

Expediente Núm. 154/2015
Dictamen Núm. 179/2015

V O C A L E S :

Fernández Pérez, Bernardo,
Presidente
García Gutiérrez, José María
Zapico del Fueyo, Rosa María
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 el día 16 de octubre de 2015, con asistencia de los señores y la señora que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 31 de agosto de 2015 -registrada de entrada el día 17 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios derivados de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 29 de enero de 2015, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito que califica como “reclamación patrimonial” y en el que solicita la valoración, “si procede”, del “reintegro de los gastos soportados” a consecuencia de la intervención practicada en un centro privado.

Expone que "en fecha 26-11-2014 presentó escrito en el Servicio de Atención al Paciente del Hospital "X" explicando todo el proceso clínico que había padecido y que le iba a llevar a acudir en seguidas fechas a un centro sanitario privado a recibir un tratamiento de cirugía que le permitiese recuperar la movilidad que había perdido como consecuencia de la inoperancia del sistema público de salud (...). El día 09-12-2014 fue intervenida en el "Y" (...), devengando y abonando honorarios por todas las pruebas e intervenciones que se realizaron", las cuales ascendieron a un importe total de siete mil trescientos veintisiete euros con noventa y siete (7.327,97 €).

Aporta la siguiente documentación: a) Escrito presentado el 19 de mayo de 2014 en el Hospital "X", en el que señala que "desde diciembre de 2012 llevo sufriendo dolores constantes en cadera, pelvis, pierna y pie derechos, con repetidas consultas en mi médico de cabecera y con radiografías realizadas en este hospital", diagnosticándoseme "una estenosis que requiere cirugía pero para la cual me indica previamente una infiltración para la que existe una abultada lista de espera". Manifiesta que su "situación es insoportable" y ruega que intenten "agilizar un tratamiento" que le "permita volver a recuperar una vida sin dolor". b) Escrito presentado en el Servicio de Atención al Paciente del Hospital "X" con fecha 27 de noviembre de 2014, en el que señala que "en mayo de 2014" había presentado "una reclamación" en el mismo Servicio cuyo "motivo (...) era solicitar celeridad en la aplicación del tratamiento", dado que "padecía dolores que (le) impedían desarrollar una vida normal. El tratamiento de infiltración, efectivamente, se me administró en pocos días desde la remisión de la citada carta, pero desgraciadamente no surtió efecto alguno y los dolores no remitieron./ Por indicación del Servicio donde se me administran las infiltraciones (...) en el mes de octubre vuelvo a consulta" y, "sorprendentemente y sin nuevas pruebas de diagnóstico por imagen de ningún tipo, manifestándole en todo momento que los dolores no solo no han desaparecido sino que se han agravado, estima que mi lesión no requiere cirugía y me envía a Rehabilitación, indicando ante mi insistencia en que me

prescriba algún analgésico que me pueda aliviar que eso `se lo pida al médico de cabecera´ y que si no es suficiente la dosis que estoy tomando que sea el facultativo del centro de salud quien la aumente./ Ante lo anteriormente expuesto, aquejada de dolores insoportables y sin ver otra salida posible acudo al “Y”, donde me realizan una nueva resonancia magnética para conocer el estado actual de mis lesiones” y se considera que “requieren cirugía. Obviamente el `Y´ es un centro privado cuyas pruebas diagnósticas, consultas e intervenciones quirúrgicas las debe abonar el paciente o el seguro que las cubra. En mi caso seré yo, quien obligada por la desidia e insensibilidad del facultativo que me atendió en el Hospital `X´, y ante la imposibilidad humana de seguir padeciendo un dolor implacable, sufrague los gastos de una operación que se realiza en los centros del servicio público de salud de manera gratuita./ Acudí al Servicio de Rehabilitación con el informe obtenido en el `Y´ el día 24-11-2014, donde lógicamente no vieron nada que hacer a tenor de mis lesiones, e incluso manifestaron que su actuación no reportaría ningún beneficio (...) y me remiten de nuevo” al doctor referido. Añade que “el mes que viene hará dos años de peregrinación de facultativo en facultativo, de medicación constante, de una lesión agravada por el paso del tiempo que lamentablemente tendré que solucionar con cargo a mis ahorros”. c) Informes médicos relativos a la asistencia dispensada en el servicio público sanitario y en el centro privado. d) Facturas correspondientes a la asistencia privada recibida, cuya suma alcanza siete mil trescientos veintisiete euros con noventa y siete céntimos (7.327,97 €).

2. Mediante escrito notificado a la perjudicada el 18 de febrero de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la fecha de recepción de su reclamación en la Administración del Principado de Asturias -6 de febrero de 2015-, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. El día 6 de marzo de 2015, el Director Económico y de Recursos Humanos del Área Sanitaria III remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica de la reclamante obrante en el Hospital "X" y un informe del Servicio de Traumatología.

En el informe, emitido el 4 de marzo de 2015 bajo el encabezamiento de "notas de progreso" y con la especificación de que se trata de la "contestación al escrito presentado" por la interesada, se detallan los hallazgos de la resonancia practicada el 19 de noviembre de 2013 y se precisa que "la paciente refiere lumbociatalgia derecha irradiada a dermatoma S1, por lo que se solicita consulta a Anestesiología para infiltraciones epidurales. Tras las infiltraciones es vista de nuevo el 23-10-2014, presentando dolor trocantéreo derecho y en articulaciones interapofisarias L5-S1./ La paciente comenta que su médico de cabecera le dijo que se envíe a Neurocirugía de Oviedo si hay que operarla./ Dada la clínica de lumbalgia mecánica baja y trocanteritis se envía a Rehabilitación./ Al parecer la paciente realizó nueva RNM privada y va a ser intervenida en `Y`./ Se cita a la paciente telefónicamente pero dice que ya tiene todo preparado para operarse privadamente./ Quiero hacer constar que (...) en ningún momento pidió consulta con Traumatología para decir que tenía una nueva resonancia privada; la información de nueva resonancia la tenemos por parte de Rehabilitación, tras solicitar Rehabilitación nueva consulta con Traumatología. Se llamó a la paciente para que acudiese a Traumatología, cosa que no quiso hacer alegando que ya lo tenía todo preparado para ser intervenida de forma privada./ Consideramos que el trato ha sido el correcto en todo momento, así como el tratamiento pautado, dados los estudios de RNM y la clínica que presentaba (...). La pauta de analgésicos debe ser realizada por su médico de Atención Primaria, como se establece en los protocolos al respecto según escala de la OMS./ El decidir ser operada por Neurocirugía de forma privada es decisión exclusivamente de la paciente y, por tanto, es de su exclusiva responsabilidad, quedando claro que no quiso acudir a la consulta de

Traumatología para enseñar sus nuevos estudios ni para pedir una opinión en relación a su tratamiento”.

4. Con fecha 17 de marzo de 2015, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto emite el correspondiente Informe Técnico de Evaluación. En él señala que “la petición económica de resarcimiento de los daños derivados de la asistencia recibida en la medicina privada ha sido calificada (...) como una reclamación de responsabilidad patrimonial. La reclamante no manifiesta si opta por la vía del reintegro o por la vía de la responsabilidad patrimonial. De todas formas, es obvio que en ningún caso fundamenta su reclamación en la existencia de una urgencia vital”, sino en la “desidia e insensibilidad del facultativo” que la atendió en el sistema sanitario público y en la “inoperancia” de este. Considera que “la interesada ha interpuesto una reclamación de responsabilidad patrimonial y no un reintegro de los gastos derivados de la asistencia en la medicina privada previsto en 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. De hecho, aunque se limita a solicitar el estricto importe de los gastos abonados, lo fundamenta en una deficiente asistencia o funcionamiento anormal del citado Servicio./ En este sentido, el Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias señala, en (...) Sentencia (...) de 30 de marzo, que (...) `corresponde (...) al orden contencioso-administrativo, en virtud del art. 2.e) de la LJCA, el conocimiento de los litigios de reintegro o reembolso de gastos sanitarios de medicina privada cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario´./ En el caso concreto que nos ocupa, la reclamante tomó voluntariamente la decisión de operarse en la medicina privada y lo comunicó por escrito el 26 de noviembre de 2014 al Servicio de Atención al Paciente, y cuando se la citó telefónicamente en el Servicio de

Traumatología se negó a acudir alegando que ya tenía decidido intervenirse privadamente. Hubo un evidente abandono por parte de la reclamante del servicio público acudiendo a la medicina privada por propia iniciativa”.

5. Mediante escritos de 25 de marzo de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios remite una 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.

6. Con fecha 18 de junio de 2015, un “especialista de la Columna Vertebral” emite un informe médico-pericial a instancia de la compañía aseguradora. En él indica que la paciente, “de 66 años, con dolor lumbar de larga evolución y con RM realizada el 19-11-2013 (e) informada como `cambios degenerativos en el espacio L5-S1, donde existe pinzamiento y formaciones osteofíticas asociadas a un abombamiento discal difuso, hallazgos que en conjunto condicionan estenosis de los desfiladeros interdiscoapofisarios con contacto sobre el origen de ambas raíces S1´”, presentaba una patología para la que, a su edad, “no existe indicación quirúrgica, sino de tratamientos médicos y, especialmente, a cargo de la Unidad del Dolor”. Señala que “recibió infiltraciones epidurales los días 28-05-2014, 10-06-2014 y 8-7-2014. El día 23-10-2014 es vista de nuevo en Traumatología, con dolor trocantéreo derecho y articulaciones interapofisarias L5-S1, remitiéndose a Rehabilitación ante la lumbalgia mecánica baja y la trocanteritis./ El 10-11-2014 acudió a una consulta privada donde se solicitó nueva resonancia magnética./ Realizada el 12-11-2014 (es) informada como: mínimas protrusiones discales L2-L3 y L3-L4. En L4-L5 se observa una irregularidad de platillos vertebrales con focos de esclerosis y reemplazamiento graso subcondral. Se objetiva una hernia discal voluminosa de localización paracentral derecha con extrusión parcial que condiciona una deformidad del saco dural y ocupación parcial del receso, sin migración asociada./ En L5-S1 se observan cambios degenerativos con discopatía avanzada, pérdida del espacio

intervertebral y prominentes osteofitos corpomarginales, de predominio anterior. En este contexto, se observan restos discales herniados de forma difusa que, junto con la hipertrofia facetaria, condicionan una reducción foraminal bilateral (...). La patología, por tanto, había variado considerablemente en L4-L5, donde de `incipientes cambios degenerativos en L4-L5 con ligero abombamiento discal difuso no compresivo´ había pasado a `una hernia discal voluminosa de localización paracentral derecha con extrusión parcial que condiciona una deformidad del saco dural y ocupación parcial del receso, sin migración asociada´. Esta patología ya es subsidiaria de intervención quirúrgica, como indicó el especialista que pudo valorarla./ Cuando (...) acudió a Rehabilitación el día 24-11-2014, ante la evolución de la sintomatología, el fracaso de los tratamientos, la observación de una voluminosa hernia y la recomendación de un especialista de la conveniencia de realizar cirugía, se decidió no intentar fisioterapia y remitir a la paciente a los especialistas del hospital encargados de la cirugía de la columna vertebral. La paciente tenía cita el 11-12-2014, pero decidió intervenir el 9-12-2014 y no acudió a Traumatología hasta el 13-02-2015, donde fue atendida habiendo sido ya operada”.

Considera la indicación inicial como “correcta en una afectación de carácter degenerativo en persona de 66 años, basada en estudios radiológicos y resonancia magnética de 19-11-2013, con lesiones localizadas fundamentalmente en L5-S1 de carácter crónico, con discopatías degenerativas, protrusiones e hipertrofias de facetas articulares, con estenosis de canal./ Tras el fracaso de los tratamientos de infiltraciones y con clínica compatible con trocanteritis, lumbalgia mecánica baja, la paciente se remitió a Rehabilitación, pues nunca había realizado fisioterapia./ Sin embargo, mientras tanto, se realizó una nueva resonancia magnética en la que se objetivó nueva patología a diferente nivel, encontrándose una voluminosa hernia en L4-L5 susceptible de tratamiento quirúrgico./ La valoración por Rehabilitación debe considerarse también muy correcta, pues ante la evolución de la sintomatología, el fracaso

de los tratamientos, la observación de una voluminosa hernia y la recomendación de un especialista de la conveniencia de realizar cirugía se decidió no intentar fisioterapia y remitir a la paciente a los especialistas del hospital encargados de la cirugía de la columna vertebral./ Sin embargo, la paciente no quiso acudir a la consulta de Traumatología para enseñar sus nuevos estudios ni para pedir una opinión en relación a la indicación de cirugía./ Hay constancia de una revisión el 13-02-2015 donde fue atendida habiendo sido ya operada”.

Concluye que “el planteamiento del caso, las indicaciones terapéuticas y las citas para sus revisiones hay que valorarlas como muy adecuadas./ Cuando a la paciente, con la información de una nueva resonancia magnética, se le recomendó ser intervenida de forma privada no quiso acudir a la consulta de Traumatología para enseñar sus nuevos estudios y/o pedir una opinión en relación a su tratamiento./ Por otra parte, el manejo de la patología (...) puede considerarse como exquisito y adecuado a la ciencia y al conocimiento actual, ofertando a la paciente la mejor solución posible en cada problema, incluyendo el seguimiento posoperatorio de una cirugía no realizada en el hospital”.

7. A continuación, figura incorporado al expediente el informe emitido el 16 de junio de 2015 por un gabinete jurídico privado a instancias de la compañía aseguradora. En él se propone la desestimación de la reclamación al entender que “la actuación del equipo médico del Hospital ‘X’ fue conforme a la *lex artis*, pautando un tratamiento acertado ante la patología del paciente y realizándolo conforme a los protocolos”.

8. Mediante escrito notificado a la interesada el 30 de junio de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una relación de los documentos obrantes en el expediente.

Con fecha 17 de julio de 2015, la perjudicada presenta un escrito de alegaciones en el que afirma que “en carta de fecha 19 de mayo de 2014, dirigida al Servicio de Atención al Paciente del Hospital ‘X’ (...), expresaba que había recibido (...) el diagnóstico de ‘una estenosis que requiere cirugía’, la no indicación del citado tratamiento no me fue comunicada en ningún momento y siempre entendí que los tratamientos que recibía en fechas posteriores (como así me expresaban los especialistas que me atendían) se dirigían a paliar el dolor, no a curar mis lesiones, y que la cirugía era inevitable”.

Sostiene que “la decisión de acudir a la medicina privada (...) no buscaba un abandono de la atención pública, sino que venía motivada por la decisión” adoptada “en octubre de 2014, y tal y como comuniqué en carta dirigida al Servicio de Atención al Paciente del Hospital ‘X’ de fecha 26 de noviembre de 2014 (...), de enviarme al Servicio de Rehabilitación en lugar de dar los pasos necesarios para recibir la cirugía que yo requería. En la misma carta se indicaba que le había comunicado (...) en la consulta realizada en octubre de 2014 que los dolores que sufría, lejos de desaparecer, se habían agravado; dato subjetivo que por lo visto no tiene relevancia médica, pues no aparece en el informe elaborado por Traumatología”. Añade que “la resonancia realizada de forma privada el 12 de noviembre en el ‘Y’ la aportó en la primera visita al hospital después de realizarla, que es el 24 de noviembre de 2014 en el Servicio de Rehabilitación. Dicha resonancia la aportó por indicación del centro que la realiza con la intención de que obre en mi historial, no de contradecir la prescripción” realizada.

Precisa que “en ningún momento rehusé acudir al Servicio de Traumatología cuando me llamaron para la cita a la que” -según indican- “me negué a acudir”, sino que “me ofrecieron una fecha en la que, ya programada la intervención en el ‘Y’, coincidía con los días en los que iba a estar ingresada, por lo que me resultaba imposible acudir. Ante mi explicación el servicio de citaciones solo me ofreció posponerla, en ningún caso adelantarla a

fechas anteriores a mi ingreso en el centro privado, y acudí puntualmente a la siguiente cita que me ofrecieron el 13 de febrero de 2015”.

Existe pues, a mi juicio, “responsabilidad de la Administración en la medida en que la información que se me facilitó fue errónea”, pues, según se desprende de sus propios informes, “puesta en conocimiento de la Administración (...) no fue rebatida en ningún momento y generó expectativas de un tratamiento que no iba a recibir, lo cual, unido a un padecimiento extremo y a la incomprensión de las decisiones médicas que se tomaban respecto a mis lesiones (al no concordar con la información que tenía), me llevó a tomar la decisión de ponerme en manos de la sanidad privada. No sabemos tampoco cuál hubiese sido el resultado de presentarme en el Servicio de Rehabilitación sin la resonancia realizada de forma privada, cuyos resultados se reproducen en su informe (...), aunque sabemos, tal como reconoce el propio Servicio de Rehabilitación, que la fisioterapia `no le va a aportar ningún beneficio´”.

9. Con fecha 29 de julio de 2015, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en los argumentos expuestos en los informes incorporados al expediente. Afirma que “no nos encontramos ante un supuesto de deficiente asistencia o funcionamiento anormal del servicio sanitario público, sino ante discrepancias en el momento de establecer una determinada indicación terapéutica”.

10. En este estado de tramitación, mediante escrito de 31 de agosto de 2015, 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), en relación con lo establecido en el artículo 31.1.a), 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.

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 29 de enero de 2015, habiéndose producido los hechos por los que se reclama (la intervención quirúrgica en un centro sanitario privado) en el mes de

diciembre de 2014, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo de un año 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 informes de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, advertimos en la práctica administrativa, y en relación con el registro en la Administración del Principado de Asturias, los mismos problemas que ya pusimos de manifiesto en los Dictámenes Núm. 160/2015 y 163/2015, entre otros, y a las consideraciones allí realizadas nos remitimos.

Asimismo, 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.

SEXTA.- El daño por el que se reclama lo constituyen los gastos desembolsados por la interesada como consecuencia del diagnóstico e intervención quirúrgica a la que se sometió en una clínica privada y que resulta acreditado con las facturas que adjunta, sin perjuicio de que proceda una valoración más concreta si el sentido de este dictamen fuese estimatorio.

Como venimos afirmando reiteradamente (por todos, Dictamen Núm. 273/2012), es preciso distinguir entre el ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en supuestos de atenciones dispensadas fuera del Sistema Nacional de Salud y el de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Respecto a la primera, 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".

En el asunto examinado, la interesada ha calificado expresamente su solicitud como "reclamación patrimonial", y no propiamente como una reclamación de responsabilidad patrimonial que persigue el resarcimiento del daño causado en forma de quebranto económico como consecuencia de lo que considera una propuesta de tratamiento médico errónea, pues la dolencia que

le fue detectada en la sanidad privada requería cirugía. No obstante, la Administración califica y tramita la solicitud como una reclamación de responsabilidad patrimonial. En efecto, analizado el expediente constatamos que la asistencia privada a la que se refiere la perjudicada no se produce en el contexto de una amenaza vital urgente que no pudiera ser resuelta por la sanidad pública, sino que fue debida a que el servicio público sanitario le ofreció un tratamiento para su dolencia que entendió insatisfactorio, por lo que nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial comprensiva del importe de los gastos sanitarios en los que haya incurrido a consecuencia de aquel, si bien la misma ha de estar sujeta a idénticos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole. Consecuentemente, debemos determinar si nos hallamos ante un daño real, efectivo, evaluable económicamente y antijurídico -en definitiva, un daño que no tenga la obligación de soportar-, y si ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario.

Tal y como hemos señalado, no ofrece duda la efectividad del daño. Ahora bien, la mera constatación de un daño surgido con ocasión 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.

Con carácter previo a cualquier análisis sobre el nexo causal entre estos daños y el actuar de la Administración, hemos de recordar que el servicio público sanitario debe siempre procurar la curación del paciente, lo que constituye básicamente una obligación de medios y no una obligación de resultado, por 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.

Este criterio opera no solo en la fase de tratamiento dispensada a los pacientes, sino también en la de diagnóstico, por lo que la declaración de responsabilidad se une, en su caso, a la no adopción de todos los medios y medidas necesarios y disponibles para llegar al diagnóstico adecuado en la valoración de los síntomas manifestados. Es decir, que el paciente, en la fase de diagnóstico, tiene derecho no a un resultado, sino a que se le apliquen las técnicas precisas en atención a sus dolencias y de acuerdo con los conocimientos científicos del momento.

También ha subrayado este Consejo 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.

Pese a la naturaleza señaladamente técnico-médica de las imputaciones que sostiene, y a que incumbe a quien reclama la prueba de las mismas, la perjudicada no ha desarrollado en vía administrativa ninguna actividad

probatoria en relación con la supuesta infracción de la *lex artis* por los profesionales del servicio público sanitario en el proceso diagnóstico al que fue sometida, limitándose a aportar una copia de las facturas y de los informes médicos que prueban cuál era la dolencia que padecía y el tratamiento quirúrgico dispensado. Por ello, este Consejo ha de formar su juicio al respecto de la posible existencia de una infracción de la *lex artis* y de su relación causal con los daños que se alegan sobre la base de la documentación que obra en el expediente.

En los escritos que aporta la interesada junto a su solicitud, y que presentó en los meses de mayo y noviembre de 2014 en el hospital en el que era atendida por los “dolores constantes” que padecía desde “diciembre de 2012”, explica que tras serle diagnosticada una “estenosis”, previa resonancia efectuada en el mes de noviembre de 2013, se le indicó un tratamiento con infiltraciones que no fue efectivo. Subraya que en la consulta que tuvo lugar en el mes de octubre de 2014 le manifestó al especialista que la atendía que los dolores habían aumentado, decidiendo este derivarla a Rehabilitación. Afirma que “aquejada de dolores insoportables y sin ver otra salida posible” acudió a un centro privado en el que una nueva resonancia reveló la existencia de una hernia discal para la que se indicaba la realización de cirugía, que fue practicada finalmente en dicho centro el 9 de diciembre de 2014. Ya en el escrito presentado en noviembre de 2014 (antes, por tanto, de la operación) la reclamante anunciaba que debería sufragar “los gastos de una operación que se realiza en los centros del servicio público de salud de manera gratuita”.

La Administración entiende que ha existido un “abandono” del servicio público sanitario, pues, tras aportar la reclamante la nueva resonancia en la consulta de Rehabilitación el 24 de noviembre de 2014, se la citó en el Servicio de Traumatología. Al respecto, la interesada reprocha en sus alegaciones que la cita ofrecida era posterior a la intervención ya programada, y que “en ningún caso” se le propuso “adelantarla a fechas anteriores” a su ingreso.

Hemos de comenzar por recordar que, tal y como señalamos en nuestro Dictamen Núm. 56/2013, en supuestos similares al que nos ocupa los tribunales de justicia acuden al concepto de “pérdida de confianza” en el sistema público para justificar, analizando caso a caso, el hecho de que un paciente acuda a un servicio sanitario privado y pueda obtener, vía responsabilidad patrimonial de la Administración, el resarcimiento de los gastos generados. Se trata de supuestos donde se advierte una inactividad de la Administración sanitaria durante un largo periodo de tiempo o en los que, en cualquier caso, se ha producido un sensible empeoramiento de la salud del enfermo sin que la sanidad pública haya sido capaz de dar respuesta satisfactoria a tal deterioro; situaciones que justificarían la pérdida de confianza del paciente en los médicos del servicio público.

A la vista de lo expuesto, y con carácter previo al enjuiciamiento del asunto concreto, resulta preciso que establezcamos un parámetro de control objetivo que permita analizar la apelación a una pérdida de confianza legítima en el sistema público para abandonarlo optando por uno privado. Para ello hemos de partir de la consideración de que la mera convicción subjetiva del paciente no basta para justificar jurídicamente el resarcimiento de los gastos privados, sino que han de darse también circunstancias objetivas susceptibles de verificación.

En línea de principio, desde que un paciente “entra en el sistema” público queda sometido a las decisiones de orden terapéutico del equipo médico asignado, quien asume la responsabilidad de esas decisiones, y en su nombre la Administración pública prestadora del servicio. No obstante, resulta indudable que aquel puede abandonar el “sistema” en cualquier momento y acudir a la medicina privada, y en ese caso asume las consecuencias del ejercicio de su libre elección; entre otras, las pecuniarias que corresponden a su coste. Ahora bien, el abandono de un proceso sanitario concreto en el que se está incurso podría estar justificado en determinados supuestos en una “desconfianza legítima” en la labor de unos profesionales del servicio público,

aunque esa percepción no puede implicar de modo automático que comprende una pérdida de confianza en el sistema en su conjunto. A nuestro juicio, para que un paciente que abandone la sanidad pública pueda repercutir a título de responsabilidad patrimonial los gastos abonados en la sanidad privada es necesario que concurran, además de las de carácter general -daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica, nexo causal y carácter antijurídico de la lesión-, determinadas circunstancias de carácter objetivo y subjetivo.

En primer lugar, desde el punto de vista objetivo, ha de constatarse la existencia de una infracción trascendente de la *lex artis* en el proceso diagnóstico o asistencial que justifique objetivamente esa pérdida de confianza, y ha de quedar igualmente acreditado que esa infracción de la *lex artis* es susceptible de producir un daño cierto en la salud del paciente, en sus posibilidades de curación o en su esperanza de vida, para lo cual hemos de efectuar un juicio de regreso sobre la entidad de la patología finalmente diagnosticada. Por ello, y desde esta perspectiva, no encontraríamos justificada la reparación del desembolso generado en supuestos de causación de meras molestias o incomodidades en el curso de la atención de patologías comunes, no graves, que los pacientes del servicio público vendrían obligados a soportar.

De otra parte, desde el punto de vista subjetivo, ha de apreciarse que el paciente actúa de buena fe, ejerciendo una opción condicionada por las circunstancias del caso, sin que se perciba un ánimo premeditado de abandonar el servicio público invocando la desconfianza como pretexto para endosar el coste de su libre elección a la Administración pública y justificar la exigencia posterior de una reparación del daño patrimonial sufrido. Y para ello hemos de valorar si la desconfianza generada pudo haber sido resuelta en el seno del propio servicio público por los cauces habituales; juicio en el que constituye un indicio el hecho de si el paciente, por ejemplo, conocida la necesidad de una prueba diagnóstica o de una cirugía, abandona de modo inmediato el sistema público para realizar dichas prácticas en la medicina privada sin dar la menor

oportunidad a aquel de efectuarlas, o el de constatar si se recurrió a la exigencia de una segunda opinión médica, aunque esta última ponderación no puede conducirnos, en el límite, a la paradoja de exigir a quien ha ido perdiendo paulatinamente la confianza que persista indefinidamente en su empeño.

En el caso que analizamos, su correcto análisis exige, a nuestro juicio, diferenciar dos momentos en la decisión de la paciente de recurrir a la sanidad privada. Así, y aun cuando tanto la reclamante como la Administración se refieren únicamente al conjunto de la atención prestada por el centro privado, lo cierto es que consideramos que debe distinguirse el acto médico del que resulta el nuevo diagnóstico de "voluminosa" hernia discal "lumbar" -que no se alcanzó en la sanidad pública- del de la operación quirúrgica. En este sentido, ha de recordarse que el gasto a ellos asociado, y, por tanto, el perjuicio correspondiente, se encuentran debidamente separados.

Sentado lo anterior, el análisis de los hechos nos permite afirmar que la decisión de someterse a la intervención quirúrgica en el centro privado fue, efectivamente, una decisión libre y consciente de la paciente, sin que quepa repercutir el coste a ella asociado en calidad de perjuicio generador de responsabilidad patrimonial. La propia afectada descartaba la posibilidad de operarse en la sanidad pública -según refería en el escrito del mes de noviembre de 2014- exclusivamente "obligada por la desidia e insensibilidad del facultativo" que la atendió en el hospital, pero no cabe obviar que este -sin olvidar que el sistema público está integrado por una pluralidad de médicos- nunca llegó a conocer el nuevo diagnóstico en la necesaria consulta para la que fue citada, pues la paciente optó por someterse a la intervención para la que ya existía una fecha programada. Es decir, en ningún momento afirma que se produjera rechazo alguno desde el servicio público sanitario a la intervención una vez diagnosticada la nueva patología (rechazo del que además no existe indicio alguno, ni menos aún constancia), sino tan solo que la cita con el Servicio de Traumatología "coincidía con los días en los que iba a estar

ingresada” -esto es, del 9 al 11 de diciembre de 2014-, lo que impedía materialmente la prestación de la asistencia y evidencia, en definitiva, el carácter concluyente de su decisión de someterse a la operación en el centro privado.

En cambio, los elementos de juicio disponibles no permiten concluir que el diagnóstico de la hernia hubiera podido alcanzarse a través de los medios articulados por la sanidad pública. Al respecto, el único de los informes que se pronuncia es el emitido por un especialista a instancia de la compañía aseguradora en el que se califica como adecuada la remisión a Rehabilitación de la paciente tras la consulta llevada a cabo el día 23 de octubre de 2014, “ante el fracaso de las infiltraciones” y dado que “no había realizado previamente tratamientos de fisioterapia”. Sin embargo, este informe no tiene en cuenta un dato en el que insiste la paciente, el aumento del dolor que -según ella- refirió en la consulta de ese día y que -reprocha- no se consignó debidamente en la historia clínica. Efectivamente, las notas de progreso recogen únicamente “dolor trocantéreo derecho y glúteo en articulaciones apofisarias”, pero ello revelaría una simple persistencia, no un incremento. El facultativo que la atendió (y que suscribe el informe del Servicio) nada señala al respecto, pese a que la reclamante ya había advertido en el escrito presentado el 27 de noviembre de 2014 en el Servicio de Atención al Paciente del hospital que en la consulta del mes de octubre había manifestado “en todo momento que los dolores no solo no han desaparecido sino que se han agravado”. Por tanto, debemos presumir la realidad de tales manifestaciones (que, como decimos, el Servicio en ningún momento niega), y consideramos que este es un elemento relevante que, al no ser tenido en cuenta por el único informe que declara la corrección de la derivación en ese momento a Rehabilitación, impide aceptar, sin más, la afirmación sobre la adecuación de esta última. Tampoco la aseveración de que la “nueva patología” se encontraba “a diferente nivel” resulta concluyente, dada la proximidad entre ellos, pues, según el mismo informe, “la patología más importante” resultante de la primera resonancia se

encontraba en el nivel L5-S1 y la hernia discal en el "L4-L5". Por otra parte, llama la atención la falta de inicio con anterioridad de algún tratamiento de fisioterapia (que, a tenor de los informes, justifica la derivación a Rehabilitación en el mes de octubre de 2014 tras el fracaso de las infiltraciones), pues ya en enero de 2013 se había recomendado la realización de "ejercicios domiciliarios".

En otro orden de cosas, apreciamos la existencia de indicios, aun confusos, de que la paciente habría intentado, de alguna manera, obtener una segunda opinión en la sanidad pública. Así, en la consulta del día 23 de octubre de 2014 el facultativo refleja que "fue informada por su médico de cabecera de que se envíe a Oviedo"; anotación que reitera en su informe. Al respecto, en la anotación correspondiente a la consulta de Rehabilitación llevada a cabo el día 24 de noviembre de 2014 se consigna que la afectada refiere que como el doctor "le dijo que no era quirúrgico, y le mandó a Rehabilitación, ella solicitó una valoración a Neurocirujano" del Hospital "Z"; afirmación en la que se evidenciaría la búsqueda de una segunda opinión en la propia sanidad pública, aunque no existe constancia de que se hayan realizado gestiones posteriores en este sentido.

En definitiva, frente a las dudas que los datos obrantes en el expediente plantean sobre la pertinencia de la derivación a Rehabilitación en la consulta del día 23 de octubre de 2014 se alza, con carácter incontestable, la certeza de una nueva patología -la hernia discal- cuya detección requirió el empleo de medios que no puso a su disposición el Servicio que atendía a la paciente. Ello nos lleva a considerar indemnizable el daño originado por la falta de diagnóstico de esa nueva dolencia.

SÉPTIMA.- De acuerdo con lo anteriormente expuesto, y con la documentación presentada por la interesada, que reclama exclusivamente el resarcimiento de los gastos médicos privados ocasionados por la detección y el tratamiento quirúrgico de la hernia discal, consideramos indemnizables los gastos correspondientes a la consulta llevada a cabo con un especialista en

Neurocirugía el 10 de noviembre de 2014, cuya factura asciende a 180 €, así como el importe del estudio de imagen realizado el día 12 de noviembre de 2014, en el que se diagnosticó la hernia discal, y que supone 270 €. Por tanto, el importe total de la indemnización que corresponde abonar a la perjudicada se eleva a 450 €.

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

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.