

Dictamen Núm. 177/2024

**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*

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 17 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 6 de agosto 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 ....., dirigida al reintegro de los gastos derivados del diagnóstico y tratamiento de un tumor en la sanidad privada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 9 de abril de 2024, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al reintegro de los gastos a que tuvo que hacer frente para el diagnóstico y tratamiento de un carcinoma urotelial en la sanidad privada.

Refiere que “en el mes de julio de 2023” acude a su centro de salud por hematuria, realizándosele “análisis de orina” que no arroja resultados negativos, por lo que su médico de Atención Primaria solicita “una ecografía”;

“no obstante (...), al persistir (...) la hematuria” es remitido al Servicio de Urología del Hospital ....., donde fue citado el día 1 de agosto de 2023. Precisa que en esa consulta se le examina y se modifica la medicación prescrita, con indicación de solicitar nueva cita tras la ecografía.

Reseña que el 5 de septiembre de 2023 acude al Servicio de Urgencias del Hospital ..... “ante la persistencia de la hematuria”, sin que se le realizara la ecografía, por lo que el día 13 de ese mismo mes acude a un especialista en un centro sanitario privado, donde se lleva a cabo la prueba de imagen que determina la existencia de “tumoración” en la vejiga. Tras la práctica de una biopsia la semana siguiente, se le diagnostica un “carcinoma urotelial de alto grado”, siendo intervenido en octubre de ese año y posteriormente, en enero de 2024, para cirugía reconstructiva.

Señala que el objeto de su reclamación “es solicitar el reintegro de los gastos médicos (...) originados por la asistencia recibida en la medicina privada”, y subraya que el diagnóstico y el tratamiento fueron alcanzados en un centro privado a través de medios disponibles en el hospital público en el que fue atendido, lo que constituye “denegación de asistencia”.

Cuantifica la indemnización en trece mil doscientos setenta y seis euros con cuarenta y siete céntimos (13.276,47 €), que corresponden en su integridad a la asistencia sanitaria privada que recibió, de los cuales 204,58 € derivan de la consulta con el urólogo y la ecografía en el centro privado.

Acompaña copia de diversa documentación médica y de distintas facturas, en algunas de las cuales consta el sello de “pagado” y, respecto de otras, se aporta copia del recibo de pago con tarjeta de crédito o justificante de transferencia bancaria.

**2.** Previa petición realizada al efecto, el 24 de abril de 2024 la Gerencia del Área Sanitaria VIII remite al Servicio instructor una copia de historia clínica del paciente obrante en el hospital en el que fue atendido.

El día 3 de mayo de 2024, le traslada los informes emitidos en la misma fecha por el Jefe del Servicio de Urología y por la Directora del Área de Gestión

Clínica de Urgencias. Asimismo, le adjunta el historial de episodios del paciente en Atención Primaria, diferente documentación médica emitida por el centro privado y un escrito de “aclaración peticiones/citaciones ecografía”, suscrito por la Responsable del Servicio de Atención al Usuario del hospital.

**3.** Con fecha 22 de mayo de 2024, la Instructora del procedimiento emite informe técnico de evaluación en el que valora la asistencia prestada, reseñando los datos de la lista de espera para ese hospital y prueba referidos al mes de agosto de 2023.

Tras citar jurisprudencia relativa a las listas de espera, concluye que la atención dispensada “tanto en calidad como en la gestión de las listas de espera ha sido correcta, considerando que la decisión de realizar pruebas diagnósticas y tratamientos en la sanidad privada fue tomada de forma libre y consciente por el reclamante”, sin que el supuesto se encuentre incluido “dentro de los casos excepcionales previstos en el artículo 4.3 del Real Decreto 1030/2006, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud, referidos a aquellos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan tenido que ser atendidos fuera de dicho Sistema”.

**4.** Mediante oficio notificado al interesado el 4 de junio 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 24 de junio de 2024, el reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que, a la vista de los hechos, considera que la atención no ha sido adecuada, pues -según razona- no resulta admisible una “espera de más de cuatro meses para hacer una ecografía” decisiva, habiendo existido “riesgo vital”.

**5.** Con fecha 10 de julio de 2024, la Instructora del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, asumiendo las conclusiones contenidas en el informe técnico de evaluación.

**6.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 6 de agosto 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. .... 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 como titular de los servicios frente a los que se formula reclamación.

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 9 de abril de 2024 y, persiguiendo el resarcimiento de los gastos en que ha incurrido el interesado con ocasión de un tratamiento seguido en la sanidad privada durante los meses de septiembre y octubre de 2023 y enero de 2024, es claro que ha sido formulada dentro del plazo de un año legalmente determinado.

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

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

Por último, se observa que a la fecha de emisión de este dictamen ha transcurrido el plazo legal de seis meses para la resolución. No obstante, ello no exime de la obligación de resolver conforme lo establecido en la LPAC.

**QUINTA.-** El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los

casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Y en su apartado 2 que, “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

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

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal y atendida la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública será necesario que, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción, concurren, al menos, los siguientes requisitos: a) la efectiva realización de una lesión o daño antijurídico, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas; b) que la lesión patrimonial sea consecuencia del funcionamiento

normal o anormal de los servicios públicos; y c) que no sea producto de fuerza mayor.

**SEXTA.-** El interesado reclama el resarcimiento de los gastos satisfechos en la medicina privada para la detección y tratamiento quirúrgico de una tumoración vesical diagnosticada como carcinoma urotelial de alto grado.

Los justificantes aportados por el perjudicado acreditan la realidad del daño por el que reclama, consistente en haber afrontado gastos en la medicina privada que guardan relación con la detección y tratamiento de una patología cuya sintomatología se encontraba a estudio en la sanidad pública -de hecho, dentro de la atención dispensada en esta última llegó a formalizarse solicitud para realizar con carácter preferente la prueba de imagen (ecografía) que permitió el diagnóstico-. No obstante, la exacta determinación del perjuicio patrimonial sufrido deberá concretarse en caso de ser estimatorio el sentido de este dictamen y la posterior propuesta de resolución, habida cuenta que en alguna de las facturas se deja constancia de que parte de los gastos estarían cubiertos por un seguro privado (folio 8).

Respecto al reintegro de los gastos generados por la atención prestada fuera del sistema sanitario público, es preciso distinguir entre el ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en los supuestos de atenciones dispensadas fuera del Sistema Nacional de Salud y el de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En relación con los primeros, el Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, determina en su artículo 4.3 las condiciones para que sea exigible el reintegro de los gastos ocasionados "fuera del Sistema Nacional de Salud", disponiendo que el mismo sólo resulta procedente en los "casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital", y "una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización

desviada o abusiva de esta excepción”. No consta que dicho procedimiento -que no está sometido al dictamen de este Consejo- se haya tramitado en el caso que analizamos.

En estas condiciones, nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial como la formulada, comprensiva del importe de los gastos en los que se haya incurrido a consecuencia del tratamiento en la medicina privada de una enfermedad, si bien dicha responsabilidad patrimonial ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole.

Planteada la cuestión en los términos expuestos, conviene recordar una vez más que 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 ello 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*.

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.

También hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, y en particular asume 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, 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*).

Al respecto, debemos advertir ya en este momento que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la LPAC la solicitud de responsabilidad patrimonial deberá ir “acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante”. En el caso que examinamos, pese a que el interesado se refiere en su escrito de alegaciones al “riesgo vital” sufrido por la dilación en el diagnóstico, lo cierto es que no invoca ni justifica un daño físico concreto derivado de la posposición de la realización de la ecografía, programada para el día 21 de noviembre de 2023, limitándose las cuantías indemnizatorias reclamadas al perjuicio patrimonial resultante del gasto en que ha incurrido.

Sentado lo anterior, debemos recordar que este Consejo viene manifestando reiteradamente (por todos, Dictamen Núm. 267/2023) que para considerar legítimo el abandono del servicio público sanitario debemos atender a consideraciones objetivas y subjetivas. En primer lugar, desde el punto de vista objetivo, ha de constatarse la existencia de una infracción trascendente de la *lex artis* en el proceso diagnóstico o asistencial que justifique objetivamente esa pérdida de confianza, y ha de quedar igualmente acreditado que tal infracción es susceptible de producir un daño cierto en la salud del paciente, en sus posibilidades de curación o en su esperanza de vida. De otra parte, desde el punto de vista subjetivo, cuando quien reclama invoca implícitamente una desconfianza -lo que se deduce aquí de su reacción frente a los tiempos marcados por el servicio público, dentro del cual se solicitó la prueba diagnóstica pertinente- debemos valorar si esa desconfianza pudo haber sido

resuelta en el seno del propio servicio público por los cauces habituales. Para elaborar ese juicio constituye un indicio el hecho de si el paciente, conocida la necesidad de una prueba diagnóstica o de una cirugía, abandona de modo inmediato el sistema público para realizar dichas prácticas en la medicina privada sin dar la menor oportunidad a aquel de efectuarlas.

En el presente caso debemos distinguir entre el diagnóstico y el tratamiento quirúrgico, pues constituyen dos actos médicos claramente diferenciados a los que se imputa un coste y un correlativo perjuicio patrimonial también perfectamente diferenciable e individualizado, como evidencian las distintas facturas -así, la correspondiente al diagnóstico (folio 7) asciende a 204,58 €, mientras que las relativas a las posteriores cirugías tienen un coste de varios miles de euros-. En uno y otro caso ha de acreditarse que se infringió la *lex artis* y que la demora conlleva un riesgo relevante pues, tal como razonamos en el Dictamen 267/2023, no cabe compensar los desembolsos desde un criterio de utilidad -en cuanto descargan de una tarea al sector público-, lo que vendría a introducir un factor de discriminación frente a quien no puede asumirlos.

En cuanto a la fase de tratamiento (cirugías), se evidencia que la eventual desconfianza en el sistema pudo resolverse en el seno del propio servicio público, al que el interesado podía haber acudido una vez obtenido el diagnóstico mediante la ecografía anticipada en la sanidad privada. No ofrece al sistema público la oportunidad de acometer el tratamiento, por lo que esa partida no puede ahora resarcirse.

En segundo lugar, y en relación con el diagnóstico, consta en el expediente que el día 11 de julio de 2023 se realizó petición de ecografía "a ritmo normal desde Atención Primaria", mientras que el 5 de septiembre se efectuó "nuevamente la petición de ecografía, esta vez a ritmo preferente, desde el Servicio de Urgencias" del hospital. En el informe elaborado el 3 de mayo de 2024 por el Jefe del Servicio de Urología del hospital afectado se explica, además, que la solicitud "de interconsulta" cursada "desde Atención Primaria" el 11 de julio fue también "preferente" para "hematuria a estudio",

siendo simultánea la indicada petición de ecografía y la de "citología de orina". Dicha consulta especializada tuvo lugar veinte días después, el 1 de agosto, y en ella "se valoró el resultado de las citologías de orina, dos negativas para carcinoma urotelial y una con material insuficiente. No se pudo hacer una valoración del estudio ecográfico dado que éste aún no había sido realizado. Se le entregó al paciente un volante para solicitud de revisión en consulta una vez fuera realizada la ecografía". Aclara que en la asistencia en Urgencias llevada a cabo en el mes de septiembre fue valorado por "la persistencia de la hematuria" y, "dada la ausencia de síntomas o signos que justificaran la realización de una ecografía urgente, fue alta con nueva solicitud de ecografía a ritmo preferente", concluyendo que "ni la calidad ni los tiempos de atención clínica (...) por parte del Servicio de Urología pueden entenderse inadecuados".

En análogo sentido se informa por la Directora del Área de Gestión Clínica de Urgencias, que sostiene que en el momento de la atención prestada en el mes de septiembre el paciente "no presenta signos físicos de gravedad" a la "exploración física", sin que "los estudios complementarios realizados" muestren tampoco "criterios de gravedad", pues existe "función renal conservada normal, reactantes de fase aguda negativos, hemograma sin signos de anemia ni patrón infeccioso, tasa de coagulación y TTPA normales. Únicamente presenta 15-20 hematíes por campo en el sedimento de orina que corroboran la clínica que manifiesta".

En este contexto, el reclamante parece sostener que la infracción de la *lex artis* radica en que la prueba ecográfica no debió demorarse a la vista la persistencia de la hematuria. Al respecto, ha de ponderarse que el informe del Jefe del Servicio de Urología pone de manifiesto la relevancia de la prueba pendiente (se le da volante para que acuda al especialista inmediatamente tras la ecografía, siendo esta cita con el urólogo "preferente"), y avala la corrección de la atención dispensada por su Servicio (sin hacer referencia al Servicio de Radiodiagnóstico, al que se había solicitado la ecografía ya el 11 de julio). El informe de la Directora del Área de Gestión Clínica de Urgencias alude aisladamente a la asistencia dispensada el 5 de septiembre, en la que en mérito

a una "hematuria intermitente" -que no parece sustancialmente distinta de la que el paciente sufría desde meses atrás- se pauta una ecografía preferente.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 20.1 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, los pacientes clasificados con "Prioridad 1" son aquellos con "solicitud preferente, cuya atención debe ser resuelta, en un máximo de quince días". Al margen de esa prioridad, tratándose de una ecografía el "tiempo máximo de acceso" a esa técnica diagnóstica es de 60 días (anexo segundo).

En el supuesto planteado, el paciente acude a la sanidad privada el día 13 de septiembre de 2023 y, un mes más tarde, el 13 de noviembre se le comunica la fecha para la realización de la ecografía en la sanidad pública (folio 90) para el día 21 de noviembre, aunque desde el 5 de septiembre estaba cursada ya la petición preferente de la prueba diagnóstica, rebasado por tanto el plazo de quince días en el que debió realizarse. Aunque es patente que cuando decide acudir a la medicina privada ese plazo no se había consumido, sí se había superado el plazo de 15 días desde la petición preferente de la ecografía. En este contexto, la pérdida de confianza no puede entenderse fundada en un episodio aislado, sino que debe valorarse el conjunto de la asistencia dispensada y la gravedad de la patología cuyo diagnóstico se demora. Confirmado este último extremo, no puede obviarse en este caso que la tardanza excedió de los tiempos máximos reglamentarios y, ante la fundada sospecha de un tumor maligno, era idónea para provocar la zozobra que aboca al paciente a realizar la prueba en la medicina privada.

En definitiva, nos encontramos con un caso en el que por razones estimables el enfermo acude a un centro privado para realizar una prueba diagnóstica necesaria y determinante, si bien a continuación confía su tratamiento a la medicina privada sin ofrecer a la red pública la oportunidad de acometerlo, por lo que este Consejo estima que únicamente procede el

resarcimiento del gasto efectuado en aquella fase de diagnóstico, que asciende a 204,58 € a la vista de las facturas aportadas.

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

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.