



Consejo Consultivo de Canarias

D I C T A M E N 2 3 2 / 2 0 1 6

(Sección 2ª)

La Laguna, a 19 de julio de 2016.

Dictamen solicitado por el Excmo. Sr. Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias en relación con la *Propuesta de Resolución del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado por la reclamación de indemnización formulada por (...) [(...), (...), (...), (...), (...), (...), (...)], por daños ocasionados como consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario (EXP. 201/2016 IDS)*.*

F U N D A M E N T O S

I

1. El objeto del presente dictamen, solicitado por el Consejero de Sanidad del Gobierno de Canarias, es la Propuesta de Resolución de un procedimiento de responsabilidad patrimonial extracontractual del Servicio Canario de la Salud iniciado el 2 de octubre de 2014 por (...) en nombre y representación de su padre, (...), en solicitud de una indemnización de 25.426,48 euros por los daños que, alegó, le había causado la deficiente asistencia médica recibida por los facultativos de la Unidad de Oncología del Hospital General de Fuerteventura cuya titularidad corresponde al Servicio Canario de la Salud.

2. La cuantía de la indemnización solicitada determina la preceptividad del dictamen, la competencia del Consejo Consultivo de Canarias para emitirlo y la legitimación del Consejero de Sanidad para solicitarlo, según los arts. 11.1.D.e) y 12.3 de la Ley 5/2002, de 3 de junio, del Consejo Consultivo de Canarias, en relación el primer precepto con el art. 142.3, de carácter básico, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJAP-PAC).

* Ponente: Sr. Lazcano Acedo.

3. Concurren los requisitos de legitimación activa y pasiva. Se reclama el resarcimiento de los pagos abonados el 29 de agosto y el 8 de septiembre de 2014, como se acredita con las correspondientes facturas, por la asistencia médica prestada por un centro sanitario privado. La reclamación se presentó el 3 de octubre de 2014, dentro pues del plazo que fija el art. 142.5 LRJAP-PAC, por lo que no es extemporánea.

4. El órgano competente para resolver es la Dirección del Servicio Canario de la Salud, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 60.1.n) de la Ley 11/1994, de 26 de julio, de Ordenación Sanitaria de Canarias.

El órgano competente para instruir y proponer la resolución de este procedimiento es la Secretaría General del Servicio Canario de la Salud, de conformidad con el art. 15.1 del Decreto 212/1991, de 11 de septiembre, de Organización de los Departamentos de la Administración Autonómica, en relación con los arts. 10.3 y 15.1 del Decreto 32/1995, de 24 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Servicio Canario de la Salud.

5. Conforme al art. 13.3 del Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de Responsabilidad Patrimonial (RPAPRP), aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, el plazo máximo para la tramitación del procedimiento es de seis meses, plazo que en el presente procedimiento se ha superado. Sin embargo, esta circunstancia no impide que se dicte la resolución porque la Administración está obligada a resolver expresamente, aun vencido dicho plazo, en virtud del art. 42.1 LRJAP-PAC, en relación con los arts. 43.3.b) y 142.7 de la misma ley.

6. Durante la tramitación del procedimiento murió el reclamante. El 9 de octubre de 2015, se comunicó a su representante que constaba la baja, por fallecimiento, de la tarjeta sanitaria de su padre, a fin de que, al amparo del art. 31.3 LRJAP-PAC, su esposa e hijos, en su calidad de derecho-habientes, manifestaran su voluntad de suceder en el procedimiento a Eleuterio. Mediante escrito de 26 de octubre, aquellos declararon que sucedían en el procedimiento a su causahabiente.

7. En la tramitación del procedimiento se han observado las prescripciones que lo regulan. En particular, se han emitido los preceptivos informes de la facultativa de la Unidad de Oncología del Hospital General de Fuerteventura que atendió al reclamante; de los facultativos del Servicio de Oncología Médica del Complejo Hospitalario Universitario Insular Materno-Infantil de Las Palmas de Gran Canaria (CHUIMI) que lo atendieron en virtud de su solicitud de una segunda opinión

facultativa (atención que continuaron prestando después del tratamiento del paciente en el centro sanitario privado “Clínica (...”). Con autorización del reclamante, se han incorporado sus historias clínicas hospitalarias al expediente; se ha recabado el informe de una inspectora médica del Servicio de Inspección y Prestaciones para que, a la vista de los informes y documentación médica, analizara la asistencia sanitaria prestada; se ha abierto el trámite probatorio en el cual la interesada no propuso prueba; a esta se le ha dado vista del expediente y audiencia sin que presentara alegaciones finales antes de redactar la Propuesta de Resolución, sobre la cual el Servicio Jurídico ha emitido su preceptivo informe estimándola conforme a Derecho. En definitiva, no se ha incurrido en defectos procedimentales que impidan un Dictamen de fondo.

II

1. La fundamentación fáctica de la reclamación es la siguiente:

En enero de 2014 se le diagnosticó al fallecido un carcinoma microcítico en el pulmón derecho. La facultativa de la Unidad de Oncología del Hospital General de Fuerteventura le prescribió un tratamiento de quimioterapia. Alega que la actuación médica correcta hubiera sido que se le hubiera administrado radioterapia en marzo de 2014 cuando la prueba de tomografía axial computerizada (TAC) constató la reducción del tumor por efecto de la quimioterapia. Como en el citado Hospital no se le dispensó radioterapia, se vio obligado a acudir al centro sanitario privado “Clínica (...)”, con los consiguientes gastos de transporte y alojamiento y de retribución de esa asistencia médica privada, que ascienden a 25.426,48 euros. Este es el mal funcionamiento del servicio que se alega, la no administración de radioterapia. La lesión que se le ha causado por ese funcionamiento anormal consiste en ese desembolso de 25.426,48 euros.

Como prueba de esa alegada negligencia médica aporta junto con el escrito de reclamación el informe médico, de 22 de agosto de 2014, de los doctores (...) y (...) del Departamento de Oncología de la Clínica (...) donde se lee lo siguiente:

«Recibió tratamiento de quimioterapia basada en esquema carboplatino AUC más etopósido 160 mg/m² durante 3 días, recibiendo un total de 7 ciclos. Tras el 2º ciclo presentó neutropenia por lo que le redujeron la dosis un 25% de ambos fármacos. Tras los dos primeros presentó una respuesta parcial y en junio, tras el 5º ciclo una progresión local con ligero aumento del tamaño de la masa por lo que decidieron administrar dos ciclos más.

A pesar de presentar un carcinoma microcítico de pulmón con enfermedad limitada en ningún momento se le ha ofrecido tratamiento de radioterapia torácica ni holocraneal en el hospital donde es tratado. Sí le han recomendado dichos tratamientos en dos consultas de segunda opinión realizadas en los últimos meses en otros centros de su comunidad autónoma.

(...)

Diagnóstico:

1. Carcinoma de pulmón de células pequeñas, localmente avanzado por infiltración mediastínica (enfermedad limitada) tratado con 7 ciclos de carboplatino y etopósido en situación de respuesta parcial.

2. Síndrome de vena cava superior incipiente.

Tratamiento recomendado:

Dados los resultados de las pruebas realizadas, y las imágenes e informes aportados por el paciente que confirman enfermedad limitada en nuestro centro seríamos partidarios de realizar tratamiento de quimio-radioterapia sobre tórax y mediastino con intención radical así como radioterapia holocraneal profiláctica».

Este informe describe los resultados del TAC de tórax que le realizaron en dicha clínica el 27 de agosto de 2014 en los siguientes términos:

«Juicio diagnóstico: masa mediastínica.

Comentario: Se observa una gran masa heterogénea con calcificaciones en su interior en relación con neoplasia pulmonar conocida, que abarca casi completamente el mediastino medio y se extiende caudalmente desde la 3ª vértebra dorsal hasta la 7ª vértebra dorsal y posteriormente hacia el mediastino posterior. Dicha masa, mide aproximadamente unos 9.6 x 11 x 7,9 cm y contacta ampliamente con el tronco arterial braquiocefálico, la cara lateral posterior de la aorta ascendente y a la arteria pulmonar principal derecha. Contacta con la pared anterior del esófago en sus 2/3 proximales, engloba la vena cava superior y reduce llamativamente su calibre infiltrándola. También engloba la tráquea en su tercio distal, carina y bronquio principal derecho, con reducción de su calibre.

En el parénquima pulmonar se observa una imagen pseudonodular mal definida de 16x18 mm en el segmento apical del lóbulo superior derecho que capta en el PET y que parece ser una prolongación de la masa que termina contactando con la pleura. No se observan otros nódulos pulmonares de aspecto sospechoso (granulomas calcificados en el pulmón izquierdo).

No se observan adenopatías en los huecos axilares y supraclaviculares.

No hay derrame pleural. Mínimo derrame pericárdico anterior.

Ateromatosis aorto-coronaria.

Importantes fenómenos degenerativos en la columna dorsal. Aumento de densidad de cuerpo vertebral D4, con canales óseos en su interior, sugestivo de vértebra angiomasosa».

2. Para orientarse mejor en las cuestiones médicas que abordan el anterior y los siguientes informes médicos que figuran en el expediente, se ha de retener que en el TAC, prueba médica objetiva que se le realizó al paciente el 23 de diciembre de 2013, se describe la existencia de un tumor en el pulmón derecho en estos términos: «Masa parahiliar derecha de aproximadamente 96 x 62 x 117 mm, que colapsa el bronquio principal superior derecho, comprimiendo la vena cava superior y que se extiende al mediastino invadiéndolo» y se constata la existencia de un pequeño derrame pleural derecho con áreas de neumonitis en el lóbulo superior de ese pulmón derecho (folio 110 del expediente).

Tras la administración del segundo ciclo de quimioterapia, se le realizó TAC el 27 de febrero de 2014 que permitió constatar que la masa parahiliar derecha había disminuido su volumen en más de un 50%, alcanzando unas dimensiones en esa fecha de, aproximadamente, 50 x 40 x 68 mm, y que el derrame pleural se había resuelto (folio 111). Por esta razón, el TAC de 27 de agosto de 2014 realizado en la Clínica (...) refleja que no hay derrame pleural.

3. La doctora de la Unidad de Oncología del Hospital General de Fuerteventura en su informe explica que por la radiografía de tórax se apreció un importante ensanchamiento mediastínico paratraqueal derecho con infiltrado alveolar adyacente. Que el TAC de 23 de diciembre de 2013 detectó una masa parahiliar derecha de 96 x 62 x 117 mm con colapso de bronquio principal superior derecho comprimiendo vena cava superior e invadiendo mediastino con derrame pleural asociado. Que se le practicaron las pruebas de espirometría, biopsia traqueal y broncoscopia, la cual objetivó disminución de la luz del bronquio principal derecho por compresión extrínseca y mucosa muy engrosada con aspecto infiltrativo tumoral que no permitía ver la salida del lóbulo superior derecho. Con base en ese conjunto de pruebas se formuló el diagnóstico de carcinoma microcítico de pulmón en el estadio IV, enfermedad extendida. Justifica este diagnóstico en que la edición de 2010 del Comité Conjunto Estadounidense sobre el Cáncer (American Joint Committee on Cancer, AJCC) recomienda la aplicación del sistema de atender al tamaño del tumor, la afectación de nódulos y la existencia de metástasis (sistema TNM) para la determinación del estadio de desarrollo del carcinoma microcítico y que, según esa publicación científica, si en el momento del diagnóstico existe derrame pleural, entonces la enfermedad se califica de extendida en estadio IV. Por

esta razón, no comparte el estadiaje de la enfermedad que han establecido los facultativos de la Clínica (...) ni el tratamiento que recomiendan.

Este informe, emitido en noviembre de 2014 con motivo de la reclamación presentada el 3 de octubre de 2014, señala que el paciente estaba citado el 1 de octubre de 2014 para control clínico y que no acudió a la cita programada.

4. El 18 de julio de 2014, en respuesta a su solicitud de una segunda opinión médica fue atendido en el Servicio de Oncología Médica del CHUIMI. El informe de 18 de febrero de 2015, emitido por los facultativos de dicho Servicio con motivo de la reclamación, expresa que el motivo de la consulta fue carcinoma microcítico de pulmón irresecable por debut con derrame pleural positivo; es decir, que el tumor no era extraíble quirúrgicamente por haberse manifestado acompañado de derrame pleural. En el apartado «Anamnesis» se precisa que acudió a consulta en solicitud de una segunda opinión sobre el diagnóstico de «carcinoma microcítico de pulmón enfermedad extendida por derrame pleural» y que comenzó tratamiento con quimio carboplatino-vp-16 con respuesta parcial y sin derrame pleural luego del segundo ciclo. El paciente les refirió que había tenido interrupciones del tratamiento por neutropenia. Como «Diagnóstico de sospecha» se consigna carcinoma microcítico de pulmón irresecable por derrame pleural en tratamiento con carboplatino-vp-16. Como «Plan diagnóstico-terapéutico» se escribe: «Recomendamos continuar en su hospital de base y si progresión en el tac que tiene programado, cambiar esquema de quimioterapia. Consideramos que hasta aquí no ha existido mala praxis médica y el paciente ha sido tratado correctamente».

5. El informe de 15 de marzo de 2015 de la inspectora del Servicio de Inspección y Prestaciones, con base en la documentación médica, contiene la siguiente relación de hechos:

«A.- El reclamante en estudio por Medicina Interna, el 23.12.13 en TAC se observa masa parahiliar derecha que mide 96 x 62 x 117 mm. Tras broncoscopia de 7 de enero de 2014 y estudio anatomopatológico es diagnosticado de carcinoma de pulmón de células pequeñas. Es derivado a Oncología Médica el 16 de enero de 2014.

B.- 20.01.14: En consulta de Oncología Médica, por los hallazgos del TAC fue incluido en la categoría de enfermedad diseminada, especialmente por la presencia de derrame pleural.

Dado que la mayoría de los derrames pleurales asociados con el cáncer de pulmón se deben al tumor y como en este caso mínimo, visible en TAC y clínicamente relacionado con la neoplasia subyacente, ello permitió establecer el derrame como elemento de estadificación y por tanto de tratamiento. La presencia de derrame pleural, su aparición, es un signo de

enfermedad avanzada, ya que implica la afectación del espacio pleural por parte de dicho proceso maligno, conlleva un mal pronóstico y habitualmente implica una supervivencia de pocos meses.

El cáncer de pulmón de células pequeñas se clasifica como enfermedad limitada o enfermedad extendida.

Irresecable mediante cirugía, se propuso tratamiento quimioterápico con intención paliativa.

C.- Inicia tratamiento quimioterápico el 22 de enero de 2014. Y el 23 de enero, primera consulta con la Unidad de Cuidados Paliativos.

De la reclamación se obtiene que acudieron a consulta en Gran Canaria, con el Dr. (...), especialista en Oncología, suponemos en régimen privado comoquiera que no consta anotación ni registro alguno en la historia clínica del CHUIMI. Refieren que por parte de éste les confirma que el tratamiento iniciado es correcto, que precisaría radioterapia, y que le informaran sobre los resultados de las pruebas.

D.- Segundo ciclo de quimioterapia: 12.02.14.

En TAC de 27.02.14 la masa parahiliar se ha reducido hasta alcanzar dimensiones de 21 X 40 X 68 mm.

En la consulta de 5 de marzo de 2014, la oncóloga les expone que la idea es completar hasta seis ciclos con intención paliativa. No existen referencias a radioterapia ni por parte de la oncóloga ni por parte del paciente manifestándole lo referido por el Dr. (...).

Tercer ciclo de quimioterapia: 17.03.14. Cuarto ciclo: 21.04.14.

E.- El reclamante en junio inicia sintomatología dolorosa torácica y se practica TAC el 17 de junio de 2014. El TAC craneal sin lesiones y en TAC de tórax se observa que la masa parahiliar ha aumentado de tamaño 82 X 59 X 78 mm.

En consulta de oncología el 25 de junio se propone 2 ciclos más de quimioterapia y en función de la evolución en nuevo TAC de tórax se valoraría segunda línea de quimioterapia con Topotecan.

F.- Ese mismo día 25 junio, el reclamante solicita segunda opinión facultativa ante el Servicio Canario de la Salud.

La Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, que reconoce en su artículo 4.a) el derecho de los ciudadanos a "disponer de una segunda opinión facultativa sobre su proceso, en los términos previstos en el artículo 28.1", precepto - artículo 28.1 de la citada Ley 16/2003- que establece que las instituciones asistenciales velarán por la adecuación de su organización para facilitar la libre elección de facultativo y una segunda opinión en los términos que reglamentariamente se establezcan.

El 18 de julio de 2014, es valorado en el Hospital Universitario Insular de Gran Canaria, en el Servicio de Oncología por el Dr. D.(...)A. En dicha atención se recomienda que si en el próximo TAC de control se observara progresión se debe cambiar el tratamiento y proceder a valoración por Radioterapia.

El mismo reclamante expone que “(...) teníamos la posibilidad de cambiar de oncólogo (...)”.

G.- El 7 de agosto de 2014, tras los dos ciclos programados, se practica nuevo TAC, en esta ocasión la masa ha disminuido moderadamente de tamaño, siendo sus dimensiones 75 x 50 x 77 mm.

En revisión de 14 de agosto por Oncología consta buena evolución y se manuscrite “Le explico la ausencia de beneficio clínico en este momento de segunda línea con Topotecan”.

H.- El 25 de agosto adquieren billetes para desplazarse a la Clínica (...) Es atendido el 27 de agosto de 2014. Tras las exploraciones practicadas clasifican la enfermedad como limitada y se pauta tratamiento de quimio-radioterapia sobre tórax.

Recibe el tratamiento radioterápico entre el 1 de septiembre y el 10 de octubre. Se administra asimismo quimioterapia cinco ciclos en septiembre.

I.- Desde el 20 de octubre de 2014 prosigue en seguimiento en consulta de Oncología en el Hospital Universitario Insular de Gran Canaria.

En TAC de 31.10.2014 el tamaño de la masa presentaba mejoría radiológica: 44 x 35 x mm.

Regresa a Navarra y concluye la radioterapia holocraneal profiláctica el 21 de noviembre de 2014.

En las fechas 29 de diciembre de 2014, 29 de enero, 16 de febrero y 10 de marzo de 2015 se practican nuevos controles en CHUIMI, así como control en la Unidad de Cuidados Paliativos de Fuerteventura.

En TAC de 9 de febrero de 2015 se observa progresión marcada de la enfermedad con afectación hepática y pleural».

6. Este informe incluye las siguientes consideraciones:

«El cáncer microcítico de pulmón es uno de los tumores sólidos más agresivos, por su rápido crecimiento y por su tendencia a metastatizar desde fases tempranas.

La determinación del estadio del cáncer de pulmón de células pequeñas ayuda a identificar los pacientes que deben ser tratados con radioterapia además de quimioterapia. El sistema de estadificación más empleado es el que divide a estos tumores en dos categorías, basándose principalmente en si la enfermedad puede ser tratada con radioterapia radical o no. Así, los pacientes con enfermedad limitada son aquellos con enfermedad confinada a un

hemitórax y los ganglios linfáticos que puedan incluirse dentro del mismo campo de radioterapia (corresponde a estadios I-III del TNM) y los pacientes con enfermedad diseminada son los que presentan enfermedad más allá de estos márgenes (corresponde a estadio IV y IIIB con derrame pleural del TNM).

Independientemente del estadio, el pronóstico actual para los pacientes de cáncer de pulmón de células pequeñas es insatisfactorio a pesar de las mejorías en el diagnóstico y tratamiento que se han hecho durante los últimos años. Sin tratamiento, tiene uno de los cursos clínicos más dinámicos que cualquier otro tipo de tumor pulmonar, con una mediana de supervivencia a partir del diagnóstico de 2 a 4 meses.

En el caso de la enfermedad limitada, la mediana de supervivencia oscila entre 16 y 24 meses y la supervivencia a los 5 años hasta un 14% de pacientes. En los pacientes con enfermedad extendida la mediana de supervivencia oscila entre 7 y 11 meses».

III

1. En su Sentencia de 11 abril 2014 (RJ 2014\2612), la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo resume su doctrina sobre la responsabilidad patrimonial por el funcionamiento de los servicios públicos de salud en los siguientes términos:

«Las referencias que la parte recurrente hace a la relación de causalidad son, en realidad, un alegato sobre el carácter objetivo de la responsabilidad, que ha de indemnizar, en todo caso, cualquier daño que se produzca como consecuencia de la asistencia sanitaria. Tesis que no encuentra sustento en nuestra jurisprudencia tradicional, pues venimos declarando que es exigible a la Administración la aplicación de las técnicas sanitarias, en función del conocimiento en dicho momento de la práctica médica, sin que pueda mantenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño. La responsabilidad sanitaria nace, en su caso, cuando se ha producido una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado. Acorde esta doctrina, la Administración sanitaria no puede ser, por tanto, la aseguradora universal de cualquier daño ocasionado con motivo de la prestación sanitaria.

Dicho de otro modo, como mero ejemplo de una línea jurisprudencial reflejada en otras muchas, nuestra sentencia de 24 de septiembre de 2004 indica que “este Tribunal Supremo tiene dicho que responsabilidad objetiva no quiere decir que baste con que el daño se produzca para que la Administración tenga que indemnizar, sino que es necesario, además, que no se haya actuado conforme a lo que exige la buena praxis sanitaria” (STS de 23 de septiembre de 2009, dictada en el recurso de casación núm. 89/2008)».

En el mismo sentido, la anterior Sentencia de esa misma Sala de 19 abril 2011 (RJ 2011\3643) dice:

«(...) la observancia o inobservancia de la *lex artis ad hoc* es, en el ámbito específico de la responsabilidad patrimonial por actuaciones sanitarias, el criterio que determina, precisamente, la ausencia o existencia de tal responsabilidad de la Administración».

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el criterio fundamental para determinar la existencia o ausencia de responsabilidad del servicio público de salud radica en si sus agentes han actuado con violación o de conformidad con la *lex artis ad hoc*; puesto que su funcionamiento consiste en proporcionar unos medios para prevenir o curar la enfermedad, pero sin garantizar sus resultados, porque la Medicina no ha alcanzado el grado de perfección que le permita la curación de todas las enfermedades y la evitación de la irreversibilidad de los estados patológicos ligados al devenir de la vida humana. La obligación de los servicios de salud es una obligación de actuar, sin que incluya la de responder en términos absolutos por las consecuencias de la actuación sanitaria; porque, hoy por hoy, no se puede garantizar la recuperación de la salud, sino tan sólo asegurar que se emplean todas las medidas conocidas para intentarlo y que se aplican correctamente de acuerdo con el estado de los conocimientos médicos y las circunstancias personales del paciente. El funcionamiento de dicho servicio consiste en el cumplimiento de una obligación de medios, no de resultados. Por esta razón, no están causados por la asistencia sanitaria pública los daños cuya aparición se debe a la irreversibilidad de estados patológicos, al carácter limitado de los conocimientos de la ciencia médica y a la manifestación de efectos secundarios iatrogénicos inherentes a muchos tratamientos médicos, o a los riesgos conocidos que generan pero que se asumen, porque su probabilidad de plasmación es más o menos remota y es mayor la probabilidad de obtener resultados positivos.

2. La *lex artis ad hoc* se define de la siguiente manera:

«Las Sentencias de 7 de febrero de 1990 (RJ 1990, 668) y 29 de junio de 1990 (RJ 1990, 4945), expresaron: que la actuación de los médicos debe regirse por la denominada “*lex artis ad hoc*”, es decir, en consideración al caso concreto en que se produce la actuación e intervención médica y las circunstancias en que las mismas se desarrollen y tengan lugar, así como las incidencias inseparables en el normal actuar profesional, y ampliando dicha síntesis conceptual, cabe afirmar: que se entiende por “*lex artis ad hoc*”, como aquel criterio valorativo de la corrección del concreto acto médico ejecutado por el profesional de la medicina, ciencia o arte médica, que tiene en cuenta las especiales características de su autor, de la profesión, de la complejidad y transcendencia vital del paciente y, en su caso, de

la influencia en otros factores endógenos (estado o intervención del enfermo, de sus familiares, o de la misma organización sanitaria), para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida (derivando de ello tanto el acervo de exigencias o requisitos de legitimación o actuación lícita, de la correspondiente eficacia de los servicios prestados y, en particular, de la posible responsabilidad de su autor médico por el resultado de su intervención o acto médico ejecutado; siendo sus notas: 1) como tal “lex” implica una regla de medición, a tenor de unos baremos, que valoran la citada conducta; 2) objetivo: valorar la corrección o no del resultado de dicha conducta, o su conformidad con la técnica normal requerida, o sea que esa actuación médica sea adecuada o se corresponda con la generalidad de conductas profesionales ante casos análogos; 3) técnica: los principios o normas de la profesión médica en cuanto a ciencia se proyectan al exterior a través de una técnica y según el arte personal de su autor o profesionalidad: el autor o afectado por la “lex” es un profesional de la medicina; 4) el objeto sobre el que recae: especie de acto (clase de intervención, medios asistenciales, estado del enfermo, gravedad o no, dificultad de ejecución); y 5): concreción de cada acto médico o presupuesto «ad hoc»: tal vez sea éste el aporte que individualiza a dicha “lex artis”; así como en toda profesión rige una “lex artis” que condiciona la corrección de su ejercicio, en la médica esa “lex”, aunque tenga un sentido general, responde a las peculiaridades de cada acto, en donde influirán, en un sentido o en otro, los factores antes vistos (STS, de 11 de marzo de 1991)». [STS de 26 marzo de 2004 (RJ 2004\1668)].

3. La doctrina jurisprudencial citada constituye el parámetro para examinar la viabilidad jurídica de la presente pretensión. El reclamante sostiene que además del tratamiento de quimioterapia, cuando el TAC constató la reducción del tumor por efecto de la quimioterapia en marzo de 2014 se le debió administrar radioterapia. Como prueba de esa alegada negligencia médica aportó el informe médico, de 22 de agosto de 2014, de los doctores del Departamento de Oncología de la Clínica (...), que afirman que el paciente adolecía de un carcinoma microcítico de pulmón con enfermedad limitada, por lo que se le debió tratar con radioterapia torácica y holocraneal profiláctica.

Del TAC de 23 de diciembre de 2013, se comprueba que el tumor estaba acompañado de un derrame pleural derecho.

Por las dimensiones y extensión del tumor, todos los informes médicos coinciden en caracterizarlo como irresecable.

De los informes médicos resulta que la presencia de un derrame pleural asociado al carcinoma microcítico de pulmón en el momento del diagnóstico de este es un

signo de enfermedad avanzada, ya que implica la afectación del espacio pleural por parte de dicho proceso maligno, conlleva un mal pronóstico y habitualmente implica una supervivencia de pocos meses. Si la enfermedad se califica como limitada, se trata con quimio y radioterapia. Si se califica como extendida, solo con quimioterapia. También resulta que un carcinoma microcítico con derrame pleural se clasifica en los estadios de desarrollo IIIB con derrame pleural a estadio IV y determina que la enfermedad se califique como extendida. En los pacientes con enfermedad extendida la mediana de supervivencia a partir del diagnóstico oscila entre los 7 y 11 meses y el único tratamiento posible es, como se dijo, con quimioterapia.

De lo anterior se sigue que la calificación por los facultativos de la Clínica (...) como enfermedad limitada susceptible de mejoría o cura mediante radioterapia fue errónea y, por ende, inútil el costoso tratamiento de radioterapia aplicado.

Tristemente, estos conocimientos médicos han sido confirmados en el presente caso: al paciente se le diagnosticó el carcinoma microcítico en enero de 2014. En el Hospital General de Fuerteventura se le administró inmediatamente quimioterapia. El 18 de julio de 2014, los facultativos del CHUIMI confirman la corrección del diagnóstico y de las decisiones terapéuticas de la oncóloga de aquel Hospital. Recibió en Navarra tratamiento radioterápico entre el 1 de septiembre y el 10 de octubre. A pesar de esa radioterapia, en el TAC de 9 de febrero de 2015 se constató la destacada progresión de la enfermedad con afectación hepática y pleural. En una fecha, no precisada en el expediente remitido, anterior al 9 de octubre de 2015, falleció.

La reclamación se funda en que la administración únicamente de quimioterapia constituyó una negligencia médica, porque la enfermedad era tratable con perspectivas de mejoría o cura mediante radioterapia y, como el Servicio Canario de la Salud no se la proporcionó al paciente este se vio obligado a demandarla en la sanidad privada, por lo que el Servicio Canario de la Salud debe resarcirle lo abonado por ella. Ha quedado establecido que no hubo tal negligencia médica. Por ende, no era necesaria médicamente la radioterapia; en consecuencia, el Servicio Canario de la Salud no estaba obligado a proporcionarla. La decisión del paciente de obtenerla en la sanidad privada se debió exclusivamente a su voluntad. Los gastos que haya generado esa decisión también. Por tanto, no han sido causados por una infracción de la *lex artis ad hoc* por los oncólogos del Servicio Canario de la Salud que lo atendieron.

Si no existe tal infracción de la *lex artis ad hoc*, no puede surgir la obligación de indemnizar por los daños alegados, conforme establece la citada doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo.

4. No solo desde el punto de vista estrictamente científico-médico sino también desde el médico-legal no ha habido tal infracción si atendemos a que el art. 5.1.b) de la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, de Ordenación de las Profesiones Sanitarias, impone a los médicos y demás profesionales sanitarios el deber de hacer un uso racional de los recursos diagnósticos y terapéuticos a su cargo, tomando en consideración, entre otros, los costes de sus decisiones, y evitando la sobreutilización, la infrautilización y la inadecuada utilización de los mismos. Si el tratamiento de radioterapia no suponía ningún beneficio terapéutico para el paciente, la decisión de los oncólogos de aplicarla con los medios del Servicio Canario de la Salud supondría una infracción de ese deber.

El art. 17 de la Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, dispone que las Administraciones Públicas obligadas a atender sanitariamente a los ciudadanos no abonarán a estos los gastos que puedan ocasionarse por la utilización de servicios sanitarios distintos de aquellos que les correspondan en virtud de lo dispuesto en esa ley, en las disposiciones que se dicten para su desarrollo y en las normas que aprueben las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias.

El desarrollo reglamentario de este precepto lo representa actualmente el art. 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, que dispone:

«La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. 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».

Reiterada jurisprudencia en relación con estos preceptos o con sus antecedentes legales ha insistido en que la prestación sanitaria exigible en el ámbito de la sanidad pública responde a los siguientes ejes fundamentales: que la citada prestación ha de otorgarse con los medios disponibles del Sistema Nacional de Salud; que la asistencia

sanitaria ha de llevarse a cabo en términos de eficacia e igualdad, pero también en términos que permitan la estabilidad financiera del sistema, lo cual precipita en todo caso que la asistencia debida por el servicio público de salud se encuentra sometida a limitaciones; que no existe un derecho de opción de los beneficiarios del sistema público de salud para recabar asistencia sanitaria fuera del ámbito de ese sistema, ya que el recurso a la sanidad privada es excepcional por imperativo legal, ha de justificarse en cada caso y ha de hacerse ello con especial rigor, habida cuenta la calidad cierta de los recursos económicos y dotacionales del sistema público y la cualificación técnica y humana del personal al servicio del mismo; que, en razón de lo anterior, el servicio público de salud no puede arrostrar los gastos ocasionados por la utilización de servicios sanitarios ajenos a ese servicio, excepción hecha de los casos reglamentariamente establecidos; que, en atención a las previsiones reglamentarias vigentes, el recurso a la asistencia sanitaria privada que es susceptible de ser económicamente asumido por el sistema público de salud es exclusivamente el recurso debido a una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, siempre que conste que no se pudieron utilizar los servicios sanitarios públicos y que se acudió a la prestación sanitaria privada de forma no abusiva ni desviada; y que una interpretación extensiva de la responsabilidad del sistema sanitario público por gastos generados como consecuencia de asistencia prestada en el ámbito privado, es interpretación que bien puede abrir la inaceptable espita discriminatoria consistente en incrementar las posibilidades de recepción de asistencia sanitaria en favor de quienes dispongan de recursos económicos para acudir a la asistencia privada, iniciando a renglón seguido el procedimiento para intentar obtener la restitución del desembolso efectuado, posibilidad que en ningún caso existiría para el mayoritario colectivo que carece de los recursos necesarios a tal fin.

Aunque se esté ante una situación que requiera de asistencia sanitaria vital, si la que se presta privadamente no es adecuada ni útil a esa situación de riesgo vital, no procede el reembolso de los gastos por ella. Esto es lo que sucede en el presente caso: la radioterapia no estaba justificada médicamente, por lo que no procede el reembolso de lo pagado por ella, dicho sea con abstracción de que no se estaba en una situación de urgencia vital como se explicará seguidamente.

Por otro lado, la asistencia sanitaria prestada a Eleuterio por los oncólogos del Servicio Canario de la Salud fue conforme a la «lex artis», sin que el hecho de que no hayan logrado el restablecimiento de su salud, debido a las limitaciones de la ciencia médica ante su gravísima enfermedad de curso letal, pueda considerarse una

denegación de asistencia sanitaria por el Servicio Canario de la Salud que justificaría el recurrir a los centros sanitarios privados con la consiguiente obligación de aquél de reembolsar lo abonado a estos.

5. Por último, siendo obvio que el concepto legal de «urgencia vital» comprende tanto a las situaciones de peligro de muerte inminente como las de riesgo perentorio de pérdida de funcionalidad de órganos, hay que atender a que la asistencia urgente a estos efectos se define no por la mera urgencia de la atención, sino por el hecho de que esa urgencia determine la imposibilidad de acceso del beneficiario a las prestaciones del servicio público de salud, bien porque se trata de la aparición súbita de un cuadro clínico que requiere una inmediata atención que imposibilita acudir a los centros de aquel, bien porque la imposibilidad de atención por dicho servicio público de salud se deba a que sus recursos no alcanzan a atender en tiempo oportuno a todos los usuarios necesitados de las concretas prestaciones sanitarias, por lo que han de ser incluidos en listas de espera cuya dilación impide la prestación de los servicios médicos al paciente en un plazo justificable desde el punto de vista médico, habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad. En este segundo supuesto (dilación en la asistencia médica por el retraso en atender a los pacientes en lista de espera), el derecho del usuario a ser reintegrado por la asistencia sanitaria prestada en centros privados depende siempre de que concurra una situación de urgencia vital.

La situación de Eleuterio no era de urgencia vital porque no revestía una gravedad patológica tal que el recurrir a los medios del Servicio Canario de la Salud generaría un riesgo cierto e inminente para su vida o integridad física. Primero, porque ya estaba siendo atendido por los facultativos del Servicio Canario de la Salud. Segundo, porque no existía la perentoriedad de la asistencia sanitaria que es consustancial a la urgencia vital, como lo demuestra el hecho de que se trasladó a la distante Clínica (...), donde acudió a consulta el 27 de agosto de 2014 e inició seis días después el tratamiento radioterápico, lo que excluye su carácter de asistencia vitalmente urgente que justificaría el reembolso de los gastos de ese tratamiento.

Por todas estas razones, es conforme a Derecho que la Propuesta de Resolución se dirija a desestimar la pretensión resarcitoria.

C O N C L U S I Ó N

La Propuesta de Resolución, dirigida a la desestimación de la pretensión resarcitoria, es conforme a Derecho.