

Expediente Núm. 211/2017  
Dictamen Núm. 241/2017

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*García Gutiérrez, José 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 21 de septiembre de 2017, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 30 de junio de 2017 -registrada de entrada el día 5 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios derivados de la decisión de no intervenir un carcinoma gástrico.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** El día 31 de julio de 2015, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños derivados de lo que considera una deficiente asistencia prestada por parte del servicio público sanitario.

Expone que el 21 de mayo de 2014 se le diagnosticó una “neoplasia gástrica localmente avanzada”, y que en esa misma fecha “se decidió no operarme y tratamiento paliativo, sin darme opción ni información sobre

alternativas”, por lo que decidió acudir a una clínica privada de Madrid en la que recibió “tratamiento médico y quirúrgico” hasta que fue “dada de alta el 19 de noviembre de 2014”.

Afirma que, “al margen de la desatención y mala praxis que supone no tratar mi enfermedad debido a mi edad, ello me ha hecho incurrir en una serie de gastos que hubieran sido evitados de haberme pautado el tratamiento”, reclamando el resarcimiento de los “gastos médicos, de desplazamiento, alojamiento y demás derivados” que, según señala, ascienden a setenta y cinco mil setecientos diecinueve euros con cuarenta y nueve céntimos (75.719,49 €), “sin perjuicio de ulterior concreción o adición”.

Adjunta varios informes médicos del Hospital “X” y de la clínica privada que la trató en Madrid, así como diversas facturas emitidas por este último centro sanitario en relación con la asistencia médica prestada y por los conceptos de “bono televisión” y “bono cafetería”; facturas de ortopedia y de alojamiento en hoteles, restaurante y aparcamiento; tickets de restaurante y parafarmacia, y documentos acreditativos de la compra de billetes de avión y de tren a Madrid.

**2.** Con fecha 20 de agosto de 2015, el Gerente del Área Sanitaria VII remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica de la perjudicada obrante en el Hospital “X” y el informe emitido por el Servicio de Cirugía General y Digestivo el 19 de agosto de 2015.

En el informe se señala que “la paciente fue vista por primera vez en nuestro Servicio el 21-05-14, remitida desde el Servicio de Digestivo con el diagnóstico de neoplasia gástrica (...). Que en dicho Servicio se realizaron todos los estudios (eco abdominal, gastroscopia-biopsia y TC toraco-abdominal) para el diagnóstico de su patología (...). Que la paciente fue valorada en sesión clínica de nuestro Servicio, como se hace habitualmente con todos los pacientes (...). Que una vez valorados todos los estudios y que el tumor se consideró irreseccable en base al TC, se decide consultar telefónicamente con el Servicio de Oncología Médica” del Hospital “Y” “para valorar diferentes opciones terapéuticas (...). Que de forma sistemática se

realizan consultas telefónicas con el Servicio de Oncología Médica (...). Nos informan que no es candidata a tratamiento quimioterápico (...). Que así se le comunica a la paciente y a su hijo, y les informamos que en este Servicio no se puede realizar más tratamiento que el sintomático (...). La paciente fue vista en consulta de evolución el 17-06-14 y nos informa que está pendiente de una consulta en Madrid para una segunda opinión, en un centro privado (...). Le solicitamos los informes de la consulta de Madrid, cuando los tenga, y se la cita el 15-07-14 para la siguiente consulta de control (...). En dicha cita nos informa que está a tratamiento con quimioterapia. Se la cita para cuando termina el ciclo de quimioterapia (...). El 05-08-14 acude a consulta y nos informa que tolera bien la quimioterapia. Le indicamos que acuda cuando termine todos los ciclos (terminaba el 08-09-14). No acudiendo hasta después de ser operada (...). Fue intervenida el 13-11-14 en un centro privado de Madrid (...). Fue dada de alta en el centro donde fue intervenida el 19-11-14 (...). Acude a nuestra consulta por primera vez después de ser intervenida el 20-05-15, y desde entonces sigue controles evolutivos en nuestro centro”.

Obran en la historia clínica, entre otros, los siguientes documentos: a) Informe de resultados de TC de tórax/abdomen/pelvis con contraste, realizado el 16 de mayo de 2014, en el que se anota “imagen seudonodular de 4,6 mm, subpleural localizada en segmento lateral del LID, sin evidencia de otras lesiones nodulares periféricas, probablemente no tenga significado patológico./ No hay evidencia de otras alteraciones en el parénquima pulmonar./ No hay evidencia de adenopatías hiliares ni mediastínicas./ Engrosamiento irregular de las paredes del fundus gástrico que se extienden al cardias, y probablemente alcance (...) mínimamente el tercio inferior del esófago; en la reconstrucciones MPR (...) vemos como supera el límite del diafragma en el cuerpo gástrico, probable ulceración de la masa a nivel de la curvatura menor. A nivel del cardias se pierde el plano graso entre la serosa y la grasa regional, presentando múltiples adenopatías a este nivel y a nivel del ligamento gastrohepático y presencia de adenopatías también subdiafragmáticas./ Hígado sin lesiones focales./ Bazo, páncreas, suprarrenales y riñones sin hallazgos significativos./ No hay evidencia de líquido libre (...) y la pelvis no

muestra hallazgos significativos./ Suprarrenales normales./ No hay evidencia de lesiones óseas metastásicas./ Severos cambios degenerativos en articulaciones interapofisarias posteriores, sobre todo en L5-S1./ Conclusiones: neoplasia de fundus gástrico que se extiende al cardias, con adenopatías metastásicas rodeando al cardias y en el ligamento gastrohepático". b) Informe del Servicio de Cirugía General y Digestivo del Hospital 'X', de 21 de mayo de 2014, en el que se consignan como antecedentes personales "estenosis aórtica leve./ HTA./ Dislipemia (...). Apendicectomía", anotándose en el apartado relativo a enfermedad actual que se trata de una "paciente remitida desde el Servicio de Digestivo con el diagnóstico de neoplasia gástrica./ Refiere síndrome general, con pérdida de 10 kg en los últimos meses, así como disfagia a sólidos y esporádicamente a líquidos". Constan "pruebas complementarias" de "eco: normal./ Gastroscopia: lesión ulcerada infiltrante que ocupa cuerpo gástrico y cardias (...). Adenocarcinoma./ TC: neoplasia de fundus gástrico que se extiende al cardias con adenopatías metastásicas rodeando al cardias y en el ligamento gastrohepático".

**3.** Mediante escrito de 31 de agosto de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la perjudicada 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 los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**4.** El día 3 de septiembre de 2015, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él afirma que es "un caso complicado desde el punto de vista de abordaje terapéutico, dado que se trata de (una) paciente con tumor con mal pronóstico y alto riesgo añadido por la comorbilidad (...). El tumor, aparte de ser de considerable tamaño, afectaba a cardias, por lo que se comporta como un tumor esofágico; a lo anterior hay que añadir que la paciente contaba con 80 años en el momento del diagnóstico, encontrándose a estudio por parte del

Servicio de Cardiología por una estenosis aórtica que es un factor también limitante, aunque no excluyente, de operabilidad”.

Pone de manifiesto que “la mortalidad posgastrectomía va más ligada a la edad del paciente que al tipo de resección o a la extensión de la linfadenectomía. Por ello, los pacientes mayores de 80 años solo son candidatos a cirugía excepcionalmente, tras una valoración individual que contemple la situación funcional, la comorbilidad asociada, la expectativa de vida y la aplicabilidad de otros tratamientos, según indican algunos de los documentos de consenso existentes sobre esta patología”. Entiende que “resulta, por tanto, complicada la evaluación de cuál es la actitud correcta a seguir ante un caso como el que analizamos, pudiendo llevarse a cabo una actitud más conservadora o, por el contrario, ser más agresivos y optar por tratamiento quimioterápico y quirúrgico”, y señala que en el asunto examinado “la decisión clínica de efectuar un tratamiento conservador” estaba “basada en criterios médicos y efectuada con criterios de razonabilidad clínica”.

Tras poner de relieve que se trata de un “caso muy similar” al que fue tratado por la Sala del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias en la Sentencia que indica, concluye que “la actuación llevada a cabo desde el sistema público de salud de ninguna manera contraría los criterios de la *lex artis ad hoc*, tratándose exclusivamente de una disparidad de criterios de carácter médico respecto a la atención recibida en el hospital privado al que acudió la paciente”, por lo que la reclamación ha de ser desestimada.

**5.** Mediante escritos de 9 de septiembre de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas 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.** Con fecha 16 de noviembre de 2015, emite informe un gabinete jurídico privado a instancia de la compañía aseguradora. En él se concluye que “no existe una infracción de la *lex artis* en la catalogación como no candidata al

tratamiento quirúrgico a la paciente debido al alto riesgo que conllevaba. Según los documentos de consenso, no se ha de realizar tratamiento quirúrgico y radioterápico en las circunstancias que presentaba esta paciente, independientemente de que en un centro privado se haya realizado esta intervención con éxito”.

**7.** El día 1 de diciembre de 2015, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios solicita a la Gerencia del Área Sanitaria IV que por parte del Servicio de Oncología Médica del Hospital “Y” se proporcione “cuanta información tengan sobre la decisión adoptada con esta paciente”.

Con la misma fecha requiere a la Gerencia del Área Sanitaria VII una copia de la historia clínica de Atención Primaria relativa al proceso de referencia.

**8.** Mediante oficio de 21 de diciembre de 2015, la Gerente del Área Sanitaria VII remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica de Atención Primaria de la perjudicada.

El día 28 de diciembre de 2015, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV le traslada el informe emitido por el Servicio de Oncología Médica con fecha 21 de diciembre de 2015. En él se indica que “en mayo de 2014 los compañeros del Servicio de Cirugía del Hospital ‘X’ contactaron telefónicamente conmigo para, como es habitual, comentarme un caso y decidir en conjunto la mejor orientación terapéutica./ Se trataba de una mujer de edad avanzada, con una situación de fragilidad clínica y deterioro del estado general por un cáncer gástrico irresecable (...). El dato de mal estado general fue determinante para enfocar el caso hacia un tratamiento sintomático basado en el mejor cuidado de soporte, como recogen las guías de las sociedades de oncología europea y española de las que se adjunta copia y la guía NCCN (National Comprehensive Cancer Network), algoritmo inferior”. El citado algoritmo determina cuáles son las actitudes a adoptar en tumores irresecables localmente avanzados en función de la puntuación obtenida en las escalas de Karnofsky y ECOG. Se

adjunta copia de una publicación científica titulada "SEOM clinical guidelines for the diagnosis and treatment of gastric adenocarcinoma".

**9.** Mediante escrito notificado a la interesada el 7 de abril de 2016, la Directora de Política Sanitaria le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente. Consta que el 8 de abril se persona en las dependencias administrativas la reclamante y obtiene una copia del mismo.

**10.** Con fecha 22 de abril de 2016, la reclamante presenta un escrito en el registro de la Administración del Principado de Asturias en el que afirma que "en ningún momento se me informó de la existencia de tratamiento, ni se me ofreció alternativa (...). Era evidente, porque así ha sido, que existía tratamiento adecuado para mí (...). Se me desahució exclusivamente por mi edad, pues al margen de ese dato, tenía 80 años, no se me efectuó valoración singular (...). Ni siquiera se valoró el intento de la quimioterapia inicial para luego valorar la cirugía; es decir, que se descartó prematuramente curarme. Y la prueba de que esto fue un error es que no he tenido complicación alguna hasta la fecha (...). La realidad es que al no individualizar mi situación y descartarme con el trazo grueso se vulneró mi derecho a recibir asistencia sanitaria adecuada exclusivamente por mi edad, lo que no deja de ser una forma inhumana de cuasi-eutanasia. El resumen es que no merezco el tratamiento por ser vieja (...). Estamos hablando de un riesgo vital que se ha medido por cuestiones exclusivamente presupuestarias, no médicas".

Finalmente solicita que se le reintegre "el coste del tratamiento y demás gastos incurridos", más "otro 200% más de perjuicio moral por el sufrimiento padecido al tener que desplazarme continuamente a Madrid para recibir un tratamiento que bien podría haber recibido en Asturias".

Adjunta un informe pericial privado, emitido el 17 de septiembre de 2015 por un especialista en Medicina Legal y Forense, en el que se indica que "se trata de una paciente que antes de este proceso no presentaba patología relacionada con sus estado actual y gozaba de buena salud (...). Sobre marzo



de 2014 comenzó con sintomatología digestiva inespecífica y las pruebas diagnósticas efectuadas (realizadas en tiempo y forma correctos) demostraron la existencia de tumor maligno de estómago (...). Tras realizar todas las pruebas pertinentes, y a pesar de establecerse que no había diseminación a distancia, sino una neoplasia localmente avanzada, se decidió no realizar tratamiento alguno más que dieta hipercalórica y antiácidos, lo cual suponía no tener posibilidad alguna de curación y un pronóstico infausto a todas luces (...). La paciente, ante dicha tesitura, se vio abocada a tratamiento privado, con gran penosidad y sufrimiento por la necesidad de desplazamientos periódicos a Madrid (refiere en tren) para realizar un tratamiento con notables efectos secundarios: quimioterapia inicial para disminuir el tamaño del tumor y posteriormente cirugía para extirpar la parte distal del esófago, el estómago y los ganglios linfáticos afectados hasta nivel D2 (...). El resultado ha sido hasta la fecha satisfactorio, no detectándose en los controles posteriores enfermedad tumoral por imagen ni alteración de los marcadores tumorales en la analítica practicada”.

Señala que “es cierto que se establece que en pacientes mayores de 80 años la cirugía debe ser considerada de forma excepcional porque suelen tener una comorbilidad asociada que les hace más vulnerables y por su menor expectativa de vida. A pesar de ello, la valoración debe ser absolutamente individualizada. En este caso la paciente no presentaba comorbilidad y su estado era realmente satisfactorio para su edad en todos los aspectos, físico y psíquico”. Significa que la paciente “no presentaba comorbilidad alguna que contraindicara el tratamiento, ni la quimioterapia, ni la cirugía. Su estado era muy saludable a pesar de su edad, con lo cual se puede establecer que no se individualizó adecuadamente el caso a la hora de negarle el tratamiento. Además el estadio de su enfermedad la hacía tratable y no cumplía ningún criterio de irresecabilidad del tumor”. Aclara que “se consideran criterios de irresecabilidad para el tumor: invasión peritoneal o metástasis a distancia (incluida citología positiva en líquido ascítico), imposibilidad de realizar resección completa, afectación de niveles ganglionares 3 y 4 confirmada por



biopsia o muy sugestiva por pruebas de imagen e invasión de estructuras vasculares mayores”.

Concluye que no se pautó a la paciente tratamiento alguno con finalidad curativa “cuando era claro que los protocolos establecen que en su caso estaba indicado el tratamiento que tuvo que costearse en la sanidad privada para no verse abocada a una muerte segura”.

**11.** Mediante oficio de 26 de abril de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios traslada a la correduría de seguros una copia de las alegaciones presentadas.

**12.** Con fecha 24 de mayo de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en la que concluye que procede desestimar la reclamación presentada, puesto que “la asistencia sanitaria prestada por el servicio público sanitario fue correcta y adecuada a la *lex artis*. La decisión terapéutica tomada no estuvo basada en la arbitrariedad, sino en lo que la literatura científica y la racionalidad técnica recomiendan en casos como el de la reclamante. Es evidente que la evidencia científica se basa en análisis estadísticos de casos y ponderación del riesgo/beneficio, por lo que un resultado individual, por muy afortunado que sea, no debe convertirse en categoría científica para otros casos similares”.

**13.** El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias en sesión celebrada el 27 de julio de 2016 dictamina que no es posible un pronunciamiento debidamente motivado sobre el fondo de la cuestión planteada y debe retrotraerse el procedimiento al objeto de realizar “cuantos actos de instrucción resulten precisos para aclarar cuáles son los criterios científico-técnicos que determinan que un carcinoma gástrico como el que presentaba la interesada es irreseccable, qué opciones terapéuticas existen ante un tumor de esta naturaleza, de qué parámetros depende su aplicación y, en suma, qué circunstancias personales de la paciente justificaron en el caso

concreto su decisión de no intervenir. Practicados los anteriores actos de instrucción, una vez evacuado un nuevo trámite de audiencia y formulada otra propuesta de resolución, habrá de instarse nuevamente el dictamen de este órgano”.

**14.** Mediante oficios de 13 de septiembre de 2016 el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas solicita a las Gerencias del Área IV y VII del Servicio de Salud del Principado de Asturias la remisión de sendos informes de los Servicios de Oncología Médica y Cirugía General y Aparato Digestivo que atendieron a la perjudicada en el que se pronuncien sobre los extremos indicados en el dictamen del Consejo Consultivo. Con fecha 2 de diciembre de 2016 se reiteran las citadas solicitudes.

**15.** El día 22 de diciembre de 2016, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio instructor un informe del Servicio de Oncología Médica fechado el 20 de diciembre de 2016. En él se señala que “en este caso concreto, lo que marcó la posible irresecabilidad fueron las adenopatías confirmadas por TC que se localizaban tanto en ligamento gastrohepático como subdiafragmáticas y por tanto no eran contiguas al tumor y estaban distantes entre sí./ El abordaje terapéutico obliga a tener en cuenta aspectos dependientes del tumor como el tipo y extensión, y del paciente como la edad, el estado general, sus comorbilidades y, en definitiva, y en relación con los 3 anteriores, su situación de paciente frágil o no./ Los pacientes mayores de 70 años se consideran potencialmente frágiles porque su reserva medular, hepática, renal y su metabolismo de los fármacos están deteriorados, lo que supone un riesgo de toxicidad elevada con quimioterapia. Es cierto que hay pacientes de edad avanzada con estado general preservado pero, a medida que aumenta la edad e independientemente de otros aspectos, existe una merma funcional./ En esta paciente en concreto, la edad era de 80 años en el momento del diagnóstico, 10 años más de la edad a partir de la cual la decisión de tratamiento se debe

individualizar. En su caso, se sumaba un deterioro clínico por la pérdida ponderal y desnutrición secundaria al cáncer que, en el momento del diagnóstico, condicionaban un síndrome general manifiesto. De este modo, la primera medida de tratamiento sintomático pautada por el Sº de Cirugía fue una dieta hipercalórica suplementada./ Por todo lo anterior, había claros criterios de no indicación de quimioterapia al tratarse de una mujer de edad avanzada, frágil por la edad y la desnutrición, dependiente de su familia desde el diagnóstico y al tratarse de un cáncer sin metástasis a distancia. La quimioterapia por tanto, podía contribuir a mayor deterioro general como se confirmó mientras recibió los 3 ciclos preoperatorios y se reiteró al desestimarse pautar los 3 ciclos postoperatorios necesarios para completar el tratamiento perioperatorio que se había programado./ La misma paciente ha referido la mala tolerancia 'gran sufrimiento y penosidad' que también quedó patente en la toxicidad desarrollada que obligó a reducir la dosis al 80 % y a pesar de lo cual padeció emesis grado 3 y astenia grado 3 (en una escala entre 0, nada de toxicidad, y 4 toxicidad que compromete la vida). Estas toxicidades son infrecuentes en pacientes <70 años que reciben este esquema. Así mismo, la quimioterapia que se le administró, esquema CAPOX, no tiene indicación en el tratamiento perioperatorio del cáncer gástrico en el que los esquemas estándar con cisplatino, fluoropirimidina a los que suele asociarse epirubicina no se administran habitualmente a personas de edad avanzada por la mala tolerancia./ En resumen:/ Si el tumor se considerase resecable y la paciente operable la cirugía sin quimioterapia sería la mejor actitud terapéutica en este caso en el que la quimioterapia administrada fue un esquema subóptimo, no aprobado en este cáncer e indicación, a dosis reducidas lo que podría condicionar su eficacia y la posterior cirugía./ Si el tumor se considerase irreseccable, la ausencia de metástasis a distancia, la edad avanzada, la fragilidad por desnutrición y el alto riesgo de toxicidad son criterios para no administrar quimioterapia".

**16.** El día 23 de diciembre de 2016 la Gerente del Área VII remite al Servicio instructor el informe librado por parte del Servicio de Cirugía General y

Aparato Digestivo del Hospital "X", con fecha 19 de diciembre de 2016, que suscriben una especialista adscrita al Servicio y la Directora del hospital "estando vacante la titularidad de la Jefatura del Servicio de Cirugía General y Aparato Digestivo, y no estar en activo el facultativo que asistió a la paciente en el momento de los hechos". Señalan sus autoras que en el caso de que se trata "se considera una tumoración que no cumple criterios de irresecabilidad (infiltración ganglionar en los ejes mesentéricos o paraórticos, invasión de estructuras vasculares mayores a excepción de los vasos esplénicos, metástasis a distancia y carcinomatosis peritoneal), ahora bien las recomendaciones actuales que se describen en la literatura médica en pacientes actuales con cáncer gástrico localmente avanzado como es el caso de la paciente, no contemplan el abordaje quirúrgico como opción terapéutica inicial dados los pobres resultados en tasas de supervivencia, sino la quimioterapia neoadyuvante con posterior reestadiaje de la enfermedad y en base a los hallazgos valorar la posibilidad de intervención quirúrgica".

**17.** Se incorpora a continuación un "Dictamen para valoración de daños corporales" librado por la División Médico Sanitaria de la compañía aseguradora en el que se concluye que "en vista del dictamen del Consejo Consultivo y de forma consensuada con el equipo de gestión de reclamaciones patrimoniales del Sespa se estima la reclamación de forma que se reintegren los gastos incurridos en la sanidad privada y que ascienden a 75.719,49 € más una cuantía por daño moral". Este último se evalúa en 6.000 €, cuantía que, según señalan, les parece "justa y razonable en el contexto de este expediente, y que representa un 8 % del monto de gastos a resarcir". La indemnización propuesta ascendería, en total, a 81.777,05 €.

**18.** Mediante oficio de 13 de marzo de 2017, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, que está conociendo del recurso interpuesto por la perjudicada frente a la desestimación presunta de su reclamación de responsabilidad patrimonial

solicita a la Administración del Principado de Asturias el expediente administrativo, que se remite el día 2 de mayo de 2017.

**19.** Con fecha 3 de mayo de 2017 se da traslado a la reclamante de la nueva documentación incorporada al expediente dándole nueva audiencia por plazo de quince días.

**20.** Transcurrido el plazo señalado sin haberse formulado alegaciones por la interesada, con fecha 15 de junio de 2017 el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial e Instrucciones previas suscribe una propuesta de resolución en sentido estimatorio por considerar que “la falta de coordinación entre los Servicios de Cirugía General del (Hospital `X´) y Oncología Médica del (Hospital `Y´) privó a la interesada de un tratamiento que fue llevado con éxito en la medicina privada y que permitió la supervivencia de la misma”. Por ello, propone satisfacer a la interesada una indemnización de 81.777,05 euros.

**21.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de junio 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 presentada en el Registro de la Administración del Principado de Asturias el día 31 de julio de 2015, lo que nos remite a la entonces vigente 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 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 Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo”. En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 31 de julio de 2015, y aunque el hecho del que trae origen -la decisión de no realizar más que tratamiento sintomático del carcinoma gástrico que presentaba- se produjo el día 21 de mayo de 2014, consta acreditado en el expediente que recibió tratamiento en la sanidad privada hasta el 19 de noviembre de 2014, por lo que es claro que la solicitud relativa al reintegro de los gastos “médicos, de desplazamiento, alojamiento y demás derivados” de aquella asistencia fue formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

Ahora bien, apreciamos que mediante escrito presentado el 22 de abril de 2016 la perjudicada solicita el resarcimiento de una nueva partida indemnizatoria que no había sido objeto de reclamación en su solicitud inicial y corresponde al “perjuicio moral por el sufrimiento padecido al tener que desplazarme continuamente a Madrid para recibir un tratamiento que bien podría haber recibido en Asturias”. Tal daño se reclama cuando ya ha transcurrido más de un año desde que la pretensión pudo ser ejercitada, pues los desplazamientos a Madrid finalizaron en noviembre de 2014 según resulta de la documentación por ella aportada. Dado que ha de rechazarse que la reserva de “posterior concreción o adición” de la cuantía reclamada en el escrito inicial de solicitud pueda amparar el extemporáneo ejercicio de nuevas pretensiones resarcitorias referidas a los mismos hechos, la acción para reclamar estos daños debe considerarse prescrita. 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.

**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.

No obstante, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen, ha sido rebasado 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.

Sin embargo, 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.

**SIXTA.-** Se somete a nuestra consideración una reclamación de daños derivados de la decisión de no aplicar a una paciente que padecía un carcinoma gástrico más tratamiento que el sintomático. Como señalamos en la anterior consideración tercera, la pretensión indemnizatoria de la perjudicada comprende tanto el reintegro de los gastos en que incurrió para tratar el cáncer en una clínica privada como el daño moral derivado del “sufrimiento padecido al tener que desplazarme continuamente a Madrid para recibir un tratamiento que bien podría haber recibido en Asturias”.

Comenzando por el último de los daños señalados, ya hemos adelantado en la consideración tercera que el ejercicio de la acción para reclamarlo debe considerarse efectuado fuera del plazo legalmente establecido, constituyendo este motivo razón suficiente para la desestimación de la pretensión resarcitoria en lo relativo a dicha partida. Sin perjuicio de lo anterior, nos interesa destacar que las incomodidades y molestias derivadas de los frecuentes desplazamientos a Madrid para recibir asistencia sanitaria tampoco tendrían encaje, en principio, en el concepto de daño moral indemnizable tal y como ha sido perfilado por la jurisprudencia. En este sentido, viene señalando el Tribunal Supremo que “el concepto de daño evaluable a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una situación de malestar o incertidumbre (...), salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave” (Sentencias de 3 de octubre de 2000 -ECLI:ES:TS:2000:7033-, 29 de marzo y 30 de junio de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:1786 y ECLI:ES:TS:2006:5418-, y 14 de marzo de 2007 -ECLI:ES:TS:2007:1540-, todas ellas de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

Respecto a la efectividad de los perjuicios alegados y reclamados en plazo, esto es, los gastos generados por la asistencia médica privada recibida en Madrid y los derivados del desplazamiento, alojamiento y manutención, su realidad se encuentra documentalmente acreditada.

Respecto de esta clase de reclamaciones, referidas al reintegro de los gastos generados por la atención prestada fuera del sistema, venimos manifestando en dictámenes precedentes 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. Ello no impide la formulación por parte de la interesada de una reclamación de responsabilidad patrimonial comprensiva del importe de los gastos en los que incurrió al recurrir a centros que están fuera del sistema, 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 la perjudicada 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.

En el caso de que se trata, ha de partirse de la asunción de responsabilidad por la propia Administración reclamada que en la propuesta de resolución concluye que se “privó a la interesada de un tratamiento que fue llevado con éxito en la medicina privada y que permitió la supervivencia de la misma”, lo que se atribuye a “la falta de coordinación entre los Servicios de Cirugía General del (Hospital `X´) y Oncología Médica del (Hospital `Y´)”. Parece que la decisión de no aplicar quimioterapia ni, en definitiva, más tratamiento que el sintomático, se vio condicionada en gran parte por la consideración del tumor como irreseccable (así consta en los informes del Servicio de Cirugía General y Digestivo del Hospital `X´, de 19 de agosto de 2015, y de Oncología Médica del Hospital `Y´), pese a que en realidad no reunía criterios de irreseccabilidad según viene a reconocer el Servicio de Cirugía General y Digestiva del Hospital “X” en su informe de 19 de diciembre de 2016.

Por tanto, acreditada la efectividad del daño y su imputabilidad al

servicio público sanitario en los términos expuestos, la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada ha de ser estimada, debiendo en consecuencia indemnizarse a la perjudicada por importe de 75.719,49 €.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias y, una vez atendidas las observaciones esenciales contenida en el cuerpo de este dictamen, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a ..... en los términos señalados.”

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.