

Expediente Núm. 169/2017
Dictamen Núm. 191/2017

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 6 de julio 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 27 de abril de 2017 -registrada de entrada el día 4 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los gastos ocasionados tras acudir a la sanidad privada para el tratamiento de un cáncer de colon.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 22 de marzo de 2016, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad en la que solicita que se la “indemnice por denegación de asistencia sanitaria”.

Señala que en noviembre de 2011 la “operaron en el Hospital ‘X’ de cáncer de colon y en enero de 2012 comencé un tratamiento de quimioterapia

de 8 sesiones”, y aclara que “durante los 2 años siguientes (le) realizaron todas las revisiones periódicas correspondientes”.

Precisa que “en el TAC de noviembre de 2014 se detecta una zona de dudosa patología y el CEA marca 8,3”, por lo que “el radiólogo recomienda hacer un PET” que se le realiza en el Hospital “Y” en diciembre de 2014. Manifiesta que “cuando voy a consulta en enero de 2015 con la Unidad de Colon de Gijón me dicen que está todo correcto, pregunto por el marcador y me dicen que está en el límite. Me aseguran que está todo bien (...), que esté tranquila y me programan una cita para revisar los marcadores en junio. Cuando hago esta analítica en junio el CEA marcaba 22, por lo que hicieron diversas pruebas (TAC, radioscopia, resonancia, ecoendoscopia)./ Tras todas estas pruebas, en agosto de 2015, en la consulta, el cirujano me informa de que un ganglio está activo y que había 2 lesiones localizadas, pero que no se puede operar. La solución que propone es controlarlo con quimioterapia y volver a valorar tras este tratamiento la posibilidad de realizar una operación”.

Reseña que “de este modo comencé en agosto de 2015 las sesiones de quimioterapia. Cuando puse la sexta sesión el CEA estaba en 14. Hice un TAC en diciembre y la oncóloga me comunicó que había disminuido muy poco, que estaba prácticamente igual. La oncóloga consultó de nuevo con el equipo de Cirugía, pero ellos mantuvieron la opinión de que no era operable./ Paralelamente realicé una consulta de mi caso” en una clínica privada “y se me comunicó que sí que me podían realizar una intervención quirúrgica para eliminar la enfermedad. Comunicué este resultado a la oncóloga y, ante mi insistencia, ella volvió a hablar con el equipo de Cirugía. Sin embargo (...), el equipo de Cirugía volvía a estar en contra de realizar una operación aduciendo que el tumor se encontraba localizado en mal sitio y no garantizaban que se pudiera quitar completamente. Conociendo que mi caso era quirúrgicamente tratable insistí de nuevo a la oncóloga para que explorase la posibilidad de derivarme a otro hospital. Pero me comunicó que ella no podía determinar ese tipo de gestiones, que era competencia del equipo de Cirugía”.

Indica que “en enero de 2016 cuando fui a la cita con la oncóloga me dijo que debido a mi insistencia había vuelto a hablar con los cirujanos, pero que seguían manteniendo su postura de no operar. De este modo, la oncóloga me comunicó que al acabar la serie de ciclos previstos inicialmente en el tratamiento de quimioterapia lo único que se podía hacer en mi caso era seguir con este tratamiento de forma continuada. Considera que tengo una enfermedad crónica que solo podría controlarse con ciclos periódicos de quimioterapia. Volví a insistir en la incoherencia de que si (...) mi caso era tratable quirúrgicamente por qué no se me daba la oportunidad de realizar esta operación en algún hospital del servicio de salud público. La oncóloga de nuevo me instó a que no era competencia suya, que en este caso el equipo de cirujanos era el que decidía, y que ellos estaban en contra de la operación. En todo este tiempo los cirujanos no me citaron para explicarme personalmente la situación y para valorar posibles alternativas”.

Afirma que “ante esta situación de denegación de asistencia, tras finalizar los ciclos previstos de tratamiento de quimioterapia, y siendo el tiempo fundamental en este tipo de enfermedades, decidí poner mi caso en manos” de la clínica privada, “donde fui operada el 28 de enero de 2016. La operación fue un éxito y se pudieron eliminar las lesiones causadas por la enfermedad”.

Considera que ha sufrido “una denegación de asistencia, ya que mi caso era tratable quirúrgicamente y, aunque expresé varias veces mi deseo de realizar la operación, los cirujanos del Hospital ‘X’ no me dieron esta posibilidad, ni me ofrecieron el traslado (...) para su valoración en cualquier otro hospital. Como consecuencia tuve que ser intervenida quirúrgicamente” de forma privada, “lo cual conllevó una cantidad elevada de gastos”.

Solicita, con base en los hechos relatados, una indemnización de veinticinco mil seiscientos seis euros con veintitrés céntimos (25.606,23 €).

Adjunta copia de diversas facturas emitidas por los servicios sanitarios privados a los que acudió para el tratamiento de su enfermedad.

2. Mediante escrito de 29 de marzo de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, 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 7 de abril de 2016, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto solicita de la Gerencia del Área Sanitaria V una copia de la historia clínica de la perjudicada relativa al proceso de referencia, así como un informe de los Servicios implicados; en concreto, los de Cirugía General y de Oncología.

Mediante oficio de 1 de junio de 2016, el Gerente del Área Sanitaria V remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios un escrito al que se acompaña un CD que contiene la historia clínica de la interesada obrante en el Hospital "X", así como los informes solicitados.

4. El Jefe de la Sección de Oncología Médica del Hospital "X" señala, en su informe de 19 de abril de 2016, que "se trata de una paciente que en la actualidad tiene 60 años y que fue diagnosticada e intervenida en nuestro centro en noviembre de 2011 mediante colectomía subtotal por tres neoplasias sincrónicas en el colon, con diagnóstico de adenocarcinoma pobremente diferenciado y un estadio pT4 pN2b M0. Recibió tratamiento complementario con quimioterapia (...) con esquema Xelox por 7 ciclos, finalizando en julio de 2015. No completó los 8 ciclos planificados debido a problemas de toxicidad hematológica moderada a severa".

Indica que "en diciembre de 2014 se objetiva una elevación de CEA sin hallazgos de recidiva en la PET y colonoscopia normales./ En julio de 2015 nueva elevación de CEA con diagnóstico por TAC, RNM y ecoendoscopia de recidiva subcapsular hepática con bloque adenopático retroperitoneal y biopsia positiva para adenocarcinoma mucinoso compatible con primario de colon. Se realiza una valoración por los Servicios de Cirugía General de nuestro centro y

Cirugía Hepática” del Hospital “Y”, “quienes descartan la posibilidad de realizar cirugía, planteándose tratamiento quimioterápico con el esquema Xelox + Avastín”.

Manifiesta que “hasta diciembre de 2015 recibe 7 ciclos de este esquema objetivando una disminución de los marcadores tumorales y estabilización de la enfermedad por TAC./ El 16-12-15 se plantea nuevamente el caso en Comité de Tumores con Cirugía General, ya que la paciente aporta información procedente” de una clínica privada en la que “había solicitado una segunda opinión en el sentido de que en ese centro serían partidarios de intervenirla. Valorada por el Servicio de Cirugía de nuestro centro se concluye, de acuerdo con nota firmada” por el doctor que identifica de 18-12-15. “no candidata a cirugía por adenopatías positivas en tronco celíaco”.

Expone que “acude nuevamente a nuestra consulta el 22-03-16 con informes” de la clínica “donde fue intervenida el 28-01-16 con intención de practicar una cirugía de peritonectomía de Sugarbaker. Tras realizar una laparotomía de xifoides a pubis se comprueba la existencia de tres implantes tumorales, uno a nivel diafragmático, otro en pedículo hepático y otro en región paracava. Se extirpan completamente estos implantes junto con otras dos zonas a nivel del ligamento redondo y se practica una colecistectomía. Se desiste de realizar una peritonectomía subdiafragmática reglada completa (procedimiento de Sugarbaker) al comprobar que el resto del peritoneo de la cavidad abdominal está libre de implantes. Completada la cirugía se realiza quimioterapia hipertérmica (...) con Oxaliplatino (...). Se consigue una citorreducción tumoral completa de toda la enfermedad visible (R0)/ El resultado anatomopatológico es de (...) Implante en diafragma positivo para adenocarcinoma coloide metastásico (...). Implante en pedículo hepático positivo para adenocarcinoma coloide metastásico en ganglio linfático (...). Implante paracava positivo para adenocarcinoma coloide metastásico en ganglio linfático (...). Ligamento redondo: tejido fibroadiposo negativo para células neoplásicas (...). Vesícula biliar: dentro de límites de la normalidad./ La paciente es dada de alta y acude nuevamente a nuestra consulta con la

recomendación de administrar otros 4 ciclos de quimioterapia según el mismo esquema (Xelox + Avastín) que se había realizado antes de la cirugía. En el momento actual la paciente ha recibido el noveno ciclo del tratamiento y presenta un marcador CEA ligeramente elevado pero en ascenso progresivo (última determinación 5,4, siendo la previa de 5,1; normal hasta 5) y está pendiente de realización de un TAC abdominal para descartar presencia de enfermedad tumoral macroscópica”.

Afirma que “la cirugía de metastatectomía en cáncer de colon solo presenta un beneficio en supervivencia en casos muy seleccionados en los que se prevé que se pueda conseguir una resección total de la enfermedad existente (...). La peritonectomía de Sugarbaker no es una técnica disponible en nuestra Comunidad, y solo en los últimos meses se han comenzado a realizar los primeros casos mediante una estricta selección en el (Hospital `Y´) (...). La existencia de enfermedad ganglionar a nivel retroperitoneal, junto con otros parámetros, supone un mal predictor pronóstico y sobre la posibilidad de conseguir una citorreducción quirúrgica completa; motivo por el cual se descartó la posibilidad de realizar cirugía en nuestro centro (...). El éxito del esfuerzo quirúrgico realizado solo se conocerá con el tiempo, si bien el hecho de que el marcador tumoral actualmente esté en ascenso a pesar del tratamiento con quimioterapia que está recibiendo la paciente es un signo que apunta a la posibilidad de persistencia de enfermedad activa, estando pendiente de realización de una TAC para descartar esta posibilidad”.

5. Con fecha 24 de mayo de 2016, suscribe un informe el Jefe del Servicio de Cirugía Digestiva del Hospital “X” en el que, tras reproducir los antecedentes de la paciente, se indica que “la existencia de enfermedad ganglionar supone un factor de diseminación general de la enfermedad con gestos quirúrgicos; motivo por el que se descartó la intervención quirúrgica por nuestra parte (...). La peritonectomía de Sugarbaker no es una técnica disponible en nuestra Comunidad y se ha iniciado hace unos meses en el (Hospital `Y´) para casos muy seleccionados. La intervención realizada a la enferma no es una

intervención de Sugarbaker, sino (...) una resección de implantes tumorales aislados (...). El beneficio aportado a la enferma con los tratamientos realizados, no sólo quirúrgicos, sino también de quimioterapia intraperitoneal, solo se verá con la evolución en el tiempo; de momento solo se puede objetivar la elevación, aunque discreta, del marcador tumoral”.

6. Mediante oficio de 21 de junio de 2016, la Directora General de Política Sanitaria traslada una copia de todo lo actuado a la correduría de seguros a fin de que se solicite informe pericial de la compañía aseguradora.

En el informe, elaborado de manera colegiada por cuatro especialistas en Cirugía General el 1 de noviembre de 2016, se concluye que “la paciente fue intervenida de una neoplasia multifocal de colon, siendo su estudio histológico como el más avanzado dentro de la enfermedad. Tras la intervención pasó a Oncología y siguió tratamiento adyuvante con (quimioterapia). Posteriormente siguió revisiones en Cirugía del (Hospital `X´) (...). La anatomía patológica confirmó que se trata de una neoplasia avanzada pT4apN2b(8+/40)M0. Se trataría por lo tanto de un estadio IV (...). De acuerdo con la literatura, la tasa de supervivencia global de cáncer de colon en estadio IV sería del 6 % a los 5 años (...). A los 4 años se apreció un aumento progresivo del marcador CEA. En los estudios de imagen se apreciaron múltiples implantes de la enfermedad en cavidad abdominal y afectación retroperitoneal (...). Visto el caso en el Comité de Tumores del (Hospital `X´), en julio de 2015 se aconseja (quimioterapia) sistémica. Esta actitud es correcta y acorde con el estado de la ciencia (...). Tras el tratamiento con (quimioterapia) es nuevamente evaluado el caso en el Comité de Tumores, diciembre de 2015, aportando unos informes” de una clínica privada “en los que se muestran partidarios de la cirugía (...). No hay constancia documental” de que “la paciente solicitara una segunda opinión en otros servicios de la sanidad pública en los que la técnica está disponible (...). Fue intervenida en enero de 2016” en la clínica privada “realizándole una citorreducción + HIPEC, con R=0. Posteriormente siguió quimioterapia en Oncología del (Hospital `X´), en donde se apreció a los pocos meses una

elevación del CEA, lo que puede significar una progresión de la enfermedad a pesar del tratamiento quirúrgico (...). De acuerdo con la literatura científica (Asociación Española de Cirujanos), esta técnica en cáncer colorrectal muy avanzado solamente se recomienda en pacientes seleccionados (...). De acuerdo con la documentación examinada se puede concluir (...) que todos los profesionales que trataron” a la paciente en el Hospital “X” “lo hicieron de manera correcta”.

7. Mediante escrito notificado a la reclamante el 14 de marzo de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El día 22 de marzo de 2017, comparece la interesada en las dependencias administrativas y se le entrega un CD que contiene lo actuado en el procedimiento hasta ese momento, seguida del envío mediante correo certificado de un segundo CD que incluye diversa documentación que no se le pudo proporcionar debido a un problema técnico.

Con fecha 3 de abril de 2017, la perjudicada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que expone que “durante el periodo en el que (...) estuvo realizando el tratamiento de quimioterapia todas las consultas que realizó fueron con el departamento de Oncología. En ningún caso el equipo de Cirugía se reunió directamente con ella./ La oncóloga responsable del tratamiento (...) le informaba de las decisiones tomadas por el equipo de Cirugía, pero aunque la paciente solicitó reunirse con los cirujanos para poder consultarles directamente las comunicaciones seguían siendo a través de la oncóloga./ La oncóloga le comunicó (...) que el equipo de Cirugía no era partidario de operar debido a la localización de las lesiones (literalmente se le dice que `estaba en mal sitio´) y porque no se garantizaba la completa eliminación (literalmente se le dice que `no se garantizaba quitarlo todo´)./ La paciente solicitó a la oncóloga la derivación a cualquier otro hospital en el que se pudiera estudiar una posible

cirugía. Sin embargo, la oncóloga dijo que la decisión de la derivación correspondía a los cirujanos, sin obtener más contestación./ Por tanto (...), no tuvo información acerca de la posibilidad de poder acudir a otro centro de la sanidad pública para realizar otra valoración de su caso. Es decir (...), no tuvo conocimiento de que podía solicitar una segunda opinión./ La oncóloga le comunicó (...) que debido a su insistencia había vuelto a hablar con el equipo de cirujanos, pero que seguían manteniendo su postura de no operar./ Teniendo en cuenta la gravedad de su enfermedad y la importancia de actuar de manera rápida, decidió ir” a la clínica privada, “donde se le indicó que es posible realizar la intervención./ Posteriormente (...) vuelve a la consulta de la oncóloga para informarle de la recomendación de la operación (...), pero aun así se le sigue sin dar la posibilidad de realizar dicha operación en cualquier otro centro público, por lo cual decidió realizar la operación” en la sanidad privada.

Señala que, “según consta en los informes de los TAC posteriores a la operación”, de fecha “04-05-2016 y 24-08-2016”, que se adjuntan, la intervención realizada en la clínica privada “ha cumplido los resultados esperados, ya que en dichos informes se indica que las lesiones existentes han desaparecido”.

A la vista de ello concluye que “la operación cumplió las expectativas y consiguió eliminar las lesiones existentes, lo cual es el objeto de la presente reclamación; se demuestra que existía un método quirúrgico válido para su aplicación pero no se le ofreció la posibilidad de llevarlo a cabo en ningún centro de la sanidad pública./ Es irrelevante la posterior elevación del marcador CEA indicada en las conclusiones del dictamen médico, ya que ese hecho sucedió de manera posterior a la operación y no se debe valorar porque no es objeto de la presente reclamación./ La paciente considera, por tanto, que se le ha denegado un servicio y solicita la devolución del importe de la cirugía”.

El día 4 de abril de 2017 el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite una copia de las alegaciones presentadas a la compañía aseguradora de la Administración.

8. Con fecha 12 de abril de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al considerar que “en el presente caso no hay ninguna omisión terapéutica, sino una valoración real de la paciente que aconsejó su inclusión en un tratamiento oncológico sin aplicar terapias quirúrgicas por no considerarlas adecuadas a la luz del estado actual de la ciencia. Esta decisión no fue fruto de un abandono de la paciente o de una denegación de asistencia, sino de una sesión clínica de una comisión técnica y científica específica existente al efecto. La decisión adoptada por el equipo médico lo fue con base en razones de carácter médico y clínico, llevando a dicho equipo a la conclusión sobre la no procedencia del tratamiento con base en la existencia de un riesgo y una nula expectativa curativa. De esta forma, no es dable, so pretexto de una presunta estabilización del proceso, imputar al servicio público de salud una incorrecta praxis médica, por cuanto tanto el diagnóstico como la decisión final adoptada lo fueron desde el punto de vista estrictamente médico y dentro de las exigencias del estado de la técnica, y la decisión del no tratamiento fundada en criterios de razonabilidad clínica. En tal sentido, no puede hablarse de una negativa a la asistencia médica, sino de una decisión adoptada con base en criterios médicos que han de ser respetados, no siendo dable *ex post*, una vez determinada una presunta situación más beneficiosa derivada de la cirugía frente al tratamiento propuesto por el sistema público, achacar tal resultado a una actuación inicialmente contraria a la *lex artis ad hoc* por parte de los servicios públicos de salud, debiendo quedar residenciada la distinta actuación de unos y otros facultativos en una mera disparidad de criterios de carácter médico que en todo caso han de ser respetados”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de abril 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 escrito presentado en el registro de la Administración del Principado de Asturias el día 22 de marzo de 2016, 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, está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que "En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas". En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 22 de marzo de 2016, y en ella la interesada solicita ser indemnizada en el importe de las facturas a las que tuvo que hacer frente como consecuencia de la intervención quirúrgica que le fue practicada en el ámbito de la medicina privada el día 28 de enero de 2016, a la que acudió ante la negativa del servicio público sanitario de abordar la enfermedad de la que venía siendo tratada por vía quirúrgica, 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 Responsabilidad Patrimonial.

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, observamos 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.- En la reclamación que nos ocupa la interesada solicita ser indemnizada en una cantidad que deriva del importe de las facturas que le fueron giradas desde la medicina privada como consecuencia de la intervención practicada el día 28 de enero de 2016, a cuyos servicios acudió ante la negativa del servicio público sanitario -donde ya en el año 2011 se le había realizado una primera cirugía- de abordar por vía quirúrgica la patología de la que venía siendo tratada.

Ante este planteamiento de la reclamante, lo primero que debemos hacer notar, tal y como hemos manifestado en ocasiones precedentes (por todos, Dictamen Núm. 273/2012), es la diferencia existente entre el ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de una 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. Procedimientos respecto de los cuales este Consejo ha venido señalando de manera reiterada desde el inicio de su función consultiva

que tienen objetos y tramitación distintos, bases jurídicas diferenciadas y vías de revisión jurisdiccional también diversas.

Respecto a los primeros, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización, determina, en su artículo 4.3, las condiciones para que sea exigible el reintegro de los gastos sanitarios ocasionados "fuera del Sistema Nacional de Salud", disponiendo que el mismo solo resulta procedente en "casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital", y "una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción".

En el supuesto examinado la interesada ha calificado de manera expresa su solicitud como una reclamación de responsabilidad que persigue el resarcimiento del daño causado en forma de quebranto patrimonial que considera se le ha producido por "una denegación de asistencia sanitaria". En estas condiciones nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial como la formulada, comprensiva del importe de los gastos en los que se haya incurrido a consecuencia del tratamiento en la medicina privada de una enfermedad, si bien dicha responsabilidad patrimonial ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole. Por tanto, habrá que analizar si nos hallamos ante un daño real, efectivo, evaluable económicamente y antijurídico -en definitiva, un daño que la perjudicada no tenga la obligación de soportar-, y si el mismo ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario.

Por lo que a la efectividad del daño se refiere y cuya indemnización se solicita, el mismo se hace evidente a la vista de la documentación obrante en el expediente, entre la que figuran diversas facturas en concepto de gastos médicos girados a la interesada por un servicio sanitario privado para el tratamiento de la misma enfermedad que se encuentra en el origen de la reclamación.

Acreditada la efectividad y realidad del daño, y situados en la perspectiva de la reclamación de responsabilidad patrimonial, pues así ha sido calificado expresamente por aquella el escrito que da inicio al expediente, conviene recordar 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.

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.

A los expresados efectos, en el asunto analizado nos encontramos con que en el escrito que da inicio al procedimiento la interesada, lejos de concretar en qué aspectos podría materializarse una defectuosa práctica médica en la

asistencia que el servicio público sanitario le venía prestando desde el año 2011 para el tratamiento de la enfermedad oncológica que entonces le fue diagnosticada, y que dio lugar a una primera intervención quirúrgica en noviembre de ese año, seguida de quimioterapia complementaria, centra toda su argumentación en apoyo de su pretensión indemnizatoria en lo que no pasa de ser una mera exposición cronológica del proceso asistencial seguido a partir de mediados del año 2015, cuando se hizo evidente una recidiva en la enfermedad. En el curso de este nuevo episodio clínico, y cuando se encontraba recibiendo el tratamiento quimioterápico por el que se habían decantado los servicios públicos sanitarios, la paciente, ante la negativa reiterada -de la que fue informada en todo momento- de abordar una nueva operación, que sería la segunda, decide de manera libre y voluntaria consultar su enfermedad en el ámbito de la medicina privada, desde la que, tras ser intervenida, fue remitida de nuevo a los servicios públicos sanitarios al objeto de proseguir el tratamiento quimioterápico complementario.

Pues bien, más allá de dejar constancia con reiteración a lo largo de su relato de la negativa de los servicios públicos sanitarios de abordar quirúrgicamente por segunda vez su enfermedad -negativa que aparece fundamentada en motivos médicos de los que la paciente iba siendo informada puntualmente en todo momento-, la perjudicada no ha concretado en ningún momento a lo largo de la instrucción del procedimiento, por medio de un informe pericial de soporte, en qué medida esta negativa al tratamiento quirúrgico, finalmente recibido en el ámbito de la medicina privada, frente al tratamiento conservador quimioterápico sistémico por el que se inclinaron los profesionales del sistema sanitario público, y que se mantiene al momento de presentar la reclamación, puede suponer la expresión de una opción en el tratamiento de la enfermedad susceptible de ser conceptualizada como contraria a la *lex artis ad hoc*.

Ante esta total ausencia de documento pericial alguno en el que apoyar la pretensión indemnizatoria que formula la interesada vía reclamación de responsabilidad patrimonial, este Consejo Consultivo debe formar su juicio en

cuanto al respeto de la *lex artis* en la asistencia sanitaria que le viene prestando -aún al momento de presentar la reclamación- el servicio público sobre la única base de los documentos periciales que obran incorporados al expediente, los cuales, conocidos por la reclamante en el trámite de audiencia, no han sido cuestionados por su parte mediante argumento avalado por criterios científicos documentados.

En este sentido, de la citada documentación se desprende de forma clara que la opción tomada por parte de los servicios públicos sanitarios de hacer frente a la recidiva que a partir de 2015 se presentó de la grave enfermedad que padece la perjudicada mediante un tratamiento sistémico conservador a base de quimioterapia, excluyendo de esta forma y tras una ponderada valoración la posibilidad de intervención quirúrgica, resulta en todo momento conforme con la *lex artis ad hoc*. Así figura en el informe emitido por cuatro especialistas en Cirugía General a instancias de la compañía aseguradora de la Administración, en el que rotundamente se afirma que “esta actitud es correcta y acorde con el estado de la ciencia”.

Por lo demás, la documentación obrante en el expediente pone de manifiesto que tras la intervención quirúrgica privada la paciente ha retornado para el posterior seguimiento de su enfermedad a los servicios públicos sanitarios, en los que, siguiendo las recomendaciones dadas por los profesionales de la medicina privada que la operaron, se ha retomado un tratamiento de quimioterapia que responde al mismo esquema y finalidad del que se le venía aplicando con anterioridad a la intervención.

En definitiva, no hay prueba alguna que permita apreciar la existencia de la pretendida “denegación de asistencia sanitaria” sobre la cual la interesada construye su reclamación. La indemnización que persigue tiene su origen única y exclusivamente en una decisión personal y voluntaria de la reclamante, perfectamente entendible desde el punto de vista personal de todo paciente de encontrar un remedio que puede considerar como más inmediato para poner fin a su enfermedad, pero que en ningún modo aparece avalada por criterio

científico que la sustente, por lo que tiene la obligación de soportar las consecuencias que se derivan de sus propias decisiones.

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.