

Expediente Núm. 50/2019
Dictamen Núm. 93/2019

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 29 de marzo de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por mayoría el siguiente dictamen. Formuló voto particular, que se adjunta como anexo, la Consejera doña María Isabel González Cachero:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 22 de febrero 2018 -registrada de entrada el día 27 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que atribuye al retraso diagnóstico de un tumor renal que le obligó a acudir a la sanidad privada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 13 de julio de 2018, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad

patrimonial por los daños y perjuicios que atribuye al retraso diagnóstico de un tumor renal que le obligó a acudir a la sanidad privada.

Expone que como consecuencia de sus “persistentes dolores de espalda (...) el Servicio de Traumatología” del Hospital juzgó necesario realizar una RMN que se le efectuó el 19 de mayo de 2015, y que en el informe correspondiente, “aparte de los diagnósticos para cada una de las zonas lumbar y cervical”, se indica que “incidentalmente, de forma parcial, se objetiva una lesión de 4,3 cm dependiente de la superficie posterior del polo inferior del riñón izquierdo de difícil caracterización (...) y que requiere la evaluación complementaria mediante eco dirigida”.

Señala que pasó “consulta el 2-06-2015 en el Servicio de Traumatología” y que le hizo entrega a la especialista del “informe y el CD” de la resonancia, sin que esta hubiera hecho “mención alguna, ni de palabra ni por escrito, sobre el hallazgo incidental (...) ni sobre la realización de una eco dirigida”, precisando que tampoco le “derivó a Nefrología”.

Refiere que “en septiembre de 2017”, ante la persistencia de los “dolores de espalda”, acudió a una consulta privada en la que, al ver la RMN de 2015, le preguntaron “sobre la evolución del tumor de riñón izquierdo”, siendo en ese momento en el que tiene noticia de la lesión “compatible con un tumor”. Pone de manifiesto que se le practicó entonces otra RMN “que confirmó el diagnóstico anterior y también el hallazgo en el riñón izquierdo”, a la vista de lo cual acudió a un urólogo que le efectuó una nueva prueba diagnóstica el 9 de noviembre de 2017 (TAC) que confirmó la presencia de una masa en el riñón “compatible con un Ca. renal como primera posibilidad diagnóstica”, y aconsejado por él, “tras más de dos años de retraso en el diagnóstico del tumor, que se había mostrado asintomático, y ante la urgencia de extirparlo cuanto antes, incompatible con las listas de espera de la sanidad pública, el 27-11-2017” se sometió “a una nefrectomía parcial del riñón izquierdo en el Centro Médico de Asturias. El tumor (...) resultó `carcinoma renal de tipo no especial (...) no papilar (carcinoma de células claras) de 39 mm de diámetro

máximo, grado histológico 2 (...) que no emboliza espacios angiolinfáticos ni infiltra la cápsula renal”.

Afirma que “como consecuencia de esa defectuosa asistencia sanitaria (...) el tratamiento médico y quirúrgico adecuado (...) se retrasó más de dos años, empeorando mi salud y teniendo que acudir a servicios privados para detectarlo y corregirlo, con el consiguiente perjuicio personal (mayor tiempo de curación), moral (zozobra, inquietud, desamparo) y material (coste de las pruebas e intervención), lo cual no tengo el deber de soportar”.

Sobre la cuantificación de los daños y perjuicios, solicita cuarenta y cinco mil sesenta y siete euros con setenta y siete céntimos 45.067,77 €), que desglosa en los siguientes conceptos: 922 días de “perjuicio personal básico” por la “demora en la asistencia”, que contabiliza entre la consulta en la sanidad pública el día 2 de junio de 2015 y el alta el 20 de diciembre de 2017, 27.660 €; daños materiales consistentes en el importe sufragado para obtener el diagnóstico y la extirpación del tumor, 11.407,77 €, y daño moral (“zozobra e inquietud”), 6.000 €.

Junto con la reclamación, aporta: a) Informe de RMN privada, de 19 de mayo de 2015. b) Informe clínico de seguimiento de consulta externa del Servicio de Neurocirugía de la sanidad pública. c) Informe de RMN privada, de 2 de octubre de 2017. d) Informe de escáner privado, de 9 de noviembre de 2017. e) Informe de alta de una clínica privada, de 20 de diciembre de 2017. f) Informe de Anatomía Patológica de la clínica privada. g) Siete facturas de la asistencia médica privada.

2. Con fecha 17 de julio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas traslada a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias una copia de la reclamación recibida.

3. Mediante oficio notificado al interesado el 31 de julio de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la fecha de

recepción de su reclamación en el referido Servicio, el plazo de máximo de resolución -y notificación- del procedimiento y los efectos del silencio administrativo.

4. El día 20 de agosto de 2018, la Responsable del Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la historia clínica del perjudicado y los informes emitidos por los Servicios de Radiodiagnóstico y Neurocirugía del Hospital Universitario Central de Asturias.

5. Con fecha 17 de septiembre de 2018, y a instancia de la entidad aseguradora del Principado de Asturias, emiten informe colegiado dos licenciadas en Medicina y Cirugía, una especialista en Medicina Legal y Forense y otra máster en Valoración del Daño Corporal y diplomada en Medicina del Seguro. Tras analizar el proceso asistencial, concluyen que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y por lo tanto (...) correspondería desestimar la reclamación”.

6. Mediante oficio notificado al interesado el 21 de diciembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Tras examinarlo y obtener una copia del mismo el 26 de diciembre de 2018, presenta con fecha 11 de enero de 2019 un escrito de alegaciones. En él manifiesta que el hecho de que “el retraso en el diagnóstico no haya conllevado la aparición de síntomas asociados al tumor, el agravamiento de su estadio o la propagación de las células tumorales a otros órganos no convalida el grave error, por omisión (...). Además, el diagnóstico, seguimiento y tratamiento del tumor desde aquel momento en que pudo conocerse su existencia me hubiera permitido acomodar mi estilo de vida a dicha dolencia evitando conductas no convenientes o perjudiciales para el desarrollo o evolución de dicho tumor o la

ingesta de alimentos, bebidas o medicación contraindicada con tal dolencia”, y entiende que se ha producido “una pérdida de oportunidad para mi (haber eliminado el riesgo asociado al tumor mucho antes de lo que ocurrió) y me causaron un daño moral evidente que afecta a mi dignidad como persona y paciente del sistema público de salud (...). Claro que el daño pudo ser mucho mayor, e incluir los perjuicios físicos de que dicho tumor se hubiera agravado, hubiera sido sintomático o hubiera causado una metástasis, lo que, por fortuna no ocurrió. Pero el daño se produjo, aun de índole moral”.

Finalmente, sostiene que en la pérdida de oportunidad “se debe apreciar una cierta pérdida de una alternativa de tratamiento, pérdida que se asemeja en cierto modo al daño moral y que es el concepto indemnizable”.

Concluye instando la indemnización de 45.067,77 € “o, subsidiariamente, la que se estime ajustada a la pérdida de oportunidad y daño moral producidos”, precisando que la “cuantificación del daño puede incluir los tres conceptos o, al menos, algunos o alguno de ellos”.

7. El día 28 de enero de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al entender que se trata “de una consulta de atención especializada” (se refiere a la de Neurocirugía de 2 de junio de 2015) en la que “se procede la valoración en el ámbito limitado y específico de la misma sobre la patología nivel del raquis lumbar y cervical mediante la visualización de las imágenes y comprobación de que la impresión diagnóstica obtenida por Neurocirugía es compatible con la (...) obtenida por el radiólogo, en cuyo informe sobre la referida RNM no recoge en el apartado de impresión diagnóstica el hallazgo a nivel renal descrito en el apartado RN columna lumbar”.

Niega que se haya producido “pérdida de oportunidad” porque “el estadio tumoral no se modificó y por tanto no ha supuesto (un) empeoramiento en el pronóstico ni ha variado las opciones terapéuticas”. Sobre el daño material afirma que el reclamante “una vez que conoce la existencia de la lesión

opta por acudir a la sanidad privada, por lo que atender a esta reclamación supondría una discriminación hacia aquellos pacientes que no puedan financiarse el tratamiento". Por último, entiende que no existe daño moral resarcible, puesto que como "el reclamante alega, ha corrido un riesgo importante por vivir con una `bomba de relojería´ en el cuerpo pero sin haberse producido daño como consecuencia".

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 22 de febrero de 2019, 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.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está el interesado activamente legitimado para formular reclamación de

responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 13 de julio de 2018, habiendo tenido lugar el alta de la intervención quirúrgica de nefrectomía parcial del riñón el día 20 de diciembre de 2017, por lo que es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

En aplicación de la normativa citada, se han cumplido los trámites fundamentales de incorporación de informe de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la ley”. 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 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo

transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

SEXTA.- El interesado solicita una indemnización como consecuencia del retraso diagnóstico de un tumor renal de cuya posible existencia no fue alertado pese a que se objetivó incidentalmente en el curso de una RMN de columna conocida por los servicios públicos sanitarios, lo que le habría obligado a acudir a la sanidad privada. Sobre la base de los hechos que relata, entiende que se ha producido un retraso de más de dos años en el abordaje del tumor, solicita el reembolso de los gastos que satisfizo a la sanidad privada -a la que manifiesta acudir ante la necesidad urgente de intervención quirúrgica- y sostiene que se le ha provocado un daño moral por “zozobra e inquietud” al conocer que durante dos años no se abordó el tratamiento de la grave enfermedad que padecía.

Analizado el expediente, constatamos la realidad del relato de hechos en los que el interesado funda su pretensión indemnizatoria (pese a ciertas inexactitudes materiales que no condicionan el fondo), datos básicos que también reconoce la Administración. En efecto, consta en el expediente que en una consulta de Neurocirugía para valorar algias en la columna vertebral (no de Traumatología, como expone él perjudicado) se solicita RNM a nivel cervical y dorsal; pruebas que el paciente, renunciando a su realización en el ámbito de la sanidad pública, efectúa voluntariamente de forma privada. En el informe radiológico de la clínica privada a la que acude se menciona, “incidentalmente”, la existencia de una “lesión de aspecto nodular” en el riñón, aconsejándose nuevas pruebas diagnósticas, si bien esta observación no se reflejó en el apartado de “conclusiones” de dicho informe. Posteriormente, en la consulta de Neurocirugía de la sanidad pública de 2 de junio de 2015, en la que el

interesado aporta el citado informe de Radiodiagnóstico privado, ni se le advierte, ni se toma medida alguna, en relación con ese nódulo renal del que no tuvo noticia hasta que en una consulta privada de Traumatología en septiembre de 2017 se le menciona, resultando ser tras diversas pruebas practicadas un carcinoma renal que fue objeto de intervención quirúrgica.

Ahora bien, dando por acreditada de esta forma la existencia de alguno de los daños que el interesado refiere (y sin que resulte necesario efectuar ahora un análisis pormenorizado de todos los invocados), este Consejo viene señalando reiteradamente que la mera constatación de un daño surgido con ocasión de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por el interesado 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 advertir que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama. En el caso concreto que analizamos los reclamantes no presentan prueba alguna que sustente sus imputaciones, por lo que este Consejo ha de formar su juicio sobre la base de los informes médicos incorporados al procedimiento por la propia Administración o por su compañía aseguradora.

Constatado el relato básico de los hechos, nuestro pronunciamiento debe determinar, en primer lugar, si la prestación sanitaria se adecuó a los postulados de la *lex artis ad hoc* teniendo en cuenta las condiciones concretas en las que se llevó a cabo. Como ya quedó expuesto, resulta probado que la lesión se objetiva, como un hallazgo casual, en el curso de una exploración de la raquis por una sintomatología ajena a ese posible carcinoma. Pero, lejos de pensar que se trata de un hecho extraordinario o insólito, lo cierto es que nuestra propia experiencia como órgano que conoce de reclamaciones de responsabilidad patrimonial sanitaria pone de relieve que, singularmente en el caso de los cánceres renales (aunque también en otro tipo de patologías) esta forma de diagnóstico es ciertamente habitual, y así se puede comprobar, sin ánimo de exhaustividad, en los Dictámenes Núm. 13/2007, 289/2014 y 128/2015. Además, en el caso concreto que analizamos se recoge en la propuesta de resolución que “el diagnóstico incidental de estos tumores asintomáticos representa actualmente entre el 25-48 % de los casos según las diversas series consultadas”. Por lo tanto, si el “hallazgo” además de casual es también habitual, dada la gravedad de la patología que indiciariamente ha quedado de manifiesto, el sistema sanitario tiene que dar respuesta adecuada a esta forma de presentación de la enfermedad, y consecuentemente se integra

en el concepto de la *lex artis* como conducta exigible a los responsables sanitarios que así se haga. En definitiva, ante ese tipo de descubrimientos no cabe el silencio sino que se impone una conducta proactiva en defensa de la salud del paciente.

Con carácter general, ante sucesos como el examinado son dos profesionales de distinta especialización los concernidos en el hallazgo: de una parte, el que realiza e informa la prueba diagnóstica solicitada y, de otra, el que la o las valora y en consulta directa y personal con los pacientes resuelve sobre el diagnóstico y la terapia correspondiente. A nuestro juicio, ha de ser este último (el único que, según el protocolo habitual, se relaciona directamente con el paciente) quien debe advertirle sobre cualquier otra eventual patología ajena a su propia especialidad. En el caso concreto consideramos que esta obligación de actuar correspondía al Servicio de Neurocirugía que conoció el resultado de la RMN. Y tal conclusión no queda condicionada ni por el hecho de que el informe se hubiera realizado por un especialista de un centro privado, ni por el dato de que ese hallazgo no figurase en las conclusiones del informe, porque lo relevante es que la reseña del nódulo localizado en el riñón constaba, sin duda, en el informe de 19 de mayo de 2015 que aporta el paciente en la consulta de Neurocirugía de la sanidad pública el día 2 de junio de 2015, por lo que debió ser objeto, cuando menos, de una advertencia o valoración. Debemos destacar que en esa necesaria labor de indagación sobre las circunstancias de lo que podría ser el hallazgo novedoso de una grave dolencia los profesionales tienen a su disposición la historia clínica del paciente, lo que les permite, *prima facie*, constatar si verdaderamente se trata de una dolencia desconocida por aquel o si ya está siendo tratado por los especialistas correspondientes. En último término, el diálogo directo con ese paciente debe despejar cualquier duda al respecto, como así lo hizo -según relata el perjudicado- el traumatólogo privado al que acude en septiembre de 2017; conducta que juzgamos conforme con la obligación expuesta.

En definitiva, este Consejo Consultivo considera que ha quedado acreditada la infracción de la *lex artis ad hoc* en la consulta del Servicio de

Neurocirugía de 2 de junio de 2015, en la medida en que no se advierte al interesado sobre el hallazgo incidental de un nódulo en el riñón que ponía de manifiesto una posible patología de carácter grave.

SÉPTIMA.- Constatada la infracción de la *lex artis*, resta nuestro pronunciamiento sobre los daños acreditados y la indemnización que, en su caso, proceda.

Según lo expuesto, el perjudicado entiende que se ha producido un retraso de 922 días en la asistencia sanitaria que debe ser indemnizado, que procede el reembolso de los gastos abonados a la sanidad privada y que se le ha de indemnizar también el daño moral causado (“zozobra e inquietud”) al conocer que durante dos años no se abordó el tratamiento de la grave enfermedad que le aquejaba.

Por lo que se refiere al primero de los daños, este Consejo Consultivo coincide con el razonamiento expuesto en la propuesta de resolución de que no se ha probado que el retraso en el abordaje de la lesión renal le haya supuesto al interesado una “pérdida de oportunidad”. En efecto, de la documentación incorporada al expediente se desprende que el “estadio tumoral no se modificó y por tanto no ha supuesto (un) empeoramiento en el pronóstico ni ha variado las opciones terapéuticas”. Por ello, se concluye en la propuesta de resolución que “la actuación médica no ha causado daño o resultado lesivo alguno”. En idéntico sentido se muestra la pericial médica incorporada a aquel a instancia de la entidad aseguradora del Principado de Asturias al señalar que “en este caso no se modificó el estadiaje del tumor, la enfermedad permaneció estable a nivel local y sin diseminación a distancia”, lo que asume el propio interesado cuando afirma en su escrito de alegaciones que el hecho de que “el retraso en el diagnóstico no haya conllevado la aparición de síntomas asociados al tumor, el agravamiento de su estadio o la propagación de las células tumorales a otros órganos no convalida el grave error (...). Claro que el daño pudo ser mucho mayor, e incluir los perjuicios físicos de que dicho tumor se hubiera agravado, hubiera sido sintomático o hubiera causado una metástasis, lo que, por fortuna

no ocurrió". Por lo tanto, si el reclamante no ha acreditado, y los informes obrantes en el expediente niegan de modo expreso que como consecuencia del retraso en el abordaje del tumor se haya producido un daño consistente en el agravamiento de la enfermedad, o una pérdida de oportunidad de un mejor pronóstico, o de alternativas terapéuticas menos invasivas, debemos descartar la posible indemnización por este concepto.

Con relación al reembolso de los gastos satisfechos a clínicas privadas, consideramos que dicha petición también debe desestimarse. Este Consejo ya se ha referido en supuestos similares a la diferencia entre la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que se contempla de forma específica en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la Cartera de Servicios Comunes del Sistema Nacional de Salud y el Procedimiento para su Actualización, y la de responsabilidad patrimonial (por todos, Dictamen Núm. 232/2013), a cuyas conclusiones nos remitimos.

En el caso objeto de dictamen, constatamos que la asistencia privada no se produce en el contexto de una amenaza vital urgente que no pudiera ser resuelta por la sanidad pública, sino debido al abandono voluntario del sistema público. Por tanto, nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial comprensiva del importe de los gastos sanitarios en los que se haya incurrido a consecuencia de su tratamiento, si bien dicha responsabilidad patrimonial ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole.

Pues bien, para justificar esta decisión personal de acudir a la sanidad privada el interesado alude a la "urgencia" en acometer la intervención quirúrgica, "incompatible con las listas de espera de la sanidad pública", y a la "desconfianza generada hacia los servicios públicos de salud".

Este Consejo ya se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre las circunstancias en las que la desconfianza en el sistema público resulta legítima y, por tanto, puede dar lugar al reembolso de esos gastos privados. Así, ha manifestado (por todos, Dictámenes Núm. 56/2013 y 17/2017) que para

considerar legítimo el abandono del servicio público sanitario hemos de atender a consideraciones objetivas y subjetivas. En primer lugar, “desde el punto de vista objetivo, ha de constatarse la existencia de una infracción trascendente de la *lex artis* en el proceso diagnóstico o asistencial que justifique objetivamente esa pérdida de confianza, y ha de quedar igualmente acreditado que esa infracción de la *lex artis* es susceptible de producir un daño cierto en la salud del paciente, en sus posibilidades de curación o en su esperanza de vida, para lo cual hemos de efectuar un juicio de regreso sobre la entidad de la patología finalmente diagnosticada (...). De otra parte, desde el punto de vista subjetivo, ha de apreciarse que el paciente actúa de buena fe, ejerciendo una opción condicionada por las circunstancias del caso, sin que se perciba un ánimo premeditado de abandonar el servicio público invocando la desconfianza como pretexto para endosar el coste de su libre elección a la Administración pública y justificar la exigencia posterior de una reparación del daño patrimonial sufrido. Y para ello hemos de valorar si la desconfianza generada pudo haber sido resuelta en el seno del propio servicio público por los cauces habituales; juicio en el que constituye un indicio el hecho de si el paciente, por ejemplo, conocida la necesidad de una prueba diagnóstica o de una cirugía, abandona de modo inmediato el sistema público para realizar dichas prácticas en la medicina privada sin dar la menor oportunidad a aquel de efectuarlas”.

En el presente caso, desde el punto de vista objetivo resulta nítido que en la consulta de Neurocirugía tantas veces citada no se le informó, como resultaba exigible, del posible padecimiento de una enfermedad grave. Sin embargo, desde el punto de vista subjetivo, el interesado no puede invocar, a la vista de lo sucedido en una determinada consulta, una desconfianza total en el sistema público o en todos sus profesionales para instar el reembolso de los gastos vía responsabilidad patrimonial. Además, realiza una afirmación subjetiva (la urgencia de la intervención era incompatible con las listas de espera) cuando ni siquiera conoce cuál era el tiempo de espera para esa concreta operación en la sanidad pública, a la que nunca más acude. En consecuencia, estimamos que el abandono inmediato del sistema público tras la

primera consulta, sin darle la menor oportunidad de efectuar las pruebas diagnósticas y la intervención quirúrgica subsiguiente, cercena la posibilidad de entender legítimo el abandono voluntario y precipitado del sistema por esa pérdida de confianza, y por ello debe el reclamante asumir las consecuencias pecuniarias de tal decisión.

Respecto al daño moral invocado, el perjudicado afirma que cuando en septiembre de 2017 tuvo conocimiento de la sospecha de un posible tumor que habría podido ser conocido en la consulta de junio de 2015 sufrió un daño moral consistente en “zozobra e inquietud” que califica de muy intenso.

Con carácter general, este Consejo Consultivo viene declarando (por todos, Dictamen Núm. 134/2015) que “la exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante, aun siendo liviana, existe, y aunque se atempere la carga de su demostración no basta con su mera afirmación para tenerlo como cierto”, si bien, como pusimos de manifiesto en nuestro reciente Dictamen Núm. 56/2019, cabe presumir o deducir “la realidad del daño moral en atención a la gravedad de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto cuando el daño invocado reviste tal entidad que permite su apreciación, sin necesidad de prueba específica”, que ejemplificábamos “en los supuestos de fallecimiento de familiares directos (por todos, Dictamen Núm. 51/2018) o en un aborto natural (Dictamen Núm. 108/2015). También hemos apreciado la existencia de daños morales en los familiares cercanos por la pérdida de restos en un cementerio (Dictámenes Núm. 91/2008 y 104/2015)” y en los casos de anulación de procesos selectivos con la obligación de reiterar las pruebas en especiales circunstancias (entre otros, Dictámenes Núm. 13 y 17/2019). En la misma línea, la jurisprudencia ha señalado que, a pesar de la indeterminación y subjetividad del concepto del daño moral, más amplio que el clásico *pretium doloris* y comprensivo de distinta graduación según su intensidad, descartadas situaciones de mero malestar, incertidumbre e incomodidad, su apreciación puede inferirse sin necesidad de prueba en ocasiones cuando el propio “supuesto de hecho” lo revela implícitamente (Sentencia del Tribunal Supremo

de 19 de febrero de 2008 -ECLI:ES:TS:2008:516-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.^a).

En el presente caso nos enfrentamos a determinar si en el momento en que el interesado recibe, en septiembre de 2017, la noticia del posible padecimiento de un carcinoma (lo que no se pudo confirmar con absoluta certeza hasta el resultado del análisis anatomopatológico del tejido extraído) se puede presumir una mayor intensidad en su “zozobra e inquietud” atribuible precisamente a que adquiere conciencia del retraso asistencial, y no solo al conocimiento mismo de la grave enfermedad. A nuestro juicio cabe presumir ese plus de alteración psíquica, esa ansiedad, angustia o zozobra como sensación anímica de inquietud, pesadumbre, temor o presagio de incertidumbre, situaciones calificadas jurisprudencialmente como daño moral (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2006 -ECLI:ES:TS:2006:4420-, Sala de lo Civil, Sección 1.^a), relevante a los efectos analizados porque resulta razonable deducir que cualquier persona adulta, ante hechos como los relatados, habría considerado inevitable la progresión de la enfermedad a lo largo de esos dos años, lo que contribuiría a ensombrecer el pronóstico sobre sus posibilidades de curación.

En ausencia de otros datos que puedan contribuir a la cuantificación del daño moral, si bien el propio reclamante lo cifra en 6.000 €, debemos tener en cuenta que las pruebas diagnósticas de imagen realizadas objetivan que la masa no había crecido de tamaño (la RMN de mayo de 2015 refiere una lesión de 4,3 cm, la RMN de octubre de 2017 le atribuye un tamaño de 4,5 x 4,2 cm y el TAC de noviembre de 2017 señala 43 x 42 x 42 mm), por lo que esa inicial preocupación pudo quedar inmediatamente atemperada por los resultados de las mismas, que parecían indicar que el tumor, benigno o maligno, no había variado de tamaño ni de estadio; que transcurrió un breve lapso temporal entre el conocimiento de la lesión y la extirpación del tumor (aproximadamente dos meses), y que el reclamante -o su entorno familiar- pudo conocer el diagnóstico en su momento con la simple lectura del informe radiológico que tuvo en su poder (*cogitare de lana sua*), lo que no hizo. A la vista de ello, y tomando como

referencia un lapso de tiempo similar en el que se ha mantenido esa situación de zozobra e inquietud en otros supuestos sometidos a nuestra consideración (Dictamen Núm. 67/2019), este Consejo Consultivo estima que debe indemnizarse al interesado en la cantidad de 1.500 € por el daño moral que podemos apreciar en los hechos descritos.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias y, estimando parcialmente la reclamación presentada, indemnizar a en la cuantía de 1.500 €.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.

ANEXO

“VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA –VOCAL DEL CONSEJO CONSULTIVO DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS DOÑA MARÍA ISABEL GONZÁLEZ CACHERO AL DICTAMEN MAYORITARIO RECAÍDO EN EL EXPEDIENTE NÚMERO 50/2019

La Consejera que suscribe disiente del texto del dictamen mayoritario aprobado por el Pleno del Consejo Consultivo el día 29 de marzo de 2019, no compartiendo la decisión adoptada pues entiende que no procede declarar la responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias por daños morales.

Para la fundamentación jurídica de la posición que sostengo, me remito íntegramente a los Votos Particulares formulados por quien suscribe a los Dictámenes números 13/2019, 14/2019, 15/2019, 16/2019 y 17/2019 aprobados por el Pleno en su reunión de 17 de enero de 2019.

Como en aquellos Votos Particulares se indicaba, solo se hará referencia a los daños morales que se presumen en el Dictamen aprobado por mayoría para proceder, en su conclusión, a su indemnización a tanto alzado.

El principio general de derecho de la *restitutio in integrum* se predica del derecho de daños, tanto en la justicia civil como administrativa, y precisando la STS de 23 octubre de 2015 (rec. 2017/2013) que «deben ser calificados como daños morales, cualesquiera que sean los derechos o bienes sobre los que directamente recaiga la acción dañosa, aquellos que no son susceptibles de ser evaluados patrimonialmente por consistir en un menoscabo cuya sustancia puede recaer no sólo en el ámbito moral estricto, sino también en el ámbito psicofísico de la persona y consiste, paradigmáticamente, en los sufrimientos,

padecimientos o menoscabos experimentados que no tienen directa o secuencialmente una traducción económica”

También ha señalado reiteradamente la doctrina y la jurisprudencia que el daño debe ser cierto, verdadero e indubitable.

Resulta evidente que los daños morales revisten una intrínseca dificultad probatoria pero ello no nos puede llevar a presumir dichos daños por la mera afirmación del interesado como así sucede en el Dictamen aprobado por mayoría. Para la indemnización de un daño moral no basta una reclamación genérica, como es el caso, sino que se requiere una mayor concreción y acreditación.

En el caso que se somete a consideración entiende quien suscribe que no cabe declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración por daño moral dado que éste no ha sido acreditado y, en consecuencia, no procede indemnización alguna por este concepto. Y esta doctrina es la que viene manteniendo el Consejo Consultivo del Principado de Asturias desde el inicio de su andadura.

En efecto, en palabras de este Consejo Consultivo “la exigencia de prueba del daño moral jurídicamente relevante pesa sobre quien reclama, y aun siendo liviana, existe, de ahí que, “aunque se atempere la carga de su demostración no basta con su mera afirmación para tenerlo como cierto” (Dictámenes Núm. 134/15, 184/17 y 209/2018). También ha señalado este Consejo que “aunque el daño moral tiene un carácter abstracto, espiritual y subjetivo, a fin de efectuar una valoración jurídica y económica ha de determinarse su existencia real. Para ello no es posible indagar en la inmanencia del ser doliente; en cambio, sí cabe examinar si ese daño moral trasciende de un daño real que no había por qué soportar (Dictámenes Núm. 6/2018 y 160/2018). En este sentido, como se indica en el Dictamen Núm. 184/2018, “La prueba del daño moral ha de evidenciar la existencia de manifestaciones físicas o psíquicas de entidad suficiente como para hacer real,

efectivo y evaluable económicamente ese malestar según establece la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo al declarar 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 mera 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-de 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)".

Pues bien, en el Dictamen aprobado por la mayoría del Pleno frente al que se formula el presente Voto Particular se modifica, a mi entender, esta doctrina consolidada del Consejo Consultivo relativa a la exigencia de prueba de los daños y se sustituye por la de presunción de los mismos sin motivación alguna.

En los Votos Particulares a los Dictámenes números 13/2019, 14/2019, 15/2019, 16/2019 y 17/2019 se advirtió por quien suscribe que "para justificar el criterio sostenido de presunción de la realidad de los daños morales se citan como precedentes unos Dictámenes que se relacionan y en los que **no se mantiene** la tesis que se dice que mantienen en el Dictamen aprobado".

Pese a dicha advertencia, extraña y sorprende a quien suscribe que en el presente Dictamen la mayoría del Pleno reitere y altere, una vez más, el contenido de unos dictámenes para citarlos como precedentes y único fundamento de la postura que se mantiene, que, se insiste, no se ajusta a la realidad.

Así, en el Dictamen aprobado por mayoría se indica que "*este Consejo viene presumiendo o deduciendo la realidad del daño moral en atención a la*

gravedad de las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, cuando el daño invocado reviste tal entidad que permite su apreciación, sin necesidad de prueba específica”, que ejemplificábamos “en los supuestos de fallecimiento de familiares directos (por todos, Dictamen Núm. 51/2018) o en un aborto natural (Dictamen Núm. 108/2015). También hemos apreciado la existencia de daños morales en los familiares cercanos por la pérdida de restos en un cementerio (Dictámenes Núm. 91/2008 y 104/2015)” y en los casos de anulación de procesos selectivos con la obligación de reiterar las pruebas en especiales circunstancias (Dictámenes Núm. /2019 sic).

Pues bien, como ya se indicó en su momento, revisados los dictámenes invocados (www.ccasturias.es), y como se verá en su análisis pormenorizado, **resulta que los citados Dictámenes mantienen el criterio que se sostiene en el presente Voto Particular** puesto que en ninguno de ellos se presumen los daños sino que, en algunos, se desestima la reclamación de responsabilidad patrimonial por falta de prueba de los daños reclamados y, en otros, dichos daños resultan acreditados y valorados en el expediente y así lo manifiesta la propuesta de resolución de la autoridad consultante.

En efecto, en el **Dictamen núm 51/2018** (*fallecimiento de familiares directos*) se dice textualmente que *“también ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En este caso, las interesadas no aportan prueba alguna de las imputaciones que sostienen...”* Y se concluye que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada

En el segundo dictamen citado, **el 108/2015** (*aborto natural*) se llega a la misma conclusión de no declarar la responsabilidad patrimonial. En el cuerpo del Dictamen se indica literalmente *“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....No queda acreditado que las actuaciones sanitarias desarrolladas con anterioridad a la detección de la gestación de cuatro semanas de la paciente hayan afectado a su desarrollo”

En el **Dictamen 91/2008** (*restos cementerio*) no se presume el daño moral sino que éste ya viene reconocido, estimado y valorado por la Entidad consultante. Así, en la propuesta de resolución que se remite al Consejo Consultivo ya *"se tienen en cuenta toda la Jurisprudencia del Tribunal Supremo relativa a los traumas psicológicos producidos por la apertura de diversas sepulturas para identificación de un familiar, de imposible identificación o falta de certeza concluyendo que estamos ante un daño moral apreciando que, en casos análogos, "nuestros Tribunales han valorado como "quantum" indemnizatorio el importe de 3.005 euros"* y en consecuencia se propone dicha indemnización” que es la que finalmente asume el Consejo.

En el **Dictamen 104/2015** (*restos de cementerios*) se contiene una remisión al 91 pero concluye *"que no es posible en el momento actual un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, que ha de retrotraerse el procedimiento...."* Debe destacarse que la propuesta de resolución de la autoridad consultante ya da por acreditado el daño al manifestar que *"debe reconocerse la existencia de nexo causal entre los daños morales... y el funcionamiento del servicio público... porque queda demostrado que los servicios municipales procedieron al desalojo del columbario sin conocimiento de los familiares... incumpliendo el procedimiento legalmente establecido para declarar la caducidad de la asignación en alquiler del columbario, que exige la previa audiencia si pudieran ser identificados los titulares..."*

En definitiva, entiende quien suscribe que en la posición mayoritaria del Pleno del Consejo se mantiene la tesis, carente de fundamento jurídico, de que

la mera invocación de la zozobra o inquietud por el reclamante, sin acreditación alguna del daño moral invocado, genera inmediatamente el derecho a la indemnización del afectado. Tesis con la que estoy en radical desacuerdo por colisionar con la normativa aplicable y la abundante jurisprudencia sobre el daño moral.

En consecuencia, y dado que la prueba de los daños objeto de reclamación no ha sido aportada ni se deduce del expediente, y la existencia de dicho daño no puede ser objeto de presunción como hace el Dictamen aprobado por mayoría, entiende quien suscribe que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y por ende no procede analizar cuantía indemnizatoria alguna.

En base a lo expuesto queda formulado el presente Voto Particular, contrario a la declaración de responsabilidad de la Administración del Principado de Asturias en coherencia con lo argumentado en la sesión plenaria del Consejo Consultivo que aprobó el dictamen y con el máximo respeto a la opinión del resto de los vocales.”

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,