

Expediente Núm. 292/2016
Dictamen Núm. 5/2017

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 19 de enero de 2017, 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 9 de noviembre de 2016 -registrada de entrada el día 24 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los daños y perjuicios que atribuye a la deficiente asistencia prestada por el servicio público sanitario, por lo que acudió a los servicios de la sanidad privada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 17 de septiembre de 2015 el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios que atribuye a la deficiente asistencia prestada por el servicio público sanitario, por lo que acudió a los servicios de la sanidad privada.

Expone que en el "mes de septiembre de 2013" fue diagnosticado de "fibrosis retroperitoneal" y que desde esa fecha ha sido tratado por los servicios de Medicina Interna y de Cirugía Vasculat "en el Hospital sin darme ninguna respuesta al problema". Destaca que en julio de 2014 el Servicio de Medicina Interna "recomienda de forma preferente cirugía revascularización stent", y que se "intenta recanalización sin conseguirse 12-09-2014". Expone que, dado que no consiguió "solucionar" el problema, "en octubre de 2014 (fue) a la clínica de Madrid y el 17 de febrero de 2015 ya tenía colocado el stent de revascularización".

Reclama el importe abonado a la clínica privada (40.235,85 €), los gastos de traslado y hospedaje en Madrid (3.764,15 €) y 16.000 € en concepto de "daños morales", lo que hace un total de 60.000 €, "más los intereses legales procedentes hasta el completo pago de la cantidad reclamada".

Adjunta a la reclamación copia de los siguientes documentos: a) Informe Clínico de Alta, de 18 de julio de 2014, del Servicio de Medicina Interna. b) Informe Clínico de Alta, de 13 de septiembre de 2014, del Servicio de Angiología y Cirugía Vasculat. c) Tres informes de la clínica privada. d) Hoja "resumen detalle de los gastos", con la indicación de que si se estima necesario "se les adjuntarán las facturas de los mismos". e) Escrito de 17 de octubre de 2014 dirigido al Servicio de Salud, en el que el interesado pone en conocimiento de la Administración sanitaria que ante la falta de confianza en el tratamiento recibido, ha decidido acudir a una clínica privada, "por lo que les solicito su ayuda económica". f) Contestación de 31 de octubre de 2014 suscrita por la Subdirección de Organización de Servicios Sanitarios, denegando la asistencia solicitada, en la que se le informa sobre los trámites necesarios para solicitar una segunda opinión en centros públicos del Sistema Nacional de Salud. g) Escrito del interesado, de 19 de noviembre de 2014, instando que se reconsidere la resolución negativa, argumentando que prefiere una "segunda opinión" del centro privado que ha escogido, que según afirma se trata de una clínica "pionera en enfermedades de este tipo", y que la descarta en "centros del Sistema Nacional de salud", dado que todos ellos tendrían "el mismo nivel

de avance que el de mi equipo (que me consta es bastante bueno)", pero que desea la opinión de los que considera "los mejores". h) Contestación de 12 de diciembre de 2014 suscrita por la Subdirección de Organización de Servicios Sanitarios, por la que "se ratifica en el criterio" ya comunicado.

2. Con fecha 30 de septiembre de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la Secretaría General del Sespa una copia de la reclamación presentada.

3. El día 29 de octubre de 2015, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas notifica al interesado la fecha de recepción 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.

4. Mediante oficio de 29 de octubre de 2015, la Gerencia del Área Sanitaria V remite al servicio instructor el parte de reclamación al seguro de responsabilidad sanitaria, el informe facilitado por el Servicio de Cirugía Vasculardel, la documentación presentada en el Servicio de Atención al Usuario y la historia clínica del paciente obrante en el Hospital

El informe del Jefe del Servicio de Cirugía Vasculardel, de fecha 23 de octubre de 2015, relata los antecedentes patológicos del interesado, comenzando por indicar que se trata de un paciente con "diabetes mellitus desde hace unos 30 años, insulino dependiente aproximadamente desde 2000". Señala que fue "intervenido de cuádruple bypass coronario en 2001 (...). En ecocardiograma junio 2013 FEVI conservada. Angor inestable en 2015 con coronariografía en mayo de este año: ICP sobre oclusión crónica de CD próxima. ACTP seguido de implante de dos stents liberadores de zotarolimus sobre CD proximal y media. Se objetiva enfermedad importante distal por lo que se implantan dos stents liberadores de everolimus sobre CD distal./ Diagnosticado de perivasculitis con afectación de arteria y vena iliacas

primitivas izquierdas. Síndrome postflebítico y claudicación intermitente. Se investigó la posibilidad de una vasculitis y/o periaortitis, pero todos los estudios realizados fueron negativos. Diagnosticado de síndrome antifosfolípido. Fue tratado con corticoides en dosis descendentes, con inmunosupresores (azatioprina) y no se detentó actividad inflamatoria en los estudios realizados; un PET corporal realizado fue normal. Se realiza flebografía el 12-09-2014 en la que se comprueba la oclusión de eje venoso iliaco izquierdo, sin conseguir progresar proximalmente la guía hacia la cava inferior, en un intento de valorar posible recanalización posterior./ Ingresa de nuevo el 17-10-2014 por un episodio de náuseas y vómitos en relación con intolerancia a medicamentos, siendo alta el 3-11-2014. Desde el punto de vista vascular se realizó tratamiento elastopostural con mejoría clínica habiendo disminuido el edema de MII./ A partir de este momento no disponemos de más datos sobre este paciente”.

5. Mediante escrito de 3 de febrero de 2016, el Jefe del Servicio de Inspección de Prestaciones y Centros Sanitarios remite una copia del expediente completo a la correduría de seguros.

6. Con fecha 12 de abril de 2016, emite informe un Especialista en Angiología y Cirugía Vascular a instancias de la compañía aseguradora. Expone que “el paciente fue correctamente diagnosticado de su fibrosis retroperitoneal/perioarthritis crónica mediante prueba de imagen: TAC, analíticas específicas, biopsia y PET/TAC tal y como está descrito en la literatura./ El tratamiento médico se realizó de manera correcta mediante corticoides y azatiopina./ En todo momento el paciente fue manejado de manera conjunta con decisiones consensuadas en sesión clínica, dada la rareza de su patología./ Por parte del Servicio de Cirugía Vascular el paciente fue manejado de acuerdo a la literatura: tratamiento de la fibrosis en primer lugar, diagnóstico etiológico si lo hubiera y ante el empeoramiento del síndrome protrombótico se intentó el tratamiento endovascular del paciente sin éxito (en los grupos de más

experiencia a nivel mundial, publicados en la literatura, el éxito técnico es del 83%) no obstante, no existe evidencia científica ni indicación absoluta de tratamiento endovascular en estos procesos, siendo éste una opción (...) ante los síndromes postrombóticos severos. Se pautó de manera correcta el tratamiento conservador y el paciente presentó una mejoría de su clínica./ El tratamiento de la patología arterial del paciente no se contempló dado que su principal sintomatología era venosa, y no presentaba isquemia crítica que pudiese en peligro la extremidad del paciente, por lo que de nuevo no existe indicación absoluta de tratamiento de su patología arterial". Concluye "que el paciente fue manejado de manera correcta en todo momento: diagnóstico y tratamiento de su fibrosis retroperitoneal/periaortitis como diagnóstico principal, por parte de los servicios de Medicina Interna y Cirugía Vascul ar (...). Podemos concluir que los procesos secundarios a esta fibrosis (...) síndrome protrombótico y claudicación intermitente, fueron manejados de manera correcta de acuerdo a la literatura por parte del Servicio de Cirugía Vascul ar".

7. Con fecha 15 de junio de 2016, emite informe un gabinete jurídico, a instancias de la entidad aseguradora. Sobre la base de las conclusiones del informe pericial anterior, concluye que "no existe responsabilidad patrimonial del Servicio Público de Salud del Principado de Asturias al no haber actuación contraria a la *lex artis* (...). No existe tampoco relación de causalidad entre el daño y la actuación médica (...) no habiéndose producido ningún tipo de error-retraso en diagnóstico o en tratamiento, ni una denegación de la asistencia sanitaria que justifique que el paciente acudiera a la sanidad privada (...). Dado lo anterior, no procede otorgar indemnización alguna" al interesado.

8. Mediante escrito notificado al interesado el 4 de julio de 2016, la Directora General de Política Sanitaria le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días.

Ese mismo día comparece en las dependencias administrativas y se le entrega una copia de la documentación obrante en el expediente en ese momento.

9. El día 13 de julio de 2016, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un escrito de alegaciones.

Afirma que desde "octubre de 2013 hasta el 12-09-2014 he estado a tratamiento en la sanidad pública, sin conseguir recuperarme y sin poder colocar el stent de revascularización"; que "en el informe de la pericial y de la asesoría jurídica de la aseguradora se nos llega a decir que no hay evidencias que el tratamiento de la (clínica privada) sea la mejor opción?"/ Lo cual es absurdo porque ahora estoy recuperado de mi enfermedad y además se reconoce por la propia pericial que desde el 3-11-2014 no se tiene informe mío (...). En los dos estudios eco-Doppler de la clínica (...) previos a la operación se demuestra cómo era mi estado (de) salud, previo a la operación por lo que no se puede compartir el argumento de que mi situación era favorable y era innecesaria esta operación./ No fui voluntariamente a la clínica (...) privada, lo solicité en la sanidad pública esta operación porque era la mejor dado mi estado de salud y se me fue denegada".

Concluye su escrito instando que por la Administración solicite una prueba pericial a los doctores del Servicio de Cardiología de la clínica privada.

10. El día 19 de julio de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas Patrimonial, dicta resolución denegando la prueba solicitada, "por ser facultativos de un centro privado", y concediendo un plazo de 30 días para que la pueda aportar a su costa.

El día 24 de agosto de 2106, el interesado solicita que se le concedan "15 días más de plazo para aportar el informe". Con fecha 30 de agosto, el instructor resuelve "conceder un periodo de ampliación de quince días con el fin de que pueda presentar el informe pertinente".

11. El día 29 de septiembre de 2016, el interesado presenta un informe suscrito por un facultativo de la Unidad de Patología Vascolar de la clínica privada donde fue intervenido. Describe el tratamiento realizado en la clínica, que consistió en una "angioplastia (ATP)+ implantación de stent en eje venoso iliaco izquierdo" y "angioplastia e implantación de stents sobre eje arterial iliofemoral izquierdo", y su resultado: "en la última revisión refiere encontrarse bien camina diariamente 5 km no refiere claudicación. No angor. Lleva las medias, mantiene edema de 2 cm en MII en comparación con el lado derecho. Desaparición de toda la colateralidad prepúbica". Tiene pautada revisión "en 6 meses con eco Doppler abdominal, arterial y venoso de los miembros inferiores".

12. El día 17 de octubre de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, sobre la base del informe pericial aportado por la entidad aseguradora, argumenta que "la asistencia prestada fue correcta y adecuada a la *lex artis*, no pudiendo deducirse que el fracaso de la cirugía endovascular se deba a una incorrecta praxis médica. No existe evidencia científica ni indicación absoluta de tratamiento endovascular en estos procesos, siendo éste una opción (...) ante los síndromes posttrombóticos severos. Se pautó de manera correcta el tratamiento conservador y el paciente presentó una mejoría en su clínica. El tratamiento de la patología arterial del paciente no se contempló dado que su principal sintomatología era venosa, y no presentaba isquemia crítica que pusiese en peligro la extremidad del paciente, por lo que de nuevo no existe indicación absoluta de tratamiento de su patología arterial".

13. En este estado de tramitación, mediante escrito de 9 de noviembre de 2016, 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, cuya copia en soporte digital 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 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Gijón, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado b), y 40.1, letra b), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

En el despacho de la presente consulta tomamos en consideración la entrada en vigor el día 2 de octubre de 2016 de las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. La disposición transitoria tercera de la Ley 39/2015, sobre régimen transitorio de los procedimientos -que carece de equivalente en la Ley 40/2015, salvo para los procedimientos de elaboración de normas en la Administración General del Estado-, determina que "A los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior".

A estos efectos, en el supuesto analizado el procedimiento se inició mediante reclamación del interesado registrada en la Administración del Principado de Asturias con fecha 17 de septiembre de 2015, lo que nos remite a la redacción entonces vigente de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante LRJPAC), y al 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.

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 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 el día 17 de septiembre de 2015, habiéndose producido los hechos por los que se reclama (la intervención quirúrgica en un centro sanitario privado) el 17 de febrero de 2015, por lo que es claro que fue formulada dentro del plazo legalmente determinado.

CUARTA.- El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se encuentra establecido en los artículos 139 y siguientes de la LRJPAC, y, en su desarrollo, en el Reglamento de los Procedimientos de las Administraciones Públicas en Materia de Responsabilidad Patrimonial (en adelante Reglamento de Responsabilidad Patrimonial), aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo. Procedimiento de tramitación al que, en virtud de la disposición adicional duodécima de la LRJPAC, en redacción dada por la Ley 4/1999, de 13 de enero, y de la disposición adicional primera del

citado Reglamento, están sujetos las entidades gestoras y servicios comunes de la Seguridad Social, sean estatales o autonómicos, así como las demás entidades, servicios y organismos del Sistema Nacional de Salud y de los centros sanitarios concertados con ellos.

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

No obstante, 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.- Se reclaman en el presente procedimiento los gastos desembolsados por el interesado como consecuencia del diagnóstico e intervenciones quirúrgicas a la que se sometió en una clínica privada, a los que añade los de desplazamiento y estancia en Madrid derivados de esa asistencia privada, y el importe de unos “daños morales” sin mayor concreción.

Por lo que se refiere a la efectividad del daño alegado, el interesado aporta un desglose detallado de los gastos y ofrece a la Administración la posibilidad de aportar las correspondientes facturas, si fuera requerido para ello. Dado el sentido desestimatorio de la propuesta de resolución, la Administración no ha considerado necesario requerir la aportación de tales facturas. En cualquier caso, existe prueba evidente de la asistencia prestada en una clínica privada, y cabe presumir que su coste corrió por cuenta del

interesado, por lo que a efectos de procedibilidad de la reclamación, puede entenderse probada su existencia, que el interesado considera una parte del daño por el que reclama, sin perjuicio de que deberían acreditarse en debida forma si se concluye la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

No obstante, a la vista de la cuantificación del daño que efectúa el interesado, hemos de comenzar por distinguir, como venimos afirmando reiteradamente en supuestos similares (por todos, Dictamen Núm. 273/2012), 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, el interesado ha calificado expresamente su solicitud como "reclamación patrimonial", en la que incluye, como hemos dejado expuesto, otros conceptos que, como el daño moral, en ningún caso cabría considerar como un reintegro de gastos. Analizado el expediente constatamos que la asistencia privada a la que se refiere el perjudicado 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, a su juicio, no obtuvo del servicio público sanitario el tratamiento satisfactorio para su dolencia. Por ello, 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.

Con los condicionantes ya expuestos, consideramos que existe un daño efectivo. 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.

En el escrito de reclamación el interesado justifica haber acudido a una clínica privada en el hecho de haber "estado más de un año de una consulta a otra sin conseguir solucionar mi problema", y en que la "recanalización" que se intentó sin éxito por Cirugía Vasculat el día 12 de septiembre de 2014 fue realizada por la clínica privada el 17 de febrero de 2015.

La Administración sostiene que el fracaso de la cirugía vascular no se debe "a una incorrecta praxis médica", y que "no existe evidencia científica ni indicación absoluta de tratamiento endovascular en estos procesos, siendo éste una opción (...) ante los síndromes postrombóticos severos". En este caso se habría pautado "de manera correcta el tratamiento conservador y el paciente presentó una mejoría en su clínica". Tampoco se habría contemplado tratamiento para la patología arterial, dado que "su principal sintomatología era venosa, y no presentaba isquemia crítica que pusiese en peligro la extremidad

del paciente". De ello se deduce que, a juicio de la Administración, no existe motivo que justifique el hecho de acudir a la medicina privada.

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 facultativos 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.

Por lo que se refiere al primero de los requisitos, el interesado no ha acreditado la existencia de una infracción de la *lex artis*. En efecto, el informe pericial que aporta la aseguradora de la Administración sostiene que se diagnosticó correctamente la enfermedad que padecía, "fibrosis retroperitoneal", y que se instauró el tratamiento correcto, que es "corticoides en pauta descendente, azatioprina y anticoagulación con heparina de bajo peso molecular". Ante la presencia de un "edema en miembro inferior izquierdo que no mejora", es derivado a Medicina Interna en noviembre de 2013, y en enero de 2014, ante "sospecha de vasculitis necrotizante", es atendido en Cirugía Vasculuar, sin que tras los estudios pertinentes "se confirma el diagnóstico de vasculitis". Ante el empeoramiento de la sintomatología venosa, se decide "el intento de recanalización venosa", y el día 12 de septiembre de 2014 "se realiza flebografía + intento de recanalización venosa sin éxito". Al respecto, el perito afirma que en este tipo de intervenciones "en los grupos de más experiencia a nivel mundial, publicados en la literatura, el éxito técnico es del 83%". Como consecuencia de otro proceso (cuadro de vómitos y diarrea posiblemente de origen farmacológico) el paciente ingresa el octubre de 2014 en Medicina Interna, y en la exploración "no presenta úlceras, si edema y varices", por lo que el perito informante entiende que "el tratamiento conservador estaba siendo beneficioso en el tratamiento de su síndrome postflebítico".

A partir de ese momento el interesado abandona la sanidad pública.

Frente a las conclusiones del perito de la aseguradora, que hace suyas la propuesta de resolución administrativa, el interesado se limita a aportar una serie de informes médicos que recogen las actuaciones llevadas a cabo en la clínica privada, de los que se deduce la coincidencia en cuanto al diagnóstico de la enfermedad, y que no entran a valorar la praxis médica desarrollada por los

servicios públicos sanitarios. En consecuencia, no podemos considerar acreditada la existencia de una infracción a la *lex artis ad hoc* por el mero hecho de que no fuera posible realizar la colocación de un stent en un primer intento en septiembre de 2014, ni en la posterior instauración de un tratamiento conservador que “estaba siendo beneficioso” en el tratamiento del síndrome protrombótico.

Por otra parte, y desde el punto de vista subjetivo, hemos de destacar que el interesado solicita “ayuda económica” para acudir a una clínica privada el día 17 de octubre de 2014 y en ese momento rechaza cualquier posibilidad (que expresamente se le ofrece) de buscar una segunda opinión médica en cualquiera de los servicios especializados del Sistema Nacional de Salud, afirmando que sólo desea ir a esa concreta clínica privada dado que, a su juicio, son “los mejores”. Y pese a que ahora afirma haber perdido la confianza en el servicio público que le asiste, lo cierto es que en el intercambio de escritos con el Servicios de Atención al Paciente reconoce que todos los servicios del Sistema Nacional de Salud tienen “el mismo nivel de avance que el de mi equipo (que me consta es bastante bueno)”. Por último, se constata que el interesado acude a la clínica no sólo en busca de una segunda opinión médica, sino que realiza en ella todo un complejo tratamiento quirúrgico, tanto del síndrome arterial como del venoso.

A la vista de lo anterior, consideramos que desde un punto de vista subjetivo el interesado optó por acudir a la clínica privada que él mismo consideró de mayor nivel que cualquier otro servicio del Sistema Público de Salud, y desestimó de modo expreso cualquier posibilidad de instar una segunda opinión médica en el ámbito público con el argumento de que todos ellos tenían un nivel similar al que le atendía, por lo que entendemos que el interesado descartó sin justificación suficiente, de forma libre y consciente, cualquier otro posible tratamiento a cargo de la sanidad pública, por lo que no cabe configurar como daño los costes de tales tratamiento privados y repercutirlos en concepto de responsabilidad patrimonial.

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.