

Dictamen Núm. 180/2024

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

Secretaria:
Vera Estrada, Paz de,
Letrada Adjunta a la Secretaría General

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 24 de octubre de 2024, por medios electrónicos, 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 9 de julio de 2024 -registrada de entrada el día 12 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del retraso diagnóstico de un cáncer de próstata.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 31 de octubre de 2023 el representante del interesado presenta en el Registro Electrónico un escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial, suscrito por el propio perjudicado, por los daños y perjuicios derivados de la falta de diagnóstico de un cáncer de próstata.

Expone que, tras presentar en el mes de mayo de 2021 “dolor en la espalda, acompañado con una orina muy turbia, con olor desagradable y disuria, asociado a problemas miccionales”, su médico de Atención Primaria del Centro de Salud le

diagnosticó en el mes de junio de 2021 una "infección urinaria aguda" para cuyo tratamiento prescribió "tratamiento antibiótico". Refiere que en agosto del mismo año, realizó una analítica "que arrojó una PSA de 22,08 con sedimento de orina normal, siendo diagnosticado de una probable prostatitis ordenando repetir la analítica, PSA y urinocultivo, en dos meses continuando con el tratamiento antibiótico". La analítica se repitió el día 15 de septiembre de 2021 y en ella "la PSA era de 22,44 presentando una leve leucocitosis". Con el cuadro clínico de "molestias urinarias de más de 4 meses de evolución con síndrome miccional y tenesmo, pinchazos a nivel de hipogastrio (...), analítica PSA muy elevada", según se refleja en el correspondiente informe, y el diagnóstico de "prostatitis" se solicita "consulta preferente en Urología". En el mes de octubre de 2021, "dado que ni el dolor ni las dificultades miccionales desaparecían (...) y que no había sido citado por el Servicio de Urología", acudió a un centro privado en el que le realizaron una analítica "de la que resultó un valor de PSA de 25,5 con cultivo negativizado y elemental y sedimento normal". Los resultados de aquella analítica se pusieron en conocimiento del médico de Atención Primaria que se limitó a recetar de nuevo el "antibiótico que venía tomando". Ante el empeoramiento de su estado de salud y dado que no había sido citado aún por el Servicio de Urología, acudió en el mes de noviembre de 2021 a la consulta privada de un especialista que pautó "la realización de una ecografía y de una resonancia magnética" que se realizaron en una clínica privada. El día 12 de noviembre dicho facultativo emitió un informe en el que reflejó lo siguiente: "tacto rectal: próstata grado II endurecida y arrosariada, dolorosa al tacto que plantea el diagnóstico diferencial entre prostatitis crónica vs. adenocarcinoma prostático (...), dada la elevación de PSA persistente, tacto rectal sospechoso se recomienda realizar biopsia prostática previamente a plantear intervención quirúrgica desobstructiva endoscópica sobre la próstata". Manifiesta que, aunque a que dicho informe fue puesto a disposición de su médico de Atención Primaria junto con las pruebas diagnósticas realizadas, "los facultativos (...) se limitaron a prescribirme un tratamiento farmacológico conservador que se mantuvo (...) durante un año y medio en el que, a pesar del agravamiento de mi sintomatología (...), de la

elevación sistemática y alarmante del PSA, y de portar una sonda vesical (...), todo ello con 43 años, no ordenaron la realización de las preceptivas pruebas diagnósticas necesarias (...), no consta ni siquiera que me hubieran hecho, durante este tiempo, un tacto rectal (...), como tampoco ordenaron hacer la biopsia”.

Refiere que el día 30 de noviembre de 2021 fue atendido en primera consulta por un urólogo del Hospital “X”, que rechazó la realización de una biopsia por considerarla “innecesaria” y confirmó el diagnóstico de prostatitis, sin realizar prueba ni exploración física alguna y pasando por alto “que los valores PSA se habían incrementado”, limitándose a pautar tratamiento antibiótico “e intentar la retirada de la sonda (...) a las tres semanas de dicha visita”. La sonda se intentó retirar el 22 de diciembre pero tuvo que colocarse al día siguiente “ante la imposibilidad de orinar (...) a la espera de la segunda consulta en urología”, la cual tuvo lugar el día 27 de diciembre de 2021. En esa ocasión, pese a que presentaba una “PSA de 39,17” y a que “su estado físico se deterioraba de manera evidente”, el urólogo tampoco lo examinó ni le hizo “un tacto rectal, ni ordenó realizar prueba complementaria alguna”, limitándose a prescribir diversa medicación. Se “programó el intento de retirada de la sonda” a los tres meses de dicha consulta, lo que fue imposible. En la consulta del día 17 de junio de 2022 el urólogo “ordena la realización de una cistoscopia preferente, pero no de una biopsia”, lo que el reclamante considera “contrario al protocolo médico por cuanto la guía clínica es clara cuando establece que no debe prescribirse antibiótico para bajar los niveles de PSA”. Destaca que “a esa fecha, era portador de una sonda vesical desde hacía 8 meses y que fueron múltiples las visitas a los diferentes servicios de urgencias, tanto del Hospital ‘X’ como del Hospital ‘Y’”. Señala, además, que el 22 de junio de 2022 le hicieron “una analítica resultando una PSA de 66,19” y el 11 de julio de 2022 la cistoscopia prescrita por el urólogo quien, a la vista de los resultados pautó “EUD preferente” y continuar con el tratamiento antibiótico y la sonda.

Continúa narrando que el día 21 de noviembre de 2022 acudió a la consulta privada de un especialista en Medicina Interna quien, tras reconocerle y practicarle un tacto rectal, sugiere “la nueva realización de analítica, dado que en los últimos

análisis de junio de este año tenía elevadas las PFH, algo que nunca había aparecido” y la realización de una ecografía abdominal teniendo en cuenta “la presentación de tinte subictérico conjuntival y alteraciones del color de las deposiciones (...), añadido a la dudosa percusión dolorosa en zona hepática”; asimismo dado que en el “TR aparece una próstata grande, rugosa y dura” el mismo facultativo recomienda “nueva evaluación por especialista en urología con vistas a biopsia”. Según afirma el perjudicado, facilitó este informe a su médico de Atención Primaria quien pautó una analítica que se hizo el día 22 de noviembre de 2022, en el que la PSA es de 643, “sin que se ordenara, por los facultativos del Servicio de Salud que me trataban prueba alguna ni actuación específica”. Ante “el retraso en la atención” por parte del servicio público, acudió a un centro privado el día 21 de diciembre de 2022 en el que, en el contexto de la realización de una “resección transuretral de próstata” para poder retirar la sonda, se alcanza la sospecha de cáncer de próstata metastásico. Refiere que con tal sospecha acude a la sanidad pública que, tras confirmar el diagnóstico, aborda el tratamiento de la enfermedad. En tal contexto, se le deniega el empleo en su caso del fármaco “apalutamida” pautado por el especialista que le atiende, “por una cuestión económica, aconsejando el uso de abiraterona al considerar dicho fármaco de elección al ser más eficiente con las condiciones económicas vigentes” pese a que los profesionales médicos dejan reflejo en la historia clínica su “disconformidad” con tal decisión.

Entiende que concurre en su caso la falta de adecuación de la asistencia “a las reglas de la *lex artis*”, por lo que considera que debe ser indemnizado por “la pérdida de oportunidad”, que considera “evidente”, junto con los “daños morales” y el reintegro de “los gastos médicos” en la sanidad privada, todo lo cual asciende a “ciento sesenta mil ciento doce euros con setenta y ocho céntimos (160.112,78 €)”.

Adjunta copias del documento nacional de identidad del interesado y de su representante, documento privado de otorgamiento de representación, facturas correspondientes a la asistencia privada y diversos informes médicos.

2. Mediante oficio de 23 de noviembre de 2023, la Jefa de la Sección de Apoyo del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, la designación de la Instructora del procedimiento, así como las normas con arreglo a las cuales se tramitará el mismo y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

Asimismo se pone en conocimiento del reclamante la necesidad de acreditar en debida forma la representación otorgada por su parte, concediéndosele un plazo de subsanación a tal efecto. El citado requerimiento es atendido con fecha 15 de diciembre de 2023.

3. Previa petición formulada por la Instructora del procedimiento, el 13 de diciembre de 2023 el Gerente del Área Sanitaria VI le remite una copia de la historia clínica del reclamante junto con los informes de Atención Primaria y del urólogo del Hospital "X".

El informe de Atención Primaria, de 7 de diciembre de 2023, se limita a reproducir las anotaciones obrantes en el curso asistencial del paciente.

En el informe del Servicio de Urología del Hospital "X" suscrito el 11 de diciembre de 2023, se expresa que durante la primera consulta "no se realizó tacto rectal debido a que fue realizado por otro especialista urólogo en las últimas dos semanas y bajo la sospecha de un proceso inflamatorio prostático (próstata dolorosa al tacto), todo ello sumado al reciente sondaje vesical", señalando que "la terapia proporcionada fue enfocada para el proceso infeccioso que presentaba (...) y en ningún momento para reducir los valores del PSA. El PSA no es un marcador específico de neoplasia prostática tal y como indican las *EAU guideline*", por lo que su aumento "podría estar relacionado con el proceso infeccioso". Destaca que cuando el paciente acude a consultas externas de Urología el 31 de enero de 2022 y 17 de junio de 2022 "no aporta analíticas realizadas en centros privados por lo que desconozco sus valores de PSA", si bien "lo que está claro que la preocupación del paciente era la sonda vesical y por ello solicitó de forma muy preferente la realización de una uretrocistoscopia. Esta técnica tiene el carácter de evaluar la

uretra completamente así como las posibles causas de obstrucción que conllevaban a la imposibilidad de retirada de sonda". El 11 de julio de 2022, se realiza la uretroscopia que evidencia "una uretra pervia" y "ante este hallazgo y debido a la edad del paciente se solicita estudio urodinámico muy preferente para realizar en el Hospital `Y` y posteriormente se realizará control en CEX de Urología (cita que nunca se llevó a cabo)./ La última consulta (...) con el (paciente) tiene lugar el 17-06-22 y (...) no vuelvo a verlo hasta el 17 de enero de 2023, día en que (...) acude a Urgencias" con todos los informes de la sanidad privada que refieren el diagnóstico de cáncer de próstata. Sometido el caso al comité de Uro-oncología del Hospital `Y` el 19 de enero de 2023 se decide realizar una gammagrafía ósea completa, seguir con el tratamiento con "antagonista de la LHRH" e iniciar tratamiento con apalutamida. Sin embargo, este tratamiento con apalutamida se rechaza por la CURMP, "dictando en el informe el uso del acetato de abiraterona ya que consideraban este fármaco de mejor elección al ser más eficiente con las condiciones económicas vigentes".

4. Con fecha 19 de diciembre de 2023, la Instructora del procedimiento solicita a la Gerencia del Área Sanitaria VI, la elaboración de un nuevo informe por parte del Servicio de Urología del Hospital "X" que sea "minucioso, razonado y no descriptivo", y referido "singularmente a los daños y nexos causales invocados por los reclamantes".

El día 22 de diciembre de 2023, el mismo urólogo libra un nuevo informe en el que refleja lo siguiente: "El día 30 de noviembre de 2021 se visitó en CEX de Urología del Hospital `X`" al paciente derivado "desde Atención Primaria por un proceso infeccioso del tracto urinario inferior que precisó de sondaje vesical./ Durante esa visita el paciente aportó una analítica realizada en centro privado donde informaba de un aumento del PSA (...) encuadrable al proceso inflamatorio actual que el paciente estaba teniendo", lo que confirmó posteriormente el "resultado de la resonancia magnética de próstata realizada también en centro privado que informaba de hallazgos radiológicos que sugerían inflamación prostática

(prostatitis)” y “unos cultivos microbiológicos positivos a infección bacterica”. Además, el paciente “aportó un informe de una visita realizada en un centro privado unas semanas antes, donde el urólogo consultor le realizó un tacto rectal informado de próstata dolorosa a la palpación. Por lo que todas las pruebas aportadas por el paciente (radiológicas, bioquímicas, microbiológicas...) apuntaban hacia un proceso infeccioso./ Durante los meses siguientes se llevaron a cabo diferentes tratamientos así como tentativos para intentar la retirada de la sonda vesical (...) ya que era el principal problema del paciente. Debido a los tentativos infructuosos de retirada de sonda vesical se realizó una uretrocistoscopia” y ante “la ausencia de causa justificada de una obstrucción completa de la luz uretral se procedió a solicitar un estudio urodinámico, todo ello, en vistas a la realización (...) de una cirugía desobstructiva, para así poder retirar la sonda vesical./ Después de esta solicitud nunca más se visitó al paciente en el Hospital ‘X’, debido a que acudió a otros centros privados”. Tras la “cirugía desobstructiva en un centro privado”, el análisis anatomopatológico “mostró la existencia de un proceso tumoral prostático”, siendo el diagnóstico, por tanto, “incidental”.

5. A continuación consta en el expediente un informe médico pericial librado el 3 de mayo de 2024 a instancias de la compañía aseguradora de la Administración, por un especialista en Urología en el que concluye lo siguiente: “1. Que en los diferentes diagnósticos de infección urinaria fueron justificados por cultivos de orina y etiquetados como prostatitis agudas./ 2. La sintomatología de tracto urinario inferior que presentaba el paciente era concordante con el cuadro infeccioso persistente./ 3. Que la sintomatología obstructiva asociada era inespecífica y más compatible con el origen infeccioso, que tumoral. El cáncer de próstata no tiene una sintomatología patognomónica./ 4. Que la edad del paciente y la concomitancia de las infecciones no hacía sospechar un diagnóstico tumoral./ 5. Tanto las infecciones como la obstrucción justificaban suficientemente la alteración de los parámetros analíticos./ 6. Y aun así, se evaluó” al paciente “mediante exploraciones transrectales la próstata, en dos ocasiones, siendo estas normales, y con una resonancia magnética

(la exploración con mayor sensibilidad para diagnóstico de cáncer de próstata significativo) que tampoco detectó lesiones, siquiera sospechosas./ 7. Que la obstrucción al flujo miccional fue tratada con distintos esquemas terapéuticos orales dado que por la edad no era planteable, de inicio, la cirugía./ 8. Que durante el seguimiento persistieron los cuadros de infecciones que fueron tratados en cada caso./ 9. Que en noviembre de 2022, con todas las pruebas realizadas, incluyendo cistoscopia y estudio urodinámico (estudio funcional para determinar la causa real de la obstrucción urinaria) y un nuevo marcador, que ahora sí estaba muy alterado, se propone biopsia y cirugía desobstructiva de próstata./ 10. Sobre el procedimiento RTU de próstata (...), que el paciente opta por realizar en centro privado (...). Debe aclararse que no se trató de un tratamiento para el cáncer, sino para la obstrucción”.

Considera que “la asistencia realizada en las distintas unidades asistenciales del (Servicio de Salud del Principado de Asturias) se ajustó en cada momento a la *lex artis ad hoc*” considerando que “el diagnóstico de infecciones urinarias recurrentes y la dificultad miccional” estaban justificadas por “las alteraciones analíticas existentes”, que el estudio con resonancia había descartado patología oncológica, y que el “diagnóstico de cáncer de próstata en pacientes alrededor de los 40 años es menor al 1 % de todos los diagnósticos de cáncer de próstata hasta los 85 años, siendo más prevalente a partir de los 58 años. La posible aplicación de diferentes test calculadores de riesgo (*Prostate Cancer Risk Calculator*) en este caso concreto, no recomendarían realización de estudios complementarios”. Significa que “la única evidencia claramente sospechosa de cáncer (analítica), aparece, justo, un mes antes de la confirmación histológica realizada en centro privado” y “ya en ese momento, se había establecido la necesidad de biopsia y cirugía en el hospital público” del Servicio de Salud del Principado de Asturias, si bien el diagnóstico “se realizó, a solicitud del paciente, de forma incidental, y en otro centro”, para terminar concluyendo que “no puede basarse un diagnóstico previo con pruebas *ex post*, dado que las circunstancias iniciales no justificaban una actuación médica diferente”.

6. Mediante oficio notificado al interesado el 31 de mayo de 2024, la Instructora del procedimiento le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una copia de los documentos obrantes en el expediente.

El día 14 de junio de 2024, el representante del reclamante presenta un escrito de alegaciones reiterándose en los términos de la reclamación.

7. Con fecha 21 de junio de 2024, la Instructora del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. Razona a tal efecto que “el tratamiento indicado fue en todo momento enfocado al proceso infeccioso que presentaba”, el cual podría por sí mismo producir el aumento de los valores de PSA, ya que no es un marcador específico de neoplasia prostática tal y como indican las guías clínicas, considerando además la baja prevalencia de dicha patología para el rango de edad del paciente”, a lo que añade que “el diagnóstico del cáncer de próstata sufrido por el paciente, se ha realizado de forma incidental, en centro privado, al que el paciente se dirigió para realizar una resección transuretral de próstata” que “es la técnica quirúrgica de referencia para el tratamiento de la hiperplasia benigna de próstata, nunca para el diagnóstico del cáncer prostático”.

Concluye que “a falta de pericial de parte que la contradiga, no se ha objetivado mala praxis, ni pérdida de oportunidad alguna en la asistencia dispensada” y que “la actuación médica debe valorarse al momento de la presentación del cuadro clínico *'ex ante'*, cuando todo indicaba que se trataba de un proceso infeccioso, que estaba siendo tratado de forma adecuada, y nunca *'ex post'*, una vez alcanzado el diagnóstico incidental”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de julio de 2024, 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. ERP 2023/141 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, pudiendo actuar por medio de representante con poder bastante al efecto a tenor de lo establecido en el artículo 5 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC).

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la 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 31 de octubre de 2023 y, dado que se asocia al retraso diagnóstico de un “adenocarcinoma de próstata” que se alcanza en el ámbito de la medicina privada el 29 de diciembre de 2022, previas actuaciones asistenciales en la sanidad pública tendentes a despejar la patología y tratamiento que habían comenzado con la detección de una “infección urinaria aguda” por su médico de Atención Primaria en el mes de julio de 2021, cabe concluir que ha sido presentada 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.

SEXTA.- En la reclamación de responsabilidad patrimonial que nos ocupa, el interesado solicita ser indemnizado por el “retraso” diagnóstico y “tratamiento inadecuado” de su dolencia, a lo que asocia tanto una “pérdida de oportunidad” como los consiguientes “daños morales”. Asimismo solicita el reembolso de los gastos médicos en que ha incurrido para tratarse en la sanidad privada, incluidos los de transporte.

Las diferentes facturas aportadas por el reclamante junto con su escrito de reclamación acreditan cuando menos la efectividad del perjuicio patrimonial reclamado. Dicho lo anterior, conviene aclarar que la pretensión ejercitada es de responsabilidad patrimonial y no de reintegro de gastos. La acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria se contempla expresamente 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, conforme al cual “En esos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, 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”. Sobre los requisitos enunciados, analizados entre otras en la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:1196-, Sala de lo Social, Sección 1.ª, no resulta necesario profundizar más, habida cuenta de que en el supuesto que nos ocupa el interesado ha optado por formular una reclamación de responsabilidad patrimonial que persigue tanto el resarcimiento del quebranto económico derivado del hecho de haber acudido a la sanidad privada como consecuencia de una pérdida de confianza en el servicio público como la reclamación de otras cantidades por los “daños morales” y los “padecimientos sufridos” que le han sido causados por la actuación médica cuestionada.

En todo caso, la mera constatación de un perjuicio efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica *per se* la existencia de responsabilidad patrimonial de la

Administración, debiendo analizarse si el mismo se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio sanitario y si ha de reputarse antijurídico.

Y es que, 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 sólo 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, de acuerdo con los conocimientos científicos del momento. El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que un defectuoso diagnóstico ni un error médico sean por sí

mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes.

Asimismo, y puesto que se reprocha un retraso diagnóstico, debemos recordar que el servicio público sanitario no tiene la obligación de determinar la naturaleza de la enfermedad antes de la manifestación de sus signos clínicos típicos, ciñéndose el deber médico a la aplicación de los medios precisos en función de los síntomas mostrados por los pacientes. En otras palabras, como venimos reiterando (por todos, Dictámenes Núm. 213/2019 y 52/2022), la *lex artis* médica no impone el empleo de más técnicas diagnósticas que las indicadas en función de los síntomas y signos clínicos apreciados en cada paciente, ni mucho menos ampara la realización prospectiva o indiscriminada de pruebas a falta de cualquier sospecha clínica. Debemos subrayar, igualmente, que el hecho de que sea la clínica la que determina el alcance de la obligación de medios conlleva que quien persiga una indemnización por mala praxis en la fase de diagnóstico deba acreditar que los síntomas o signos existentes al tiempo de recibir la asistencia que reputa deficiente eran sugestivos de la patología finalmente evidenciada -al menos en un grado de probabilidad suficientemente significativo, ya que existen patologías de diversa entidad y prevalencia que cursan una clínica similar-, y que tal sospecha diagnóstica imponía la aplicación de técnicas y medios distintos de los empleados.

En esta misma línea, también ha subrayado este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 81/2019) 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* y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En este sentido, y con carácter preliminar, debemos advertir que a pesar de que corresponde a quien reclama la prueba de la existencia de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público sanitario y el daño alegado,

y en particular que se ha producido una violación de la *lex artis* médica, en el presente caso constatamos que el reclamante no ha desarrollado actividad probatoria alguna en forma de informe médico pericial que dé soporte a sus reproches. Y ello no solamente al momento de formular la reclamación, sino que tampoco lo ha hecho tras el trámite de audiencia, en el que el interesado se ha limitado a denunciar lo que considera carencias, omisiones o contradicciones interesadas en los informes y documentos periciales incorporados al procedimiento tanto por la propia Administración sanitaria reclamada como por la compañía aseguradora de esta. Tal forma de proceder, apreciada en casos similares, supone construir la reclamación en vía administrativa, a la vista de cómo se desarrollaron los acontecimientos, sobre una serie de imputaciones, supuestamente contrarias a la *lex artis ad hoc*, y cuya concreción en forma de informe médico-pericial que las avale, parece reservarse para el momento de la interposición de un eventual recurso contencioso-administrativo, y resulta reprobable en cuanto que implica hurtar a la Administración reclamada y también a este Consejo, en la fase administrativa en la que nos encontramos, del análisis contradictorio de los extremos controvertidos, obligando a señalar -como hemos observado en la Memoria correspondiente al año 2019- que “nuestro pronunciamiento sólo puede sustentarse sobre la base de los informes técnico-médicos que obran en el expediente, todos ellos presentados por la Administración y su compañía aseguradora”.

Fijada esta limitación de principio se advierte que el interesado, sin aportar documento pericial médico en el que se prueben las supuestas infracciones a *lex artis ad hoc*, centra todos sus reproches en el hecho de que en ningún momento a lo largo de este periodo de tiempo y a pesar de presentar unos niveles elevados, y en alguna ocasión fuera de rango de PSA, por los facultativos del Servicio de Salud del Principado de Asturias que le atendían, no se le hubiera sido realizado no ya un “tacto rectal” ni le fuera pautada la realización de una “biopsia prostática”.

Frente a tales imputaciones, los informes médicos librados durante la instrucción del procedimiento contextualizan, en primer lugar, la situación clínica del

paciente cuando acude en julio de 2021 a su médico de Atención Primaria por una "infección urinaria" que precisó sondaje vesical y, previa realización de una resonancia magnética de próstata realizada en un centro privado se constata un proceso inflamatorio (prostatitis). En este escenario, en el que el paciente simultanea la consulta asistencial pública con la privada, se pautan diferentes tratamientos dirigidos a resolver la infección y a retirar la sonda vesical que era "el principal problema del paciente". Al respecto, informa el servicio de Urología interviniente que "debido a los tentativos infructuosos de retirada de sonda vesical se realizó una uretrocistoscopia" y ante "la ausencia de causa justificada de una obstrucción completa de la luz uretral se procedió a solicitar un estudio urodinámico, todo ello, en vistas a la realización (...) de una cirugía desobstructiva, para así poder retirar la sonda vesical" que finalmente se realiza en un centro privado. Pues bien, a lo largo de este proceso asistencial los referidos informes médicos obrantes en el expediente coinciden en señalar que un elevado nivel de PSA no tiene porqué orientar, siempre y en todo caso, de manera necesaria hacia la imperiosa realización de una biopsia prostática, considerada esta prueba como el "patrón de oro" para el diagnóstico seguro de un tumor prostático. El informe del Servicio responsable indica que el aumento de la PSA bien podía obedecer al proceso infeccioso, lo que ratifica el informe médico librado a instancias de la compañía aseguradora en el que se afirma que "se puede observar un aumento en los niveles séricos de PSA no solo en condiciones malignas, sino también en condiciones benignas. Se acepta que el PSA no es una proteína específica del cáncer, sino una proteína específica de un órgano, es decir, el tejido prostático".

Asimismo, tales informes destacan de forma unánime que dado el carácter invasivo de las biopsias, su realización debe ser pautada con prudencia y desde luego nunca con carácter meramente prospectivo, debiendo señalarse al respecto que dicha prueba tampoco fue indicada por los facultativos de la medicina privada, a los que en legítima y entendible opción, el paciente decidió consultar de manera simultánea y prácticamente desde el inicio sus dolencias de suerte tal que el diagnóstico del tumor prostático, lamentablemente objetivado, si bien se alcanzó

ciertamente en el ámbito de la medicina privada lo fue de una manera incidental puesto que la resección transuretral de próstata que se le practicó es, según se razona en la propuesta resolutoria de la Administración, “la técnica quirúrgica de referencia para el tratamiento de la hiperplasia benigna de próstata, nunca para el diagnóstico del cáncer prostático”.

En relación con el reproche formulado por el reclamante al denunciar que no le fuera realizado por parte de los facultativos del Servicio de Salud del Principado de Asturias que le atendían, ni tan siquiera un tacto rectal, debemos señalar, por lo pronto, que tal afirmación no se corresponde en los rotundos términos que se formula con la realidad, toda vez que consta acreditado en la historia clínica incorporada al expediente por el Hospital “X”, que al paciente le fue realizado el día 11 de octubre de 2021 en el Servicio de Cirugía General y Digestivo de ese hospital un “tacto rectal”, con resultado “normal”. Por lo demás, sobre esta misma cuestión debemos remitirnos igualmente a la aclaración dada por parte del urólogo del referido hospital, que en su primer informe de 11 de diciembre de 2023, señala a este respecto, que en la primera ocasión en la que atendió en su consulta al paciente -30 de noviembre de 2021- no se realizó dicha exploración pues ya había sido efectuada por otro urólogo “en las dos últimas semanas y bajo la sospecha de un proceso inflamatorio prostático”, hecho este que corrobora el “informe clínico” aportado por el propio reclamante junto con su reclamación inicial como documento Nº1 -folio 35 del expediente-.

En palabras del especialista autor del informe librado a instancias de la compañía aseguradora de la Administración, “la única evidencia claramente sospechosa de cáncer (analítica), aparece, justo, un mes antes de la confirmación histológica realizada en centro privado”, cuando el paciente presenta unos niveles de PSA que ya no podían explicarse por la patología infecciosa. Hasta ese momento, las pruebas de imagen realizadas (en particular los resultados de la resonancia magnética aportada por el propio paciente) y las alteraciones analíticas orientaban el diagnóstico hacia una patología benigna. Además, el hecho de que la incidencia de este tipo de tumores en pacientes próximos a los 40 años sea inferior al 1 % de

todos los diagnósticos de cáncer de próstata hasta los 85 años, contribuía a reforzar la sospecha de que se estaba ante una dolencia no oncológica.

La decisión del paciente de acudir a la medicina privada, no constituye sino la expresión de una opción personal y voluntaria en todo punto legítima y perfectamente entendible, pero sin que la misma guarde relación alguna con un pretendido déficit asistencial del servicio público, que a lo largo de todo el proceso clínico se mostró activo a los requerimientos de atención demandados por el paciente mediante la práctica de sucesivos exámenes y pruebas ajustados a la evolución de los síntomas y a su reacción a los tratamientos pautados.

A este respecto, como ya hemos manifestado en ocasiones precedentes (entre otras, Dictámenes Núm. 52/2016, 146/2018 y 269/2019), de las notas de universalidad y gratuidad que caracterizan al servicio público sanitario, y que, obviamente, no se dan en la sanidad privada, se derivan una serie de servidumbres, lo que determina que el tiempo de los actos médicos en el ámbito del servicio público haya de ser necesariamente objeto de priorización y adecuación a la evolución de los síntomas; circunstancia que no se da en la medicina privada.

Por otra parte, como venimos señalando de forma constante, el hecho de que sea la clínica la que determina el alcance de la obligación de medios excluye que pueda proyectarse *ex post facto* al juicio sobre la corrección de la actuación sanitaria el estado de situación ignorado al momento de la atención y conocido al formularse la reclamación (por todos, Dictamen Núm. 269/2023). Como recoge la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 16 de marzo de 2009 -ECLI:ES:TSJAS:2009:1386- (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 1.ª), el juicio que debe efectuarse no es el juicio *ex post*, una vez conocido todo el desarrollo posterior, sino un juicio *ex ante* para determinar, en función de los datos y circunstancias conocidas en su momento, si la decisión ha sido o no correcta.

En definitiva, en el asunto que nos ocupa los únicos informes técnicos incorporados al expediente avalan la corrección del quehacer médico de los profesionales del servicio sanitario en todas las ocasiones en que fueron requeridos

a tal efecto, sin pericial alguna que contradiga esta conclusión en orden al establecimiento de un nexo causal entre los daños alegados y el funcionamiento del servicio público sanitario.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial solicitada y, en consecuencia, debe desestimarse la reclamación presentada por

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.