

Expediente Núm. 10/2007  
Dictamen Núm. 113/2007

**V O C A L E S :**

*Fernández Pérez, Bernardo,*  
Presidente  
*Bastida Freijedo, Francisco*  
*Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda*  
*Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis*  
*Fernández Noval, Fernando Ramón*

Secretario General:  
*García Gallo, José Manuel*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada los días 27 y 28 de septiembre de 2007, con asistencia de los señores y señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V.E. de 8 de enero de 2007, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias formulada por doña ....., en nombre y representación de don ....., por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de lo que considera una defectuosa asistencia médica recibida en un centro sanitario público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 19 de mayo de 2006, doña ....., en nombre y representación de don ....., presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y

perjuicios derivados de la asistencia recibida en un centro sanitario de la red pública.

Inicia su escrito señalando que “el objeto de esta reclamación es solicitar el reintegro de los gastos médicos originados por la asistencia recibida en la medicina privada”.

Según relata, su representado “fue diagnosticado de adenocarcinoma de recto situado a 4-5 cm del esfínter anal por el Servicio de Digestivo del Hospital ..... (...). El paciente fue informado por el Servicio de Cirugía de las posibilidades terapéuticas en este centro hospitalario y del elevadísimo riesgo de practicarle una amputación con colostomía, es decir, con la colocación de una bolsa permanente./ Ante tal pronóstico decidió acudir a la Clínica ..... para valorar terapéuticas alternativas”.

Continúa narrando que “el día 15 de marzo de 2005 don ..... acude por vez primera a dicha Clínica ..... donde se confirma el diagnóstico de neoformación de recto localmente avanzada, considerando indicado el tratamiento neoadyuvante con radio-quimioterapia y, transcurridas seis semanas, cirugía”. Se le asegura que no va a ser necesario colocar la bolsa permanente (...). El estado que presenta en la actualidad (...) es -una vez superadas las oportunas revisiones- totalmente satisfactorio y con la intervención practicada en la Clínica ..... no sólo se ha conseguido su curación, sino que se ha evitado la colocación de la bolsa permanente con los terribles perjuicios que ello hubiese acarreado”.

Concluye que “por todo lo anterior, lo procedente es que el Insalud se haga cargo de todos los gastos que se han derivado del ingreso y tratamiento de mi mandante en la clínica ....., así como del hospedaje en la ciudad de ....., ascendiendo el montante total de la cantidad reclamada a treinta mil trescientos ochenta y nueve euros con un céntimo (30.389,01 €) “más los intereses legales que se devenguen desde la fecha de presentación de este escrito”, ya que “la exigencia de que se pusieran a disposición de don ..... los medios precisos para la recuperación de su salud no se ha cumplido, habiendo debido desplazarse a un centro privado donde se han utilizado medios diagnósticos y terapéuticos de

los que, evidentemente, disponía el Hospital ..... (...), en el que estaba ingresado mi representado, pero que obviamente no se supieron utilizar por sus facultativos”.

Para acreditar los hechos alegados propone que se expida copia “literal y completa” de la historia clínica de su representado en el Hospital ..... “comprensiva de todas las actuaciones a que ha sido sometido en ese centro hospitalario”, solicitando, asimismo, “la apertura de un periodo probatorio a fin de acreditar los hechos relatados en la exposición fáctica de este escrito”.

A su reclamación acompaña copia de los documentos siguientes:

a) Escritura notarial de poder general para pleitos, otorgada, con fecha 10 de mayo de 2006, a favor de varios abogados y procuradores de Oviedo, encontrándose entre estos últimos quien suscribe la reclamación.

b) Informe de alta del Servicio de Digestivo del Hospital ....., de fecha 5 de marzo de 2005, en el que se señalan como resultados de la “exploración física”, entre otros, “colonoscopia: a unos 4 ó 5 cm del canal anal lesión polipoide de amplia base, que ocupa unos 3 cm de longitud, de aspecto neoplásico. Se toman múltiples biopsias (...). Anatomía Patológica (28-02-05): adenoca. Moderadamente diferenciado infiltrante (...). Consulta a Cirugía (...): se explican las posibilidades terapéuticas del centro y el riesgo de amputación perineal y colostomía definitiva”. Como “comentario”, se añade que “dado el riesgo elevado de practicarle una amputación con colostomía el paciente decide acudir a otro centro para valorar terapéuticas alternativas”, anotándose “intervención quirúrgica pendiente de la decisión del paciente”.

c) Informe médico, emitido por el Departamento de Cirugía General de la Clínica ....., con fecha 24 de mayo de 2005, en el que se refleja que el paciente “ha sido diagnosticado de tumoración a 4-5 cm del ano. La biopsia ha sido informada como `adenocarcinoma infiltrante´”, señalando que se considera “indicado el tratamiento neoadyuvante con radio-quimioterapia y, transcurridas seis semanas, cirugía”.

d) Informes del Departamento de Oncología Radioterápica de la Clínica ....., de fechas 27 de abril y 13 de mayo de 2005, y del Departamento de

Cirugía General del mismo centro sanitario, de 23 de junio de 2005. En el último de ellos consta como fecha de la intervención quirúrgica el día 17 de junio de 2005 y como fecha del alta el 24 del mismo mes.

e) Seis facturas expedidas a nombre del perjudicado por la Clínica ....., por importes de setecientos treinta y cinco euros con setenta y cinco céntimos (735,75 €), trece mil seiscientos veintiséis euros con treinta céntimos (13.626,30 €), dos mil ciento setenta y tres euros con ocho céntimos (2.173,08 €), diez mil quinientos noventa y cinco euros con veintiséis céntimos (10.595,26 €), trescientos setenta y un euros con ocho céntimos (371,08 €) y mil setecientos setenta y siete euros con cincuenta y tres céntimos (1.777,53 €), respectivamente, y dos facturas en concepto de alojamiento en ....., por importes de ciento treinta y cinco euros con un céntimo (135,01 €) y novecientos treinta euros (930 €).

**2.** Con fecha 23 de mayo de 2006, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales del Servicio de Salud del Principado de Asturias remite al Servicio de Inspección Sanitaria de las Prestaciones Sanitarias (en adelante Servicio de Inspección Sanitaria) la reclamación presentada.

**3.** Mediante escrito notificado el día 5 de junio de 2006, el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria comunica a la representante del perjudicado la fecha de recepción de su reclamación y las normas del procedimiento con arreglo al cual se tramitará en dicho Servicio. Asimismo, le indica que “transcurridos seis meses, a contar desde el día siguiente al de recibo de la presente notificación, o el plazo que resulte de añadirles un periodo extraordinario de prueba, sin que haya recaído resolución expresa, podrá entenderse desestimada su solicitud de indemnización”.

**4.** Mediante escrito de fecha 30 de mayo de 2006, el Gerente del Hospital ..... comunica al Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria que “se procede a realizar el procedimiento establecido en el protocolo de instrucción y tramitación de

expedientes de responsabilidad patrimonial". Al citado escrito adjunta copia de la reclamación de responsabilidad patrimonial y de los documentos siguientes:

a) Requerimiento dirigido por el Gerente al Jefe del Servicio de Cirugía General del mismo hospital, con fecha 30 de mayo de 2006, solicitando informe sobre los hechos acaecidos en relación con la asistencia sanitaria prestada al perjudicado "con objeto de efectuar la tramitación del parte de reclamación por responsabilidad sanitaria".

b) Comunicación, de fecha 30 de mayo de 2006, por la que se remiten a la correduría de seguros el parte de reclamación y el escrito del perjudicado.

c) Parte de reclamación del seguro de responsabilidad sanitaria, cumplimentado, en triplicado ejemplar.

d) Copia de la historia clínica del interesado obrante en el hospital.

5. Con fecha 16 de junio de 2006, el Gerente del ..... remite al Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria el informe elaborado, con fecha 16 de junio de 2006, por el Jefe del Servicio de Cirugía General del mismo hospital. Consta en el citado informe que "el paciente (...) ingresó en Digestivo el 15/02/05 siendo diagnosticado de adenocarcinoma de recto inferior y solicitándose valoración al Servicio de Cirugía./ El 25/02/05 se realizó colonoscopia diagnosticándose neoformación de amplia base a 4 cm de ano de aproximadamente 3 a 4 cm de longitud./ El diagnóstico anatomopatológico de 28/02/05 fue: biopsia rectal: adenocarcinoma moderadamente diferenciado infiltrante./ El paciente fue informado de la indicación de intervención quirúrgica y de la posibilidad de que fuera necesario realizar una amputación abdomino-perineal".

6. Con fecha 26 de junio de 2006, el Inspector de Prestaciones Sanitarias designado al efecto suscribe el correspondiente Informe Técnico de Evaluación, en el que analiza la actuación de la Administración sanitaria.

Se señala en dicho informe que "en el presente caso nos encontramos ante un varón de 49 años de edad en el momento del hecho causante (...), con antecedente de rectorragias frecuentes desde hacía cinco años con semiología

baja, que el día 15-02-2005 ingresó en el Servicio de Digestivo del (.....) por rectorragia abundante de quince días de evolución y estreñimiento, sin síndrome general asociado. Los parámetros analíticos y la exploración eran normales, aunque en el tacto rectal se palpaba una lesión rugosa y el dedo salía manchado de sangre. El TAC abdominal mostraba un engrosamiento anular y excéntrico en la pared del recto, sin signos de infiltración local ni de enfermedad metastásica. La colonoscopia evidenciaba una lesión polipoide a 4 ó 5 cm del canal anal, de unos 3 cm de longitud y de aspecto neoplásico, de la que se hizo toma de biopsia con resultado de adenocarcinoma moderadamente diferenciado infiltrante. Solicitada interconsulta con el Servicio de Cirugía General, se explicaron al reclamante las posibilidades terapéuticas, así como la de tener que practicarle una amputación abdómino-perineal y una colostomía permanente. El paciente manifestó su deseo de recabar una segunda opinión, causando alta hospitalaria el 25-02-2005./ Con fecha 15-03-2005 el reclamante acudió al Servicio de Cirugía General de la (Clínica .....). Fue sometido a una endoscopia que objetivó la presencia de una neoplasia ulcerada situada entre los 5 y los 11 cm del margen anal, estadio T3, con pequeñas adenopatías peritumorales de aspecto sospechoso. El diagnóstico anatomo-patológico fue de pólipo vellosos con displasia grave-carcinoma intramucoso, recomendando tratamiento neoadyuvante con radio-quimioterapia previo a la cirugía (...). El 16-06-2005 fue sometido a nuevos estudios que evidenciaron una neoplasia ulcerada a 4 cm del margen anal interno, reducida de tamaño respecto a exploraciones previas, en estadio T2. El 17-06-2005, bajo anestesia general, se procedió a la resección anterior del recto con anastomosis colo-anal mecánica. La evolución posoperatoria fue favorable, por lo que el 24-06-2005 fue dado de alta./ En revisiones posteriores en la (Clínica .....) se propuso al paciente quimioterapia complementaria, administrando un primer ciclo (...). El reclamante mostró su deseo de continuar tratamiento en su localidad de residencia, por lo que el 04-08-2005 acudió al Servicio de Oncología Médica del (.....) donde se le planteó tratamiento reglado de seis ciclos (...) con buena respuesta. En la última revisión, de fecha 12-05-2006, el paciente continuaba

asintomático con estudios complementarios normales y marcadores negativos”.

En cuanto al tratamiento de los tumores como el que padecía el perjudicado, explica que los “situados en los 3 a 5 cm finales del recto son los que ofrecen una mayor dificultad para el cirujano, ya que debe decidir entre unos márgenes de resección amplios (un mínimo de 2 cm entre el tumor y el borde distal de la resección) y la conservación del esfínter anal. La combinación de radioterapia y quimioterapia preoperatoria ofrece ventajas en el tratamiento del cáncer rectal, al disminuir el tamaño del tumor y producir una estadificación a la baja (disminución del estadio del tumor). Esto significa la posibilidad de modificar la operación prevista, desde una resección abdómino-perineal o técnica de Miles, que comporta siempre una colostomía permanente, a una resección anterior baja con conservación del esfínter y anastomosis colo-anal. Estos dos procedimientos son los más empleados en tumores rectales de esta localización”.

En relación con el supuesto funcionamiento anormal del servicio público que sostiene el reclamante, argumenta que “la actuación de los profesionales del sistema sanitario público, informándole de la necesidad de tratamiento quirúrgico y de la posibilidad de que éste fuera radical, fue correcta y ajustada a la lex artis. Tal posibilidad era cierta y real, pues con la información clínica disponible se sabía que el tumor estaba situado en el límite para efectuar una terapéutica conservadora (anastomosis colo-anal y preservación del esfínter anal). Muchas veces, sin embargo, se comprueba intraoperatoriamente que la localización de la lesión no es exactamente la esperada y que la cirugía conservadora no es factible, teniendo que efectuar una cirugía radical. La cirugía radical es en ocasiones más efectiva para la erradicación de la enfermedad y mejor tolerada por el paciente, ya que las anastomosis muy bajas, como la que se efectuó al reclamante, pueden conllevar importantes problemas funcionales. Desconocemos (...) si el margen desde el tumor al borde distal de la resección es o no superior a los 2 cm que se indican como espacio libre mínimo para considerar erradicado el tumor./ Por otra parte, la situación clínica del reclamante no tiene encaje en lo previsto por el artículo 5.3



del Real Decreto 63/95, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, que establece: “En los 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”, concluyendo que, “en definitiva, el servicio sanitario público actuó conforme a la lex artis y la situación del reclamante no se incardina en la excepción contemplada en el mencionado Real Decreto, por lo que la Administración no vendría obligada al reintegro de los gastos derivados de la asistencia con medios ajenos”.

**7.** Con fecha 27 de junio de 2006, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente a la correduría de seguros.

**8.** El día 18 de agosto de 2006 se emite informe, suscrito colegiadamente por cuatro especialistas en Cirugía General, constando en la propuesta de resolución que ha sido realizado a instancias de la compañía aseguradora.

Se recoge en el informe que “el tratamiento del cáncer de colon, independientemente del estadiaje es la cirugía. El tratamiento quirúrgico incluye la resección del segmento intestinal afectado con márgenes suficientes (> 2 cm por encima y por debajo) y del territorio de drenaje linfático correspondiente (lo que habitualmente exige una resección más amplia de intestino). En el caso del cáncer de recto es especialmente importante, ya que la imposibilidad de obtener unos márgenes quirúrgicos adecuados puede obligar a realizar una amputación abdómino-perineal y colostomía definitiva. Esto es especialmente frecuente en el caso de tumores por debajo de los 6 cm, especialmente en el paciente varón (que tiene la pelvis más estrecha)./ En este sentido, cuando se informa a este enfermo de esta posibilidad por el Servicio de Cirugía del (.....) no se le está alarmando, ni dejando de utilizar todos los medios disponibles,



sino dando una información ajustada a la realidad de su proceso. El asegurar a este paciente que no va a precisar una colostomía, con o sin adyuvancia (a la que, además, puede no responder) es una temeridad./ El tratamiento adyuvante o complementario a la cirugía se basa en la administración de fármacos antineoplásicos a fin de incrementar las posibilidades de curación o retrasar la aparición de recaída./ El tratamiento adyuvante (quimioterapia) se aplica si se considera riesgo elevado de recaída tras la cirugía. La estimación del riesgo de recaída en un paciente intervenido de cáncer de colon con intención curativa se basa en el estudio patológico de la pieza quirúrgica (...). En el caso de que exista respuesta puede disminuir el estadiaje del tumor y ocasionalmente facilitar la cirugía, si bien puede no responder y darse la situación contraria (ignoramos si el paciente fue informado de esto), con lo que las posibilidades de colostomía habrían aumentado (...). El seguimiento realizado en este paciente tras finalizar la quimioterapia es (...) adecuado”.

Finaliza el informe con las siguientes conclusiones: “1. Paciente (...) diagnosticado de adenocarcinoma de recto en el (.....) en marzo de 2005./ 2. Desde que comienza con sintomatología y acude al (.....), es estudiado por el Servicio de Digestivo, alcanzándose de forma rápida y precisa el diagnóstico correcto./ 3. Se completa un estudio adecuado./ 4. El paciente es remitido al Servicio de Cirugía del (.....) y valorado sin demora./ 5. La información ofrecida por el Servicio de Cirugía al paciente es correcta y veraz, en atención a las características de su enfermedad. Se informa de la posibilidad de precisar amputación abdomino-perineal (no de la seguridad), posibilidad que es cierta./ 6. El paciente decide de forma voluntaria consultar en un centro privado, donde decide ser tratado./ 7. Teniendo en cuenta que el tratamiento ofrecido en el (.....) es correcto y sin demora y que el paciente no se encontraba en situación de urgencia vital, podemos considerar que el paciente decide ser tratado en la Clínica ..... por su deseo personal, tras recibir la información pertinente de ambos centros y decidir libremente. En ningún momento se niegan a atenderle en el (.....)./ 8. En el momento en que el paciente solicita nuevamente ser atendido en el (.....) se le dispensa tanto el tratamiento quimioterápico como el

adecuado seguimiento en tiempo y medios./ 9. Del estudio de la documentación remitida podemos concluir que todos los profesionales que atendieron (al paciente) en el (.....) lo hicieron de acuerdo a la "lex artis".

**9.** Mediante escrito de 16 de octubre de 2006, notificado el día 19 del mismo mes, se comunica al reclamante la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de quince días.

**10.** Con fecha 20 de octubre de 2006, la representante del perjudicado se persona en las dependencias administrativas para consultar el expediente, retirando una copia de los documentos obrantes en el mismo que, en ese momento, consta de doscientos veinte (220) folios.

**11.** El día 7 de noviembre de 2006, se presenta en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias un escrito de alegaciones en el que "se ratifican y dan por íntegramente reproducidas" las contenidas en el escrito de reclamación, y se afirma que "valorado el caso por el Servicio de Cirugía General se le informó a mi mandante que prácticamente con toda seguridad el procedimiento quirúrgico a utilizar sería la resección abdomino-perineal" y que "ello obligó a mi mandante a acudir a un centro ajeno al sistema sanitario público, donde se le ofreció -con total éxito- la segunda opción". Por ello, reitera su pretensión de reintegro de los gastos ocasionados con motivo de la asistencia sanitaria privada, que ascienden a treinta mil trescientos ochenta y nueve euros con noventa y un céntimos (30.389,91 €).

**12.** Con fecha 21 de diciembre de 2006, el Servicio de Inspección Sanitaria remite a la compañía aseguradora y a la correduría de seguros una copia del escrito de alegaciones.

**13.** El día 21 de diciembre de 2006, el Jefe del Servicio instructor elabora propuesta de resolución en el sentido de desestimar la reclamación presentada.

En ella se afirma que “en el caso que nos ocupa, el reclamante, al ser informado de la posibilidad (no de la certeza) de tener que proceder a la realización de una amputación abdomino-perineal y una colostomía, debido a la localización del tumor, decidió libremente acudir a un centro privado y optar por la solución que en éste (se) le ofreció, siendo correcta y adaptada a la lex artis la actuación de los profesionales del servicio público sanitario”.

**14.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 8 de enero de 2007, registrado de entrada el día 11 del mismo mes, V.E. solicita al Consejo Consultivo del Principado de Asturias que emita dictamen sobre consulta preceptiva relativa al procedimiento de reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración del Principado de Asturias objeto del expediente núm. ...., de la Consejería de Salud y Servicios Sanitarios, cuyo original adjunta.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

**PRIMERA.-** El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo según 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, de conformidad con 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 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), 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 a través de representante, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la LRJPAC, y de conformidad con el poder general para pleitos que adjunta.

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

**TERCERA.-** En cuanto al plazo de presentación de la reclamación, el artículo 142.5 de la LRJPAC dispone que “En todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse 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 procedimiento ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 19 de mayo de 2006, habiéndose producido el alta médica del Servicio de Cirugía General del centro en que se operó el 24 de junio de 2005, y la última revisión en el ....., el día 12 de mayo de 2006, por lo que es claro que lo fue dentro del plazo de un año legalmente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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.

No obstante, hemos de señalar que la comunicación dirigida a la representante del perjudicado, en los términos de lo dispuesto en el artículo 42 de la LRJPAC, incurre en error al fijar el plazo máximo de resolución y notificación del procedimiento, ya que no puede computarse, como indica el Jefe del Servicio de Inspección Sanitaria, a partir del “día siguiente al de recibo de la presente notificación”, sino, de acuerdo con el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial, desde que se inició el procedimiento, es decir, desde la fecha de recepción de la reclamación por el órgano competente para resolver.

Por último, se aprecia que ha sido rebasado el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. Recibida la reclamación en el Registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias el día 19 de mayo de 2006, se concluye que, a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo, el día 11 de enero de 2007, el plazo de resolución y notificación ha sido sobrepasado. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.4, letra b), de la referida LRJPAC.

**QUINTA.-** El artículo 106.2 de la Constitución establece 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 139 de la LRJPAC, ya citada, dispone 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, salvo en los casos de fuerza mayor,

siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos”. 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”.

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 asunto que se somete a nuestra consideración se refiere a la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada como consecuencia de lo que el interesado considera una deficiente asistencia recibida en un centro sanitario público, en el que, según afirma, no se le atendió “en debida forma” en la medida en que no se pusieron a su disposición “los medios precisos para la recuperación de su salud”. Con motivo de lo que califica como “falta de actividad de la Administración sanitaria (o de su actuación equivocada)”, manifiesta que ha “debido desplazarse a un centro privado donde se han utilizado medios diagnósticos y terapéuticos de los que, evidentemente, disponía el hospital (...) en el que estaba ingresado (...), pero que obviamente no se supieron utilizar por sus facultativos”, cuantificando la indemnización en el importe de las facturas derivadas de la asistencia en una clínica privada y del

alojamiento en la ciudad en que aquélla radica, cuyo reembolso también reclama.

En materia de reintegro de gastos sanitarios, la normativa aplicable a los hechos en los que se basa la reclamación que analizamos era el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, hoy derogado por 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, cuyo artículo 4.3 constituye la norma equivalente vigente.

Sin embargo, el particular no opta por el ejercicio de esa acción de reembolso, sino por la de exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, solicitando una indemnización por el funcionamiento anormal del servicio sanitario público. Tal planteamiento -y su consecuente reclamación- es admisible, pero para que pueda prosperar deberán concurrir los requisitos generales que hemos señalado. Por tanto, habrá que analizar si nos hallamos ante un daño antijurídico, es decir, un daño que no tenga el reclamante obligación de soportar y si éste ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público.

En este sentido, acreditado en el procedimiento que el paciente, tras recibir la información pertinente de ambos centros sanitarios, decidió libremente acudir a la medicina privada, deberíamos concluir ya que no se aprecia un daño antijurídico, sino que estamos simplemente ante una legítima opción individual entre el sistema sanitario público y los servicios sanitarios privados, resuelta autónomamente por el reclamante a favor de estos últimos, y cuyas consecuencias -entre ellas las económicas, es decir, el desembolso realizado como abono de los gastos de consulta y operación quirúrgica en el ámbito de la sanidad privada- han de ser soportadas por quien adopta dicha decisión.

Pese a la conclusión expuesta, en aras de un exhaustivo examen de las imputaciones realizadas al funcionamiento del servicio sanitario público en el caso concreto, procede analizar si, tal como manifiesta el reclamante, se ha



dado un funcionamiento anormal de los servicios públicos, en el sentido de falta de puesta a su disposición de los medios -diagnósticos y terapéuticos- precisos para la curación, de “actuación equivocada” o de “falta de actividad de la Administración sanitaria”, que constituya título suficiente para la atribución de responsabilidad.

Debemos empezar por indicar que, como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio sanitario público 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, 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 concretos.

Por lo tanto, para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio sanitario público 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.

El reclamante considera inadecuada la alternativa de tratamiento indicada por el centro sanitario público, en la medida en que conllevaba -así se le comunicó, como consta en los documentos obrantes en la historia clínica- un “elevado riesgo” de tener que practicar una amputación abdómino-perineal y

colostomía permanente y a continuación afirma, aunque no aporta soporte probatorio alguno sobre el particular, que en el centro privado, por el contrario, “se le asegura que no va a ser necesario colocar la bolsa permanente”.

Todos los informes obrantes en el expediente coinciden en señalar, sin que tales extremos hayan sido desvirtuados por actividad probatoria de parte, que la actuación prestada al interesado por el sistema sanitario público fue ajustada a la *lex artis ad hoc*, siendo correctos tanto el diagnóstico de la enfermedad, que se produjo sin demora, como el tratamiento prescrito, habiéndose puesto a disposición del paciente todos los medios indicados para llevar a cabo el diagnóstico e intentar la curación de su dolencia, sin que en ningún momento le fuese denegada la asistencia.

Se encuentra asimismo dentro de los parámetros de la *lex artis* la actuación de los profesionales del sistema sanitario público al informar al paciente de la necesidad de tratamiento quirúrgico y de la posibilidad, cierta y real, debido a la localización del tumor, de que éste pudiera ser radical, hasta el punto de afirmar los especialistas de la asesoría privada en su informe que “el asegurar a este paciente que no va a precisar una colostomía, con o sin adyuvancia (a la que, además, puede no responder) es una temeridad”.

En consecuencia, este Consejo Consultivo entiende que la actuación de la Administración sanitaria se ajustó en todo momento al criterio de la *lex artis*, originándose los gastos que ahora se reclaman por la decisión personal del interesado de acudir a un centro privado, abandonando voluntariamente los servicios de la sanidad pública cuando ya se había establecido un diagnóstico preciso de la dolencia y se había pautado un tratamiento idóneo para la erradicación del tumor, por lo que, en definitiva, corresponde al particular la obligación de soportar las consecuencias -entre ellas el gasto generado- que se derivan de su decisión.

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 doña .....,  
en nombre y representación de don ....."

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

Gijón, a .....

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º  
EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.