo de los acontecimientos clínicos. Cabe destacar asimismo, en lo relativo a las consecuencias de la demora terapéutica, que en la citada pericia se sostienen dos planteamientos que parecen contradictorios, pues al tiempo que se sugiere que una actuación distinta podría haber desembocado en una "mayor supervivencia" se afirma que no se puede "precisar por cuánto tiempo y en qué medida podría haber sido efectiva la quimioterapia aplicada desde un principio".

Los interesados no han ofrecido prueba alguna de la pérdida de oportunidad que se achaca a la actuación del servicio público -extremo este que la autora del informe técnico de evaluación viene a rechazar fundadamente, pues, según refiere, el ingreso en el hospital privado "tuvo lugar dos días más tarde de la valoración por el Servicio de Oncología" del Hospital 'Y', y tampoco han aportado ninguna evidencia científica de que los diagnósticos alcanzados en el servicio público se hayan realizado con infracción de la *lex artis ad hoc*. En particular, y por lo que se refiere a la diagnosis de la causa de la fiebre, precisa la autora del informe antes citado que aquella tampoco pudo identificarse en el hospital privado, en el que se actuó de forma empírica siguiendo pautas similares a las empleadas en la sanidad pública.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anteriormente señalado, la Administración sanitaria ha venido a reconocer, según se expresa en el informe técnico de evaluación, que la decisión de no aplicar quimioterapia paliativa al paciente "no se ajustó a las recomendaciones de la evidencia científica ni a la *lex artis*", y que en consecuencia este no debería haber asumido el coste del tratamiento aplicado en el centro privado, por lo que debe indemnizarse a sus familiares en el equivalente económico del desembolso efectuado, que asciende a 31.682,69 €. La cifra señalada comprende todos los gastos de alojamiento y de naturaleza médica cuya efectividad ha resultado acreditada, incluyendo en los citados en segundo lugar no solo los correspondientes a la aplicación del tratamiento indebidamente negado al paciente, sino también los previamente efectuados con finalidad diagnóstica y los dirigidos a atajar el proceso infeccioso que presentaba,

pues todos ellos eran “necesarios para (la) estabilización del paciente” antes de iniciar la quimioterapia, como se reconoce en el informe pericial librado a instancias de la compañía aseguradora.

Acreditada la efectividad del daño referido y su nexo causal con el funcionamiento del servicio público, no cabe efectuar ninguna objeción a la citada propuesta.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada por, indemnizarles 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.