

Expediente Núm. 4/2010
Dictamen Núm. 280/2010

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
Del Valle Caldevilla, Luisa Fernanda
Rodríguez-Vigil Rubio, Juan Luis
Fernández Noval, Fernando Ramón
Jiménez Blanco, Pilar

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 25 de noviembre de 2010, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 4 de enero de 2010, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios causados a consecuencia del diagnóstico erróneo realizado en un centro sanitario público.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Mediante escrito presentado el día 22 de enero de 2009 en una oficina de correos, con entrada en el registro del Servicio de Salud del Principado de Asturias (Sespa) el día 23 del mismo mes, la reclamante formula reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios ocasionados por el mal funcionamiento del servicio público sanitario.

Expone que el día 21 de diciembre de 2007 fue intervenida, de forma urgente en una clínica privada de Madrid “tras ser diagnosticada de cáncer de

colon con metástasis avanzadas en todo el hígado – estadio IV”. Refiere que esta intervención se produce luego de estar a la espera de la realización de una colonoscopia en un centro hospitalario público, solicitada el 23 de noviembre de 2007 por su médico de cabecera, prueba “para la que nunca sería citada puesto que no fue considerada preferente ni urgente por parte de los servicios médicos”, actuación que considera errónea como demuestran sus graves dolencias, “si bien todo ello no es objeto de reclamación en este momento”, sino que hace “referencia a ello para relacionar los antecedentes de mi enfermedad”.

Relata que fue dada de alta de su operación el día 3 de enero de 2008, presentando en fechas posteriores cuadros febriles que se intensificaron los días 21 y 22 de enero de 2008, por lo que el mismo día 22 acudió al Servicio de Urgencias de su hospital de referencia donde, después de realizarle diversos análisis y un TAC abdominal, quedó ingresada para ser tratada farmacológicamente por entender los médicos “que la fiebre puede deberse a una infección”. A la mañana siguiente, día 23 de enero, un facultativo le informa verbalmente que “tras un análisis pormenorizado del TAC abdominal practicado, se observa un cuerpo extraño, restos de catéter (...) en el lugar en el que fui intervenida que exigiría intervención quirúrgica para su extracción”.

Añade que tras la alarma y desasosiego que le produjo esa información, su familia comunica la situación al cirujano que la operó, quien desaconseja la pretendida intervención al no considerar probable la existencia en su organismo de resto alguno como el indicado y le recomienda que se traslade inmediatamente a la clínica para ser examinada por él, decisión que adopta. Ese mismo día se le da el alta en el hospital y se traslada a la clínica de Madrid donde ingresó la madrugada del día 24 de enero de 2008. Allí le practicaron “diversas pruebas, entre ellas radiológicas y TAC abdomino-pélvico” y “ninguna de ellas confirma la existencia de cuerpo extraño alguno ni la necesidad de intervención para su extracción, salvo una colección líquida, perihepática de unos 3,5-4 cm de carácter homogéneo, que resulta aséptica”. Se le “administra medicación intravenosa que hace remitir el proceso febril” y se le “instala un

drenaje" con el que regresó a su domicilio "con objeto de iniciar cuanto antes tratamiento quimioterápico", siendo alta el día 2 de febrero de 2008.

Considera "que existe una evidente relación de causalidad entre la lesión producida, consistente en el desembolso económico realizado, y el error de diagnóstico".

Reclama una indemnización en cuantía de ocho mil ciento cincuenta y tres euros con veinticinco céntimos (8.153,25 €), importe resultante de la suma de los gastos médicos, estancia y atenciones generados en la medicina privada, correspondiente al periodo comprendido entre el 24 de enero al 2 de febrero de 2008.

Al escrito de reclamación acompaña copia de los siguientes documentos:

a) Hoja de episodios clínicos suscrita el 4 de abril de 2008 por su Médico de Atención Primaria en la que constan, entre otras las siguientes anotaciones: "23-11-2007 (...). Solicito colonoscopia pref."; "3-12-2007 (...). A día de hoy asintomática no más rectorragias. Pte. de colono"; "10-01-2008 (...). Estaba pendiente de colonoscopia preferente, no presentaba sdr. general (...) parece que acudió a esta cta. otro día que yo no estaba sin rectorragia pero con discreto aumento de dolor abdominal y le dijeron que esperase a colono./ Acudió por su cuenta a través de familiar ATS a hospital de León donde es diagnosticada el 17-11-2007 de Neo colon con afectación hepática siendo derivada a su hospital de referencia en Asturias./ Acudieron a Madrid donde es intervenida el 21 de dic. con dco. de adenocarcinoma de colon con Mt. hepáticas". b) Informe clínico del hospital público de referencia de la interesada, de fecha 23 de enero de 2008, en el que se consigna "alta" en esa misma fecha y como resultado de TAC abdominal: "colección de 5,3 x 3,6 cm en el lecho quirúrgico de LHI con catéter en su interior" y se indica que, "comentado el caso con la paciente, esta prefiere acudir al hospital donde fue intervenida, por lo que es dada de alta, y se le facilita copia de TAC y analítica". c) Informe clínico de fecha 31 de enero de 2008, emitido por el facultativo que la intervino, en el que resume los antecedentes de la enferma, detalla las pruebas practicadas, el tratamiento aplicado con motivo del reingreso en el

centro privado tras episodios de hipertemia vespertina y consigna el diagnóstico “de absceso hepático y cuerpo extraño” realizado en el hospital. d) Factura por importe de 8.153,25 €, emitida por una clínica privada a nombre de la reclamante con fecha 11 de febrero de 2008.

2. Mediante escrito de 5 de febrero de 2009, sin que conste la fecha de notificación, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios (en adelante Servicio Instructor) comunica a la interesada la recepción de su reclamación y las normas del procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará en el referido Servicio.

3. El día 6 de febrero de 2009, la Inspectora designada para elaborar el preceptivo Informe Técnico de Evaluación solicita a la Gerencia del centro hospitalario una copia de “la historia clínica literal y completa de la perjudicada en esa institución” y un “informe clínico del médico responsable del proceso asistencial de la paciente, a la vista de sus alegaciones”.

4. Con fecha 18 de marzo de 2009, la Directora Médica del hospital remite al Servicio instructor un ejemplar del parte de reclamación del seguro de responsabilidad sanitaria, así como copia de la reclamación formulada y de la historia clínica de la paciente, en la que constan, entre otros, los siguientes documentos: a) En primer lugar, los cuatro ya aportados por la propia interesada junto con su reclamación, esto es: hoja de episodios clínicos obrante en el centro de salud, suscrita el 4 de abril de 2008 por su Médico de Atención Primaria; informe clínico del hospital, de fecha 23 de enero de 2008; informe clínico emitido el día 31 de enero de 2008 por el facultativo privado que la intervino, del que cabe destacar el detalle del tratamiento aplicado tras el reingreso en la clínica: “se realiza antibioterapia intravenosa, remitiendo el proceso febril. Teniendo en cuenta (...) que la enferma espera para iniciar tratamiento quimioterápico sistémico, finalmente se realiza instalación (de) drenaje, a través de incisión subcostal mediante la cual se accede a la cavidad

residual, de contenido fluido, mezclado con jugo biliar, en una colección que corresponde a la superficie hepática de sección, de 3,5 x 2,5 cm. Se advierten al tacto las zonas de sutura-sección mediante grapadoras longitudinales./ La enferma es dada de alta con drenaje (Jackson)"; y factura del centro privado correspondiente al periodo comprendido entre el 24 de enero al 2 de febrero de 2008. b) Hoja de datos de hospitalización en la que consta el ingreso de tipo urgente de la perjudicada, el día 22 de enero de 2008, por "absceso hepático (N. de colon con Mx. hepática". c) Hoja de curso clínico correspondiente al mismo día del ingreso en la que se anota: "Asintomática y sin fiebre./ Solicito hoy analítica de control./ Llamará al S.º que la ha operado para comentar los hallazgos del TAC (pendientes de hablar con ella para aclarar la presencia de un cuerpo extraño en la cavidad del lecho quirúrgico en LHI)", y a continuación se registra: "avisa al médico de guardia para expresar su deseo de alta para acudir al hospital donde fue intervenida./ A petición de la paciente le facilito informe de alta con copia del TAC y analítica". d) Hoja de petición de estudio radiológico, de fecha 22 de enero de 2008, en la que se apunta: "Intervenida el 21-12-07 por N. colon con Mx hepáticas (...). Reintervenida por sangrado./ Acude a Urgencias por fiebre elevada" y tras el "TAC abdominal" se informa: "se practicó estudio (...) colección de 5,3 x 3,6 cm situada probablemente en el lecho quirúrgico del LHI (entre este y el diafragma) con catéter en su interior. Múltiples LOES en el parénquima hepático sugestivas de metástasis. No hay líquido libre". e) Informe de alta suscrito el 28 de enero de 2008 por la facultativa responsable del Servicio de Cirugía del centro público, en el que refiere la fecha de ingreso de la enferma ("22-01-2008") y el motivo del mismo, los antecedentes personales, la exploración física y los estudios complementarios practicados, y concluye indicando que "la paciente ingresa en el S.º de Cirugía General y se comienza tratamiento médico con antibioterapia intravenosa (...), evolucionando favorablemente y normalizándose la temperatura. Ante la decisión de la paciente de ser trasladada al centro donde ha sido intervenida (en Madrid), se decide alta para tratamiento y seguimiento en el S.º de origen", que se produce en fecha "23-01-2008".

5. El día 26 de marzo de 2009, la Directora Médica del hospital remite al Servicio instructor el informe del Servicio de Cirugía General, suscrito por una facultativa con el visto bueno del Jefe del Servicio, el día 24 de marzo de 2009.

En él se indica que tal como se detalla en el informe provisional de alta de 23 de enero de 2008, “se trata de una paciente que acude por síndrome febril al Servicio de Urgencias de nuestro hospital el 22 de enero, estando convaleciente de una intervención quirúrgica realizada en un centro privado de Madrid (...). La paciente aporta el informe de alta de dicho centro, en el que se describe la intervención realizada”. Añade que a la exploración física, la enferma se halla “consciente y orientada”, con una temperatura de 39°, palidez-cutáneo mucosa y “abdomen con cicatriz media y subcostal derecha ampliada en buen estado y sin signos de infección”. Tras los estudios complementarios realizados (hemograma y TAC abdominal), la impresión diagnóstica es “absceso posquirúrgico hepático con cuerpo extraño en su interior”. Con respecto al curso clínico, refiere que a la enferma se le informa “del diagnóstico y se le explica que el tratamiento consiste en antibioterapia intravenosa de amplio espectro (con la que comienza el mismo día del ingreso) pero que es probable que precise un drenaje quirúrgico para la solución definitiva del problema. La paciente decide solicitar el alta para ser valorada en el centro privado en que fue operada”, ante lo cual se le facilitan todas las pruebas realizadas incluidas las de imagen. A continuación se significa que en el informe suscrito por el facultativo particular el 31 de enero de 2008 y en lo que respecta al tratamiento aplicado consta que “la paciente fue sometida en el centro privado al mismo tratamiento que se le indicó en el hospital (...), a saber: antibioterapia intravenosa, y posteriormente, aunque había remitido el proceso febril, se decide realizar ante la persistencia de la colección, drenaje quirúrgico” y cita textualmente lo informado por el cirujano: “finalmente se realiza instalación (de) drenaje, a través de incisión subcostal, mediante la cual se accede a la cavidad residual”. Por último, se indica que la enferma estuvo

ingresada durante nueve días en la clínica y allí “se le repitieron las pruebas realizadas en nuestro hospital”.

6. Con fecha 22 de julio de 2009, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. Tras la descripción de los hechos recogidos en la reclamación, procede a su valoración señalando que a la paciente, “afecta de carcinoma de colon estadio IV con metástasis hepáticas”, el diagnóstico le “fue establecido de forma correcta en el ámbito de la sanidad pública”, ya sospechado a nivel de asistencia primaria, lo que hizo que le solicitaran con carácter preferente la práctica de una colonoscopia al objeto de su confirmación, prefiriendo la reclamante “acudir en tiempo no superior a un mes desde la petición de la prueba” a un hospital público de León, “por recomendación de un familiar trabajador del centro”. Allí, confirmado el diagnóstico y la gravedad y extensión de su proceso, “decide acudir a médico especialista en esta patología, prestigioso a nivel nacional que presta sus servicios profesionales en la sanidad privada, por iniciativa propia, siendo tratada igualmente de forma correcta, pero quedando tras las dos intervenciones quirúrgicas practicadas en el ámbito de la sanidad privada, un cuerpo extraño en su organismo, que daba síntomas generales”, por lo que acudió en esta ocasión a su hospital de referencia, “que hizo el diagnóstico correcto y señaló la necesidad de su extracción”, y de nuevo la paciente, tras esta información, decide que esta práctica se lleve a cabo por la medicina privada. Por todo ello concluye que la reclamación debe ser desestimada, al considerar que “la actuación de los profesionales del sistema sanitario público que intervinieron en el proceso asistencial de la perjudicada, fue correcta y ajustada a la lex artis”.

7. Mediante escritos de 28 de julio de 2009, por el Servicio instructor se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Sespa, y del expediente completo a la correduría de seguros.

8. El día 26 de octubre de 2009, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales del Sespa remite al Servicio instructor copia de la carta por la que la compañía aseguradora comunica la exclusión de cobertura de la reclamación objeto de este procedimiento.

9. Con fecha 26 de octubre de 2009, se notifica a la reclamante la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y se le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Mediante diligencia extendida el día 4 de noviembre de 2009, se hace constar la vista del expediente y la entrega de fotocopia de los documentos que lo integran a quien a través de poder acredita ser el representante legal de la interesada.

10. El día 13 de noviembre de 2009, el representante de la perjudicada presenta en una oficina de correos un escrito de alegaciones. En él, tomando en consideración el informe emitido por la Inspectora de Prestaciones Sanitarias, señala en primer lugar que, “tras haber sido pautaada por el médico de cabecera la práctica de colonoscopia preferente, el Servicio de Digestivo del hospital (...) no lo consideró ni preferente ni urgente sino que lo cursó a ritmo normal”, y en tal sentido adjunta comunicación del centro sanitario de fecha 4 de marzo de 2008, donde en contestación al requerimiento de la paciente se le dice que dicha prueba, por criterio médico, se “consideró que debía cursarse a ritmo normal, por lo que el volante de endoscopia se archivó en el correspondiente fichero pendiente de asignarle fecha”.

Considera que este primer error o desatención por parte del hospital, si bien “no es objeto de la presente reclamación”, sí “pone de manifiesto” que la “paciente siempre acude primero a la sanidad pública”, recurriendo a la medicina privada “cuando no le queda remedio”, lo que le resalta al entender que “la inspectora informante (...) expone los hechos (...) queriendo dar a entender que acude a la medicina privada de forma caprichosa o innecesaria”.

A continuación manifiesta que el segundo error cometido por los servicios médicos del hospital público, y el que genera la reclamación, es que a la enferma se le diagnostica “la existencia de un cuerpo extraño -resto de catéter- en su organismo”, señalándole la necesidad de ser intervenida quirúrgicamente para su extracción. Ante esta situación, la familia se comunica con el prestigioso profesional que la intervino, “quien desaconseja la pretendida intervención y la urge a acudir al centro privado”, donde “en ningún momento es operada (...) para extraer ningún cuerpo extraño, ni la paciente manifiesta preferir ser intervenida por él; no hay ningún consentimiento de la paciente a ser operada”. Lo “que hace es acudir a Madrid para ver qué es lo que tiene”. Allí, en la clínica, el especialista la tiene en observación y “le aplica tratamiento consistente en antibioterapia intravenosa con lo que remite el proceso febril por el que había acudido a la sanidad pública (...) y se le instala un drenaje Jackson por la colección líquida que presenta, con el que (es) dada de alta. Ni es intervenida quirúrgicamente ni se le extrae el supuesto cuerpo extraño que le decían en el hospital (...) y cuya pretensión era operarla para extraerlo. No hay nada de eso”.

A su juicio, resulta evidente que no se hizo el diagnóstico correcto y que hubiera sido “un auténtico error, totalmente alejado de la *lex artis* que se dice haber cumplido” el someter a la paciente a una nueva operación para extraerle algo que no tenía.

11. Con fecha 3 de diciembre de 2009, el Jefe del Servicio instructor elabora propuesta de resolución en sentido de desestimar la reclamación formulada, considerando que, de acuerdo con la documentación examinada, se puede concluir que todos los profesionales que trataron a la paciente lo hicieron de manera correcta; por tanto, “la asistencia prestada fue acorde a la *lex artis*”. En la propuesta de resolución se hace referencia al calificado por la interesada como “primer error”, que no es objeto de la presente reclamación, afirmándose que la paciente “en un tiempo no superior a un mes entre la petición de la

prueba diagnóstica, y no habiendo sido aún llamada para su realización, prefirió acudir al centro privado”.

12. En este estado de tramitación, mediante escrito de 4 de enero de 2010, registrado de entrada el día 8 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 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 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 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 la interesada activamente legitimada 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 con poder bastante al efecto, a tenor de lo establecido en el artículo 32 de la Ley citada.

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

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 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 supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 22 de enero de 2009, habiendo recibido el alta en la clínica privada a la que acude tras ser asistida en el hospital al que se imputan los hechos el 2 de febrero de 2008, por lo que es claro que ha sido interpuesta en el plazo de un año legalmente establecido.

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.

Por último, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis

meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. 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 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 139 de la LRJPAC 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, 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”.

Por otra parte, el artículo 141 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 asunto que se somete a nuestra consideración se refiere a una demanda de indemnización por los daños patrimoniales ocasionados por tener que acudir la interesada a la asistencia sanitaria privada, según refiere, ante la diagnosis incorrecta de su dolencia en la sanidad pública.

La naturaleza de la pretensión que da lugar al procedimiento que analizamos se corresponde, en principio, con la de una solicitud de reintegro de gastos, pues aduce la reclamante que su determinación de acudir a la sanidad privada ha venido motivada por la “inasistencia del Sespa”. A este respecto, 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 gastos sanitarios generados en centros que no pertenezcan al Sistema Nacional de Salud y dispone que se reembolsarán los gastos en tales centros 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 aquel y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción.

Sin embargo, la interesada no se decanta por el ejercicio de esa acción de reembolso sino por la de exigencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, solicitando una indemnización por el funcionamiento anormal del servicio público sanitario, consistente en la citada “desatención” y

en la existencia de un error de diagnóstico, con expresa invocación de los artículos 106.2 de la Constitución y 139 y siguientes de la LRJPAC. Tal planteamiento -y su consecuente reclamación- es admisible, pero para que pueda prosperar deberán concurrir los requisitos generales que hemos señalado en la consideración jurídica quinta. Por tanto, habrá que analizar si nos hallamos ante un daño efectivo, evaluable económicamente, ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario, y antijurídico.

Por lo que a la efectividad del daño se refiere, el gasto desembolsado por la interesada como consecuencia de la asistencia recibida en la sanidad privada durante su reingreso tras ser sometida a intervención quirúrgica en la misma clínica se encuentra acreditado con la factura que adjunta, sin perjuicio de una valoración más concreta si el sentido de este dictamen fuese finalmente estimatorio de la reclamación.

Ahora bien, la mera constatación de unos daños efectivos, individualizados y susceptibles de evaluación económica surgidos en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de probarse que el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Como ya ha tenido ocasión de señalar en anteriores dictámenes este Consejo Consultivo, el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por lo que no puede imputarse, sin más, a la Administración sanitaria cualquier daño que sufra el paciente con ocasión de la atención recibida, o la falta de curación, siempre que la práctica médica aplicada se revele correcta con arreglo al estado actual de conocimientos y técnicas disponibles. El criterio clásico reiteradamente utilizado para efectuar este juicio imprescindible, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia, responde a lo que se conoce como *lex artis*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la 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. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

La perjudicada sostiene que el servicio público sanitario incurrió en el “error de diagnosticarle la existencia de un cuerpo extraño alojado en el interior de su organismo (...) concretamente (...) un resto de catéter de la operación que había tenido en la medicina privada (...) y se le señala la necesidad de su extracción para lo cual debe ser intervenida quirúrgicamente”. Ante esto, “lógicamente la reacción (...) es comunicar urgentemente con el doctor (...) que la había intervenido (...), quien desaconseja la pretendida intervención y la urge a acudir al centro privado”.

Del contenido de la reclamación, cabe deducir que el dato esencial determinante de la decisión posterior de abandono del sistema público sanitario por la interesada era el tratamiento prescrito por los facultativos advirtiéndole de la necesidad de realizar una intervención quirúrgica, siendo el supuesto error de diagnóstico un antecedente de aquel.

Ciertamente, los informes médicos que obran en el expediente no permiten observar una total coincidencia en los diagnósticos realizados por los

facultativos de la sanidad pública y privada. Según los primeros, el TAC abdominal urgente detectó "colección de 5,3 x 3,6 cms situada probablemente en el lecho quirúrgico del lóbulo hepático izquierdo (entre este y el diafragma), con catéter en su interior". El informe del facultativo privado, realizado después de repetir la misma prueba ya realizada en la sanidad pública (el TAC abdomino-pélvico) y a la vista de su resultado, refleja la presencia de la "colección perihepática", añadiendo que "se observan contrastadas las líneas de oclusión y sección mediante grapadoras lineales (ver informe correspondiente)" -informe que no se adjunta a la reclamación-, sin negar la existencia de un cuerpo extraño. A la vista de todo ello, no cabe entender que el diagnóstico efectuado por el servicio sanitario público haya quedado desvirtuado por ningún otro informe médico, por lo que no resulta acreditado el error imputado a dicho servicio.

En cualquier caso, y en línea con lo anteriormente señalado, el tratamiento seguido por la clínica privada ha sido el que la patología presentada (colección hepática) exigía y que es el mismo del que fue informada por el servicio público sanitario. Así se recoge en el informe emitido por el Servicio de Cirugía General del hospital, que refiere que "se le explica (a la paciente) que el tratamiento consiste en antibioterapia intravenosa de amplio espectro (con la que comienza el mismo día del ingreso) pero que es probable que precise un drenaje quirúrgico para la solución definitiva del problema". Tal tratamiento coincide con el descrito en el informe de 31 de enero de 2008 suscrito por el facultativo privado que atendió a la reclamante y que consistió en "antibioterapia intravenosa (...), finalmente se realiza instalación drenaje, a través de incisión subcostal".

Por todo ello, ha de concluirse, siguiendo el informe técnico de evaluación, que el funcionamiento del servicio público sanitario ha sido adecuado a la *lex artis*, no apreciándose relación de causalidad entre la asistencia sanitaria prestada y el daño alegado, ya que este se produce con el abandono del servicio público por parte de la reclamante sin que exista ninguna circunstancia objetiva que lo justifique, de modo que el perjuicio por el que se

reclama tiene origen en su decisión personal y voluntaria de acudir a un centro privado, teniendo la obligación de soportar las consecuencias que se derivan de sus propias decisiones.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.