

Dictamen Núm. 197/2021

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
García García, Dorinda
Baquero Sánchez, Pablo

Secretario General:
Iriondo Colubi, Agustín

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 14 de octubre de 2021, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 21 de junio de 2021 -registrada de entrada el día 23 de ese mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños que atribuye a la demora en la valoración y tratamiento por parte del Servicio de Urología.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 11 de septiembre de 2019, el interesado presenta en el registro del Ayuntamiento de Gijón una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida al Servicio de Salud del Principado de Asturias- por los daños y perjuicios que atribuye a la asistencia sanitaria recibida.

Expone que el día 2 de enero de 2019 acude a realizar una ecografía por indicación de su médica de cabecera en la que se observa “un tumor en el hígado de gran tamaño que se calificó como un `hipernefoma renal izquierdo

gigante´”, motivo por el cual aquella “solicita de inmediato consulta” con el Servicio de Urología del Hospital “X” con “carácter de preferente”. Señala que la cita inicialmente prevista para el 28 de marzo de 2019 fue aplazada al 12 de abril de ese año, si bien “dos días antes” le avisan de que el urólogo se ha jubilado y que “no disponen de otro”, por lo que le derivan al Hospital “Y” con la indicación de que le volverán a citar, aunque no le dan una fecha exacta.

Reseña que “dada la gravedad (...) y los dolores abdominales” acude a un urólogo privado el 23 de abril de 2019, quien tras practicarle un TAC le recomienda “la exéresis inmediata”, por lo que “teniendo en cuenta que ni siquiera le habían comunicado la nueva cita” en el Hospital “Y” decide ser intervenido quirúrgicamente en el centro privado.

Afirma que “la atención recibida de los servicios públicos de salud fue totalmente defectuosa, pues hubo una total despreocupación para valorar al paciente (...) y una demora totalmente injustificable ajena a circunstancias del reclamante, y que además puso en peligro su vida, conllevando unas graves molestias y padecimientos”.

Solicita una indemnización de veintinueve mil quinientos setenta y cuatro euros con veintinueve céntimos (29.574,29 €), que desglosa en los siguientes conceptos: gastos médicos derivados del tratamiento y la intervención en un centro privado, 14.530,29 €; perjuicio personal particular en grado “moderado” durante el tiempo transcurrido entre el 8 de marzo y el 13 de junio de 2019, 5.044 €, y daños morales, 10.000 €.

Adjunta a su escrito copia de diversos informes médicos relativos al proceso de referencia, volantes de citación y factura emitida por el centro privado donde fue operado.

2. Mediante escrito de 30 de septiembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al perjudicado la fecha de recepción de su reclamación, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Previa petición formulada por la Instructora Patrimonial designada al efecto, el 17 de octubre de 2019 el Gerente del Área Sanitaria VI le remite un CD que contiene una copia de la documentación solicitada. El Gerente del Área, en el informe librado el 15 de octubre de 2019, confirma que las citas en la consulta de Urología en el Hospital "X" fueron anuladas por los motivos señalados por el interesado. Posteriormente, tras una llamada de la médica de Atención Primaria, "se decide canalización muy preferente" al Servicio de Urología del Hospital "Y" "con fecha 10-04-2019, sin haber anulado `por error´ la petición de cita que tenía prevista" en el Hospital "X", que "finalmente se da para el 15-05-2019". En esta consulta el paciente les comunica que "ya está operado".

4. A continuación, obra incorporado al expediente el informe pericial emitido el 30 de diciembre de 2019 a instancias de la compañía aseguradora de la Administración por una facultativa máster en Valoración del Daño Corporal y diplomada en Medicina del Seguro. En él, tras revisar la documentación aportada, reconoce que "se produjo un retraso de 2 meses por diferentes circunstancias (problemas administrativos, falta de especialista...) desde que se solicitó la cita en Urología de manera preferente el 11-03-2019 hasta que se programó finalmente para el 08-05-2019 (*sic*)", aunque considera que "no existe daño atribuible a la asistencia prestada".

5. Mediante oficio notificado al reclamante el 12 de marzo de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

A petición del perjudicado, el 21 de julio de 2020 el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le envía una copia de los documentos que integran el expediente, y le concede un nuevo plazo de quince días para formular alegaciones.

Con fecha 19 de agosto de 2020, el representante del interesado (acompaña poder notarial) presenta a través del Registro Electrónico un escrito de alegaciones en el que manifiesta su disconformidad con el informe pericial emitido a instancias de la entidad aseguradora y se ratifica en las consideraciones expuestas en la reclamación.

6. El día 1 de septiembre de 2020, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella razona que “el retraso asistencial debe interpretarse en un contexto de la lista de espera” con base en “las propias carencias y limitaciones del sistema de salud, entendiendo que no existe responsabilidad como consecuencia de una demora de este carácter que no ha generado pérdida de oportunidad terapéutica a (la) vista de la coincidencia de estadio tumoral inicial y anatomopatológico”.

7. Mediante escrito de 18 de septiembre de 2020, esa Presidencia solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento seguido.

8. El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el 11 de febrero de 2021, dictamina que no es posible un pronunciamiento debidamente motivado sobre el fondo de la cuestión planteada, y que debe retrotraerse el procedimiento al objeto de “completar la instrucción” con la emisión de un informe por parte del Servicio de Urología del hospital que determine “si está justificada la inmediatez con la que se intervino al paciente en la sanidad privada o si, por el contrario, la exéresis del tumor podría haber esperado a ser realizada en un hospital público”. Asimismo, se interesa que se aclare “si la ecografía abdominal se practicó el 2 de enero de 2019 -como sostiene el reclamante- o el 8 de marzo de 2019, como afirma el Gerente del Área Sanitaria VI, dado que existen documentos que apoyan una y otra versión”.

Practicados los anteriores actos de instrucción y “evacuado el correspondiente trámite de audiencia y formulada otra propuesta de resolución habrá de instarse nuevamente el dictamen de este órgano”.

9. Mediante oficio de 8 de marzo de 2021, la Instructora Patrimonial actuante solicita a la Gerencia del Área Sanitaria VI un informe en el que el Servicio de Urología se pronuncie sobre los extremos indicados por el Consejo Consultivo.

El día 19 de marzo de 2021, el Gerente del Área Sanitaria VI traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios un escrito en el que la Responsable de la Oficina de Atención al Ciudadano comunica, “con respecto a la solicitud de informe por parte del Servicio de Urología”, que “no existe dicho servicio en este hospital./ El paciente iba a ser visto” en el Hospital “Y” “el 8 de mayo de 2019 y anuló la cita porque fue intervenido en el centro privado el 29-4-2019”. Con respecto a la ecografía, señala que “se citó en primer lugar el 2 de enero de 2019, al no ajustarse al Decreto de Garantía se derivó” a un centro privado de imagen diagnóstica “que el paciente rechazó, por lo que se le citó posteriormente el 8 de marzo aquí”.

Con posterioridad se recibe un informe suscrito el 30 de marzo de 2021 por la Responsable de la Oficina de Atención al Ciudadano en el que se aclara que la ecografía se realizó el 8 de marzo de 2019. Adjunta tres capturas de pantalla con el histórico de las citas del paciente.

En cuanto al informe del Servicio de Urología, el 14 de abril de 2021 emite informe un facultativo de Área en el que señala que “una masa renal (...) de más de 12 cm de diámetro máximo (...) correspondería a un estadio clínico cT2b-cT3a, es decir, a un tumor renal localmente avanzado (...). El pronóstico de los tumores renales viene determinado por su estadio y grado tumoral, siendo el tamaño tumoral uno de los condicionantes de la valoración clínica inicial”. Añade que “la dinámica de crecimiento de los tumores renales suele ser lenta (0,5-1 cm/año)”, por lo que “es fácil inferir que 6 meses antes de su diagnóstico casual el tumor ya era superior a 10 cm y sería previsible

pensar que 6 meses después el tamaño tampoco se incrementaría significativamente”.

10. Mediante oficio notificado al reclamante el 4 de mayo de 2021, la Jefa de la Sección de Apoyo de la Dirección General de Política y Planificación Sanitarias le comunica la apertura de un segundo trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una copia de los nuevos documentos incorporados al expediente.

El día 24 de mayo de 2021, el interesado presenta un escrito en el que reitera las imputaciones ya expuestas en su reclamación.

Acompaña una copia de la escritura pública por medio de la cual confiere su representación a los letrados y procuradores que se especifican.

11. Con fecha 28 de mayo de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora una nueva propuesta de resolución en sentido desestimatorio, reproduciendo íntegramente las conclusiones de la suscrita el 1 de septiembre de 2020.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 21 de junio de 2021, 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 Salud, 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 asistencia que motiva la reclamación es el retraso en la valoración y tratamiento de un carcinoma renal detectado en marzo de 2019, por lo que, habiéndose presentado aquella el día 11 de septiembre de 2019, es claro que la acción se ha ejercitado 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 del servicio afectado, 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 que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 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.

SIXTA.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial por los daños que el reclamante imputa a la demora en la valoración y tratamiento de una neoplasia maligna de riñón.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que el interesado fue diagnosticado de un “hipernefroma renal gigante” mediante una ecografía abdominal, motivo por el cual es derivado con carácter preferente al Servicio de Urología del hospital. Consta probado que la consulta, solicitada como preferente, fue retrasada en dos ocasiones, por lo que acude a un centro privado donde le realizan un TAC que confirma la presencia de un carcinoma de células renales, descubriéndose un segundo nódulo cortical de 24 mm, también compatible con carcinoma, y “teniendo en cuenta que ni siquiera le habían comunicado la nueva cita” en el Hospital “Y” decide ser intervenido quirúrgicamente en el centro privado.

Resulta acreditada, por tanto, la efectividad del daño alegado en los términos que el reclamante plantea, sin perjuicio de la valoración que quepa efectuar en el caso de que se concluya que concurren los requisitos legales para una declaración de responsabilidad patrimonial.

Por lo que se refiere a los gastos derivados de la atención dispensada en la sanidad privada, es preciso distinguir, tal y como venimos afirmando reiteradamente (entre otros, Dictamen Núm. 182/2017), entre el ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de 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. En el asunto examinado, constatamos que la asistencia privada a la que se alude en la reclamación no se produce en el contexto de una amenaza vital urgente que no pudiera ser resuelta por la sanidad pública, sino que se demanda como consecuencia de un retraso de dos meses en la valoración por el especialista, lo que motivó que el reclamante acudiera a un centro privado. Por tanto, nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial comprensiva del importe de los gastos sanitarios en los que haya incurrido a consecuencia de esa actuación, si bien dicha responsabilidad patrimonial ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole.

Consecuentemente, tanto para estos gastos como para el daño moral y los "perjuicios físicos" que el reclamante manifiesta haber sufrido, debemos analizar si nos hallamos ante un daño antijurídico -esto es, un daño que el perjudicado no tuviera la obligación de soportar- y si el mismo tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento del servicio público sanitario.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 80/2020), 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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

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

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento. El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que la mera constatación de un defecto o retraso en el diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También ha subrayado este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 246/2017, 285/2019 y 184/2020) que corresponde a quien reclama la prueba

de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*). Fuera de esos supuestos, 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 supuesto planteado el reclamante afirma que “la atención recibida de los servicios públicos de salud fue totalmente defectuosa, pues hubo una total despreocupación para valorar al paciente (...) y una demora totalmente injustificable ajena a circunstancias del reclamante, y que además puso en peligro su vida, conllevando unas graves molestias y padecimientos”. Funda su reproche en la anulación de dos citas en el Servicio de Urología del hospital, pese a que desde el centro de salud se había solicitado valoración con carácter preferente.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que la facultativa de Atención Primaria solicitó en octubre de 2018 la realización de una ecografía de abdomen completo por alteración de la analítica sanguínea, hallándose en la misma una “gran masa retroperitoneal izquierda, heterogénea, con áreas quísticas y solidas de más de 13 x 13 x 10 cm”, compatible con “hiper nefroma renal izquierdo gigante”, por lo que el 11 de marzo de 2019 solicita interconsulta “preferente” con el Servicio de Urología del hospital. Existe discrepancia sobre la fecha en la que se realizó dicha prueba de imagen, pues el reclamante señala que se llevó a cabo el 2 de enero de 2019, mientras que el Gerente del Área Sanitaria VI indica en su informe que, “dado que entró en vigor el `Decreto 59/2018, de 26 de septiembre (...)´, se le ofrece al paciente el 27-11-2018 la posibilidad de ser derivado a centro concertado (...) para hacer la prueba en tiempo y forma, que el paciente rechaza perdiendo con ello el tiempo de garantía establecido./ Por tanto, el paciente es citado el 08-03-2019 en el Servicio de Radiología del Hospital `X´, día en el que se hace la prueba con el hallazgo descrito, siendo (...) informada el mismo día”. Pues bien, a la luz de la documentación remitida

tras la retroacción de las actuaciones acordada en el Dictamen Núm. 19/2021 para aclarar, entre otras, esta cuestión, es claro que la referida prueba se realizó el 8 de marzo de 2019. La Responsable de la Oficina de Atención al Ciudadano explica que si bien la prueba se programó inicialmente para el 2 de enero de 2019 -por lo que el paciente puede tener el volante de citación con esta fecha-, posteriormente se reprogramó "al no ajustarse" al Decreto 59/2018, de 26 de septiembre, sobre Garantía de Tiempo Máximo de Acceso a las Prestaciones Sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias, Información sobre Listas de Espera y Registro de Demanda Asistencial del Principado de Asturias, "y se le ofreció la posibilidad de hacerla en tiempo y forma, en dos meses", en una clínica privada en Gijón. Señala que "el paciente rechazó la derivación (...), con lo que con fecha 11 de enero de 2019 se le da cita por carta para el 8 de marzo, que fue cuando se realizó la ecografía". Acompaña a su escrito capturas de imagen con las citas del paciente que corroboran lo informado por la Oficina de Atención al Ciudadano (folios 144, 145 y 146).

Sentado lo anterior, procede reseñar que una vez comunicado el resultado de la ecografía al paciente -11 de marzo de 2019- su médica de Atención Primaria solicita valoración preferente en el Servicio de Urología, programándose la consulta para el día 28 de marzo de 2019. Sin embargo, dos días antes le posponen la cita hasta el 12 de abril de 2019, consulta que se anula nuevamente sin ofrecerle en ese momento una nueva fecha, por lo que decide no esperar y el 23 de abril de 2019 acude a un centro privado que confirma el hallazgo de una gran masa en la zona del riñón izquierdo altamente sugestiva de carcinoma de células renales, descubriéndose además un segundo nódulo cortical también compatible con carcinoma y recomendándosele la exéresis inmediata. El día 29 de ese mismo mes el paciente decide someterse en el centro privado a una nefrectomía radical izquierda.

En este contexto, para un mejor análisis de la reclamación analizada debe depurarse, en primer lugar, si la demora en ser atendido por el Servicio

de Urología constituye un retraso diagnóstico susceptible de ser resarcido y, en segundo lugar, si está justificada la inmediatez con la que se intervino al paciente en la sanidad privada.

Respecto a la tardanza en ser valorado por el especialista en Urología, el Gerente del Área Sanitaria VI explica que la primera cita -28 de marzo de 2019- fue anulada porque “se descitan los pacientes de antes de las 12:00 h el día antes porque tras la sesión en ‘Y’ de los jueves” el urólogo “tenía una consulta médica”. Y con relación a la prevista para el 12 de abril de 2019, señala que “es anulada nuevamente (...) por cambios en la planificación debidos a la jubilación del facultativo del Servicio de Urología (...). En este momento se desconocía cómo se iba a proceder con los pacientes de Urología del Área y posiblemente se orientaría al paciente con la información de que (...) se derivarían a ‘Y’ por ser en aquel momento nuestro hospital de referencia”.

Según consta en la historia clínica de Atención Primaria, el 9 de abril de 2019 la médica se pone en contacto con la Jefa de Admisiones del hospital interesándose por la causa del retraso, indicándosele que “no hay urólogo por su jubilación y que de todas formas se derivará al paciente con prontitud al centro de referencia”. El Gerente del Área Sanitaria VI explica que finalmente se le cita para el 13 de junio de 2019, aunque con posterioridad se anticipa para el 15 de mayo de 2019 “porque hasta el 24-04-19 no hubo la primera consulta de esta especialidad en este hospital y hasta ver como se iba a organizar la asistencia se decide los primeros días no descitar a los pacientes previamente ya citados en los días que venían los urólogos de otros servicios”. Por su parte, el autor de la propuesta de resolución defiende que “el retraso asistencial debe interpretarse en un contexto de la lista de espera en base a las propias carencias y limitaciones del sistema de salud”.

Al respecto, ya hemos señalado en ocasiones anteriores (por todas, Dictamen Núm. 155/2017) que la demora en recibir la prestación sanitaria que en cada caso corresponda es consecuencia del sistema de listas de espera instaurado para determinados actos médicos en el seno del servicio público

sanitario. No obstante, tras la aprobación del Decreto 59/2018, de 26 de septiembre, sobre Garantía de Tiempo Máximo de Acceso a las Prestaciones Sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias, Información sobre Listas de Espera y Registro de Demanda Asistencial del Principado de Asturias, se establecen las medidas organizativas necesarias para asegurar el acceso de los pacientes a la primera consulta externa, a las primeras pruebas diagnósticas o primeros procedimientos terapéuticos y al tratamiento quirúrgico programado. En materia de primeras consultas externas en el ámbito hospitalario, el anexo I del citado Decreto expresa el plazo de referencia asociado a cada una, siendo de 60 días en el caso de la especialidad de Urología; si bien en el supuesto analizado la petición se cursó con prioridad preferente (folio 3 de la historia clínica de Atención Especializada), lo que exigía que el paciente fuese atendido en un máximo de 15 días -artículo 20.1.a) del Decreto 59/2018, de 26 de septiembre-.

En el asunto examinado, habiéndose solicitado la consulta el 11 de marzo de 2019, y dado que inicialmente la misma se programó para el día 28 de marzo de 2019, cabe estimar que esta primera cita se encontraba dentro del plazo de referencia para la primera consulta. Ahora bien, cancelada esta dos días antes, se reprogramó para el 12 de abril de 2019 -un mes después de la petición-, siendo nuevamente anulada sin ofrecer al paciente una nueva fecha para la misma hasta que varios días después le citan para el 13 de junio de 2019, sin que conste en el expediente en qué fecha se notificó esta nueva cita al paciente.

En este contexto es claro que se ha rebasado el plazo establecido reglamentariamente para ser valorado de forma preferente por el Servicio de Urología, y procede analizar si esta demora reviste entidad suficiente en el presente supuesto para constituir *per se* una infracción de la *lex artis ad hoc*. Como venimos señalando reiteradamente, "del Decreto invocado se deriva un compromiso en los tiempos de espera ajustado a cada patología y a las circunstancias del paciente y de la urgencia de la intervención y a los medios disponibles -y no un derecho subjetivo a recibir un tratamiento en un

determinado plazo o a ser indemnizado si se rebasa-” (por todos, Dictamen Núm. 211/2020). Y respecto a la problemática de las denominadas listas de espera, en el Dictamen 51/2021 recordamos la doctrina de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, según la cual, “desde la juridicidad de la lista de espera y al margen del reintegro de gastos en centros privados, cabe entender que serán daños jurídicos, luego existe el deber jurídico de soportarlos, los que se refieran a las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación. Por contra, el daño que se sufra será antijurídico cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada” (por todas, Sentencia de 31 de mayo de 2000 -ECLI:ES:AN:2000:3702-).

En el caso analizado, se asignó al paciente una prioridad adecuada a su estado -preferente-, pero se produjeron una serie de irregularidades en la planificación de los servicios que determinaron que el acceso a la primera consulta de un enfermo con una prioridad urgente por un diagnóstico de “hipernefroma renal izquierdo gigante” se demorase tres meses desde su petición. Al respecto, el artículo 6.1 del Decreto 59/2018, de 26 de septiembre, dispone que “El Servicio de Salud adoptará las medidas organizativas necesarias para asegurar el acceso de los pacientes a la primera consulta externa (...), especialmente para las prestaciones y dentro de los plazos de referencia o condiciones de tiempo máximo de acceso establecidas en los anexos primero y segundo”. Y en el apartado 2 se indica que “Para hacer efectivo el acceso a la primera consulta externa (...) la gerencia del área sanitaria asegurará que la planificación de actividad en el ámbito de consultas se realice garantizando de forma prioritaria las citas previstas en las

prestaciones de primera consulta". Sin embargo, en este caso, en el que no concurrían circunstancias excepcionales ni sobrevenidas ajenas a la planificación de los servicios sanitarios, no se establecieron las medidas necesarias para suplir la ausencia del primer urólogo ni la jubilación del segundo, determinando que la asistencia que debía brindarse al paciente en un plazo de 15 días dada la gravedad y urgencia de su patología terminó por programarse tres meses después. Al respecto, procede señalar que el artículo 6 del referido Decreto exige, en su apartado 4, que el servicio de atención al ciudadano de cada hospital configure las agendas de citas de consulta con una antelación de, al menos, seis meses.

En consecuencia, en este concreto supuesto cabe apreciar que la planificación no se realizó con la debida diligencia y anticipación pues, como se indica en el informe de la Gerencia, tras la jubilación del urólogo -que fue la causa que motivó la cancelación de la segunda consulta- estaban a expensas de qué iba a suceder con los pacientes de esta especialidad del Área VI. Además, en ese momento tampoco se le programó una tercera cita ni se le ofreció al reclamante la posibilidad de ser derivado a un centro propio o concertado, como prevé el artículo 6.3 del referido Decreto, sin que a estos efectos pueda aducirse que había perdido la garantía de tiempo máximo de acceso, pues el hecho de haber rechazado anteriormente la posibilidad de hacer la ecografía en un centro concertado no puede influir en el acceso a la primera consulta del especialista una vez que se evidencia el diagnóstico y aquella se solicita con preferencia, porque son dos procedimientos distintos y diferenciados en el propio Decreto.

En definitiva, estimamos que en este caso particular se ha producido un daño anudado a la gestión de las listas de espera susceptible de ser resarcido y que la decisión de acudir a la medicina privada para obtener un diagnóstico adecuado al resultado de la ecografía que anticipaba la presencia de un "hipernefoma renal izquierdo gigante" que debía ser valorado "con carácter preferente" para "proseguir estudios" (informe de resultado de la ecografía realizada el 8 de marzo de 2019 -folio 10-) está justificada, pues se produce

en un contexto de incertidumbre para el paciente que había visto aplazada dos veces la consulta con el especialista *sine die*, sin que concurrieran circunstancias excepcionales ni sobrevenidas que justificaran razonablemente la posposición de la valoración por el especialista, lo que es susceptible de generar en el interesado una zozobra y angustia que se traducen en el padecimiento de un daño moral que no tiene el deber de soportar.

Sin perjuicio de lo anterior, debemos valorar si ese retraso asistencial le ha ocasionado al enfermo un empeoramiento de su estado de salud. Al respecto hemos de recordar que, según doctrina reiterada del Tribunal Supremo, “la caracterización de la ‘pérdida de oportunidad’ se concreta en el grado de incertidumbre que rodea a una determinada actuación médica para constatar en qué medida se hubiera evitado un resultado lesivo, atendida la gravedad del daño, o se hubiera mejorado la situación del paciente de haberse tomado una decisión concreta” (Sentencia de 26 de septiembre de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:4023-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª), y también como “la incertidumbre acerca de que la actuación médica omitida pudiera haber evitado o minorado el deficiente estado de salud del paciente, con la consecuente entrada en juego a la hora de valorar el daño así causado de dos elementos o sumandos de difícil concreción, como son el grado de probabilidad de que dicha actuación hubiera producido el efecto beneficioso, y el grado, entidad o alcance de este mismo” (Sentencia de 19 de octubre de 2011 -ECLI:ES:TS:2011:7060-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4.ª).

En el presente caso, el reclamante no aporta ninguna prueba o pericia que demuestre la existencia de una pérdida de oportunidad terapéutica asociada a ese retraso en la valoración y tratamiento de su enfermedad. En este sentido, la facultativa que informa a instancias de la compañía aseguradora de la Administración sostiene que, a pesar del “retraso para la valoración y posterior tratamiento quirúrgico, no existe daño atribuible a la asistencia prestada”. Y el autor de la propuesta de resolución afirma que “las alternativas terapéuticas y el estadio tumoral en el momento del diagnóstico

no se han modificado en ese periodo de espera, tal como evidencia el análisis anatomopatológico definitivo”. En este sentido, pone de relieve que el informe de Anatomía Patológica que aporta el interesado junto a su reclamación “constata el diagnóstico de carcinoma renal papilar tipo I, que no rebasa la cápsula renal, no infiltra el tejido fibroadiposo perineal ni el seno renal y no hay evidencia de invasión tumoral vásculo-linfática. En la corteza renal hay otro tumor de 2,5 cm de diámetro que corresponde a un carcinoma renal de células claras grado de Fürhman 3, que no rebasa la cápsula renal ni infiltra el tejido fibroadiposo perineal”.

En la misma línea, tras la retroacción de las actuaciones se ha incorporado al expediente un informe librado por el Servicio de Urología el 14 de abril de 2021 en el que se señala que “una masa renal (...) de más de 12 cm de diámetro máximo (...) correspondería a un estadio clínico cT2n-cT3a, es decir, a un tumor renal localmente avanzado (...). El pronóstico de los tumores renales viene determinado por su estadio y grado tumoral, siendo el tamaño tumoral uno de los condicionantes de la valoración clínica inicial”. Añade que “la dinámica de crecimiento de los tumores renales suele ser lenta (0,5-1 cm/año)”, por lo que “es fácil inferir que 6 meses antes de su diagnóstico casual el tumor ya era superior a 10 cm y sería previsible pensar que 6 meses después el tamaño tampoco se incrementaría significativamente”. Frente a tales consideraciones técnicas, ninguna prueba aporta el reclamante para justificar que la demora de dos meses en la valoración y tratamiento del tumor trajo consigo una pérdida de oportunidad resarcible.

En lo que atañe a los gastos de la medicina privada, hemos de recordar que en supuestos similares los Tribunales de Justicia acuden al concepto de “pérdida de confianza” en el sistema público para justificar el hecho de que un paciente acuda a un servicio sanitario privado y pueda obtener, vía responsabilidad patrimonial de la Administración, el resarcimiento de los gastos generados. Se trata de supuestos en los que se advierte una inactividad de la Administración sanitaria durante un largo periodo de tiempo o en los que, en cualquier caso, se ha producido un sensible empeoramiento de la

salud del enfermo sin que la sanidad pública haya sido capaz de dar respuesta satisfactoria a tal deterioro; situaciones que justificarían la pérdida de confianza del paciente en los médicos del servicio público. Es doctrina reiterada de este Consejo que “para que un paciente que abandone la sanidad pública pueda repercutir a título de responsabilidad patrimonial los gastos abonados en la sanidad privada como consecuencia de un defecto o retraso diagnóstico y, en su caso, del subsiguiente retraso asistencial es necesario que concurren, además de las condiciones de carácter general -daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica, nexo causal y carácter antijurídico de la lesión-, determinadas circunstancias de carácter objetivo y subjetivo. 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. Desde el plano subjetivo, ha de apreciarse que el paciente ejerce una opción condicionada por las circunstancias del caso, sin que se perciba un ánimo premeditado de abandonar el servicio público, 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” (Dictamen Núm. 182/2017).

En el caso concreto que analizamos no se cumplen esos condicionantes, toda vez que no ha quedado acreditado que la demora en ser citado para valoración en el Servicio de Urología afectase a las posibilidades de curación o esperanza de vida, y lo actuado pone de manifiesto que el paciente no acude a la medicina privada por una situación de desconfianza inabordable desde el sistema público, sino más bien atendiendo el entendible deseo de recibir un tratamiento con la mayor prontitud posible. De hecho, conforme a la documentación remitida, tras la recomendación del especialista privado de someterse a una rápida exéresis el paciente decide libremente ser intervenido

en el ámbito de la medicina privada sin esperar a ser valorado en el Servicio de Urología -pese a que en ese momento ya era conocedor de que le habían adelantado la cita al 8 de mayo de 2019 (folio 1 de la historia clínica de Atención Primaria)-, ni recabar su práctica por la sanidad pública hurtando así a esta de la posibilidad de ofrecerle los recursos disponibles para realizar dicho tratamiento.

En definitiva, a la vista de los informes médicos que obran en el expediente, el retraso de dos meses en la valoración del paciente no ha tenido incidencia en la progresión del tumor, ni tampoco en el tratamiento a seguir, a la vista de la coincidencia del estadio tumoral inicial y anatomopatológico, lo que impide apreciar la existencia de una pérdida de oportunidad terapéutica susceptible de ser resarcida.

SÉPTIMA.- De acuerdo con lo expuesto y con la documentación presentada por el interesado, que reclama los gastos médicos derivados del tratamiento y la intervención en un centro privado, un perjuicio personal particular en grado “moderado” y los daños morales derivados de “la incertidumbre de no tener fecha de valoración ni de cuan grave era su enfermedad”, consideramos indemnizables los daños morales anudados al retardo en la valoración por el especialista, junto con los gastos correspondientes a la consulta realizada con un especialista en Urología el 23 de abril de 2019, si bien el perjudicado no concreta en su desglose el importe de la misma.

En estas condiciones, a la vista de otros supuestos análogos y atendiendo a la naturaleza de los perjuicios causados y a la reconocida dificultad para su valoración ante la ausencia de parámetros objetivos, este Consejo estima adecuado, acudiendo a un juicio ponderado y prudente, indemnizar al reclamante, por todos los conceptos, en la cuantía de tres mil euros (3.000 €).

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 por, indemnizarlo en los términos expresados en el cuerpo de este dictamen.”

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.