

Expediente Núm. 285/2011
Dictamen Núm. 90/2012

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 21 de marzo de 2012, 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 23 de noviembre de 2011, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados del funcionamiento del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 15 de febrero de 2011, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una “reclamación de responsabilidad patrimonial (...) en solicitud de reintegro de gastos médicos”, dirigida al resarcimiento de los costes de su tratamiento en la medicina privada por considerar que se produjo una “falta de asistencia y error en el tratamiento” en la sanidad pública.

Inicia el relato de los hechos refiriendo su ingreso hospitalario “para una intervención quirúrgica de (...) adenomectomía retropúbica”, a cuyas resultas sufre una incontinencia urinaria “que no se podía tratar” en la red sanitaria pública.

Concreta, a continuación, que “el objeto de la presente reclamación es solicitar el reintegro de los gastos médicos originados por la asistencia recibida en la medicina privada”.

Residencia la “base de la pretensión” en que la “exigencia de que se pusieran los medios precisos para la recuperación de mi salud (entré sin pañales y salí con pañales) no se ha cumplido, teniendo que desplazarme a un centro privado (...) donde se me facilitó el tratamiento que me debía haber proporcionado” la sanidad pública.

En consecuencia, reclama que la Administración “se haga cargo de todos los gastos” que le fueron girados por la clínica privada, “concretándose (...) en 6.218.50 € de acuerdo con las facturas que se aportan”.

Acompaña al efecto copia de los siguientes documentos: a) Informe de alta tras su intervención quirúrgica, librado el 11 de marzo de 2010 por el Hospital “X”. b) Informe de un centro médico privado en el que consta su ingreso el 1 de octubre de 2010, día en el que se le colocan “3 implantes de macroplastic”, siendo alta al día siguiente. c) Justificantes del pago de la cantidad reclamada a la citada clínica.

2. Con fecha 4 de marzo de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios notifica al reclamante la fecha de entrada de su reclamación “en la Administración del Principado de Asturias”, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. A petición de la Inspectora de Prestaciones Sanitarias designada para elaborar el informe técnico de evaluación, el centro hospitalario al que se imputa el daño remite al Servicio instructor el informe elaborado por el Servicio

de Urología y una copia de la historia clínica del paciente, así como del parte de reclamación a la aseguradora de la Administración sanitaria.

En el mencionado informe se detalla que el interesado en su última consulta, el día 20 de octubre de 2010, "dice seguir igual", por lo que se le ofrece la "posibilidad de ser valorado en el hospital de referencia del Área (...)" y, en el supuesto de que se confirmara la existencia de una incontinencia urinaria de esfuerzo por lesión esfinteriana (algo que yo aún no he podido objetivar), plantear alguno de los tratamientos oportunos. Debe remarcar que este tipo de tratamientos (...) no figuran en la cartera de prestaciones de que dispone el propio hospital (...), incluidos los implantes suburetrales de silicona. Otra opción que se le oferta al paciente es remitirle al Servicio de Rehabilitación" del Hospital "Y" y, "de forma consciente y voluntaria (...), opta por ser remitido al Servicio de Rehabilitación, realizándose con posterioridad la correspondiente interconsulta a dicho Servicio". Asimismo, "se le recomienda (...) que una vez haya sido tratado en el Servicio de Rehabilitación solicite consulta en la Unidad de Urología (...) para continuar las valoraciones clínicas oportunas. No ha vuelto a revisión".

Añade que "la incontinencia de orina es una de las complicaciones posibles que pueden surgir tras cirugía prostática. Así figura en el documento de consentimiento informado que se entrega (...). No todas las causas de una incontinencia (...) residen en la existencia de una lesión del esfínter externo. Otra causa posible es la existencia de un detrusor inestable, patología (...) que en ocasiones no responde a los tratamientos disponibles./ El tratamiento óptimo de la incontinencia de orina secundaria a lesión esfinteriana es el esfínter urinario artificial. No obstante, su colocación no suele plantearse hasta pasados, al menos, 12 meses desde la cirugía. El motivo de esta demora es la existencia de mejorías espontáneas (...). De este modo, el planteamiento de actitudes terapéuticas invasivas no suele realizarse en la sanidad pública hasta que la situación clínica de la incontinencia se entiende que está estabilizada./ En ningún momento se ha dejado de administrar (...) una técnica o tratamiento de la que dispusiera el Hospital "X". De hecho cuando, transcurridos 7 meses

desde la cirugía, se constata la insatisfacción del paciente y la persistencia de la clínica se le ofertan dos opciones que pasan por su valoración en el Hospital “Y” (...). Cuando (...) acude por última vez a consulta (20 de octubre de 2010) afirma, y así consta en la historia clínica, seguir con escapes de orina continuos y diarios. En ningún momento refiere haber sido sometido a la colocación de implantes suburetrales de silicona en otro centro, hecho ocurrido el día 1 de octubre de 2010”.

4. También a petición de la Inspectora de Prestaciones Sanitarias, el Gerente de Atención Primaria del Área Sanitaria IV remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica del reclamante y del informe librado por el médico de cabecera del perjudicado con fecha 28 de marzo de 2011. En él se relata que el paciente indicó padecer, tras la cirugía, incontinencia urinaria, “motivo por el que se le prescribieron absorbentes” (15 de marzo y 24 de noviembre de 2011)./ En esa misma fecha (...) refirió acudir a (la) medicina privada y (la) colocación posterior de ‘macroplastique’./ Hasta la fecha se le ha facilitado tratamiento farmacológico de los antibióticos que ha precisado y antagonistas de receptores colinérgicos muscarínicos, estos últimos como medicación crónica que recoge periódicamente”.

5. Con fecha 14 de abril de 2011, la Inspectora de Prestaciones Sanitarias emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él se recoge que el paciente prestó su conformidad a la adenomectomía prostática practicada el 1 de marzo de 2010, “confirmándose por (...) Anatomía Patológica que la pieza extirpada era una hiperplasia nodular benigna (...). La primera consulta ambulatoria tras la intervención se realiza el 9 de abril de 2010, refiriendo el paciente cierta sensación de dificultad miccional e incontinencia urinaria. Al haber transcurrido poco tiempo desde la intervención y considerando que la aparición de estos síntomas no son infrecuentes, se le recomienda realizar ejercicios de suelo pélvico, se le pauta anticolinérgico y se le solicita urinocultivo (...) y se programa nueva consulta (...). El 22 de junio siguiente, ante la

persistencia de la clínica, se le realiza un estudio urodinámico que detecta que no hay `objetivación de pérdida de orina y sí una sospecha de inestabilidad del detrusor que sí podría justificar la existencia de una incontinencia de urgencia'. A la vista de ello se le pautó otro fármaco anticolinérgico para unos tres meses y volver a consulta", a la que no acudió hasta el 20 de octubre de 2010, en que refiere "continuar con escapes de orina continuos y diarios". Tras su paso por el Servicio de Rehabilitación "no volvió a revisión por Urología".

Concluye que los profesionales se ajustaron a la *lex artis* y que la incontinencia urinaria es un "riesgo típico" de la cirugía prostática del que fue informado el paciente, que acudió a la medicina privada "por libre iniciativa".

6. Mediante escritos de 18 de abril de 2011, se remite copia del informe técnico de evaluación a la Secretaría General del Servicio de Salud del Principado de Asturias y del expediente completo a la correduría de seguros.

7. Evacuado el trámite de audiencia mediante oficio notificado al interesado el 1 de agosto de 2011, el día 17 del mismo mes presenta este un escrito de alegaciones en el que "se reitera" en su petición inicial "por una intervención quirúrgica (...) que me produjo incontinencia (...) y ante la imposibilidad del Servicio de Salud de proceder a mi restablecimiento".

8. Con fecha 19 de septiembre de 2011, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Servicios Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella se razona que agotados los tratamientos disponibles en el centro hospitalario que atendía la incontinencia se le remitió a otro hospital de la red pública, "pero el paciente ya había acudido a la medicina privada (...) sin que se hubieran agotado los recursos terapéuticos de la sanidad pública". Añade que la incontinencia está descrita en el documento de consentimiento informado y que no se observa ninguna infracción de la *lex artis*.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 23 de noviembre de 2011, registrado de entrada el día 29 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 Sanidad, 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 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 en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula dicha 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 15 de febrero de 2011, habiendo tenido lugar los hechos de los que trae origen en el mes de octubre del año anterior, por lo que es claro que fue formulada 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.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 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 43.3, 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.

SIXTA.- Imputa el reclamante a la Administración sanitaria una “falta de asistencia y error en el tratamiento” ante su incontinencia urinaria, lo que le empujó a la medicina privada, pretendiendo ahora -con fundamento en el déficit de “medios precisos para la recuperación” de su salud- “el reintegro de los gastos médicos originados”.

A la vista del escrito de reclamación, hemos de aislar, en primer término, los contornos de la acción aquí ejercitada, que es netamente la de responsabilidad patrimonial de la Administración, si bien el daño cuyo resarcimiento se impetra se circunscribe a los gastos de la atención médica dispensada en un centro privado. Cifrada en esos costes la pretensión, se concluye que el interesado no anuda ningún daño a la intervención quirúrgica que parece estar en el origen de su dolencia, reduciéndose la *causa petendi* a la supuesta negligencia en el tratamiento posterior a la cirugía, pues, aunque en el escrito de alegaciones se manifieste confusamente, el reclamante gira sobre el fracaso del tratamiento curativo tanto la invocada infracción de la *lex artis* como el montante indemnizatorio.

A su vez, esta última circunstancia nos aboca a la distinción -que ya abordamos en anteriores dictámenes, por todos el Dictamen Núm. 36/2011- entre el ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en los casos que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud y el de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Respecto al citado reembolso, 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 sanitarios ocasionados “fuera del Sistema Nacional de Salud”, disponiendo que el mismo solo resulta procedente en “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”.

Ahora bien, el interesado no solicita el reembolso de gastos de acuerdo con tal procedimiento, sino que presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial de la Administración pública sin invocar una necesidad vital urgente, argumentando que la desatención le condujo a recabar de la medicina privada “el tratamiento que (le) debía haber proporcionado” la sanidad pública. Nada obsta a este planteamiento, si bien la pretensión indemnizatoria ha de sujetarse a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de responsabilidad patrimonial. Consecuentemente, habrá que analizar si nos hallamos ante un daño real, efectivo, evaluable económicamente y antijurídico - en definitiva, un daño que el reclamante no tenga la obligación de soportar-, y si el mismo ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario.

En lo que atañe a la efectividad del daño, el interesado aporta informes médicos y facturas que dan cuenta de la realidad de la asistencia recibida en la sanidad privada y de sus costes. Sin embargo, no cabe -a efectos de su imputación- invertir a ese evento dañoso de un grado de emancipación de su devenir fáctico, anudándolo al servicio público por el mero hecho de suceder temporalmente al tratamiento dispensado en la red autonómica, con abstracción de su efectiva relación con esta asistencia. Y cuando el perjuicio se residencia en el detrimento económico de la necesidad de acudir a un tratamiento privado debe el accionante acreditar aquella necesidad, siquiera sea en los términos indiciarios que se deducen de la mejora de su dolencia tras el sometimiento a la medicina privada o la objetivación de la procedencia de la intervención practicada. Ocurre entonces que, faltando una acreditación de estos extremos -esto es, ausente una necesidad atendible-, no nos enfrentamos a un daño, sino que estamos simplemente ante una legítima opción individual

entre el sistema sanitario público y los servicios sanitarios privados, resuelta libremente por el reclamante -o su familia- a favor de estos últimos y cuyas consecuencias -entre ellas las económicas- han de ser soportadas por quien adopta dicha decisión.

En el supuesto sometido a nuestra consulta consta que el paciente, sin agotar los medios puestos a su disposición por la sanidad pública, acude a una clínica privada, donde se le colocan tres implantes suburetrales el día 1 de octubre de 2010, y posteriormente retorna a la red pública el día 20 del mismo mes afirmando "seguir igual", con "escapes de orina continuos y diarios". Además, se cuestiona la necesidad del tratamiento recibido en la medicina privada, no ya por sus resultados, sino porque los informes médicos obrantes en el expediente no descartan que la incontinencia proceda de una patología que requiere un tratamiento distinto (reseñando el informe técnico de evaluación que en el último estudio realizado antes de su abandono -el 22 de junio- se detecta que no hay "objetivación de pérdida de orina y sí una sospecha de inestabilidad del detrusor que sí podría justificar la existencia de una incontinencia de urgencia"), y el informe librado por el especialista que le atendió en la medicina pública detalla que, aun en el supuesto de lesión esfinteriana, la colocación de un implante artificial "no suele plantearse hasta pasados, al menos, 12 meses desde la cirugía", pues la propuesta de "actitudes terapéuticas invasivas no suele realizarse en la sanidad pública hasta que la situación clínica de la incontinencia se entiende que está estabilizada". En suma, de lo actuado no se atisba, no se acredita siquiera indiciariamente, la invocada necesidad de acudir a la medicina privada ni la conveniencia del tratamiento a que allí fue sometido, lo que nos sitúa ante una decisión libre y voluntaria del interesado y no ante un daño vinculado con el servicio público.

No obstante la conclusión expuesta, en aras de un exhaustivo examen de las imputaciones realizadas al funcionamiento del servicio público sanitario en el caso concreto, debemos resolver si, tal como manifiesta el reclamante, se ha producido la "falta de asistencia y error en el tratamiento" que constituye el fundamento de la *causa petendi*.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo en anteriores dictámenes, 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 la falta de curación del paciente en un plazo determinado 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 que se obtengan los resultados concretos pretendidos.

En el supuesto analizado no se observa deficiencia alguna en el tratamiento dispensado al paciente por la red pública, coincidiendo todos los informes técnicos en que la actuación de los profesionales se ajustó a la *lex artis ad hoc*.

De hecho, el perjudicado retorna a la sanidad pública tras su paso infructuoso por la clínica privada, poniéndose a su disposición puntualmente los recursos terapéuticos protocolarios (incluidos los implantes que ya le habían colocado, sin comunicárselo al facultativo que le atiende) y optando por un tratamiento rehabilitador en un hospital de la red autonómica.

En consecuencia, este Consejo Consultivo entiende que los gastos que ahora se reclaman se generan por la decisión personal de acudir a un centro privado, sin necesidad atendible y sin dar opción a los servicios públicos de abordar el tratamiento de su dolencia, pesando sobre el particular la carga de soportar las consecuencias que se derivan de sus propias decisiones. Asimismo, se observa que la actuación de la Administración sanitaria se ajustó en todo momento al criterio de la *lex artis*, no habiéndose producido error ni deficiencia en la aplicación de las medidas terapéuticas, por lo que el detrimento patrimonial reclamado no guarda relación con el funcionamiento del servicio público sanitario.

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

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

Gijón, a

EL SECRETARIO GENERAL,

V.º B.º

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.