

Expediente Núm. 75/2017
Dictamen Núm. 136/2017

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 11 de mayo 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 15 de febrero de 2017 -registrada de entrada el día 22 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los gastos ocasionados al acudir a la medicina privada para la curación de las secuelas de una lesión sufrida por un deportista federado.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 7 de enero de 2016, 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 al funcionamiento del Servicio de Salud del Principado de Asturias.

Expone que “es jugador de fútbol y con fecha 14 de diciembre de 2013, estando disputando un partido con su equipo (...), en un lance del juego caí al

suelo llevando un fuerte golpe en la mano, lo que me produce de forma inmediata un intenso dolor”.

Señala que es “trasladado al (Hospital), donde entrego, en Urgencias, el parte cubierto por el club. Me atienden y emiten informe” en el que consta “traumatismo mano izquierda. Acude tras caída en un partido de fútbol por dolor y edema. Presenta edema y dolor a la palpación en dorso mano izquierda. También presenta dolor con la flexo extensión de la muñeca. Tras Rx en la mano izquierda se diagnostica fractura espiroidea del 4.º metacarpiano de la mano izquierda. Se indica cirugía plástica./ Así las cosas, y con un intenso dolor que iba a más, se me remite a mi domicilio con la indicación (de) que debía volver al día siguiente a las 11:00 horas en ayunas”, lo que cumplo, y el “15 de diciembre se me practica una reducción abierta de la fractura diafisaria oblicua sufrida y se me envía nuevamente a mi domicilio con algunas indicaciones, como mantener la mano elevada, mover los dedos libres, vigilar su color y con analgesia habitual si persiste el dolor”, según consta en el correspondiente parte.

Manifiesta que “el 30 de diciembre del mismo año se me retira la férula y se me indica nueva revisión en enero de 2014 donde se valorará rehabilitación. El 10 de enero de 2014 se recoge en la historia clínica cómo muevo poco la mano y se me envía al Servicio de Rehabilitación”, en el que es visto “el 22 de diciembre del mismo año (casi un año después), explicándome el doctor qué tipo de ejercicios de fuerza debo hacer en mi domicilio y por mi cuenta al tener la fractura más de un año de evolución. Es decir y por absurdo que parezca, es el hospital el que indica la necesidad de rehabilitación para recuperar la mano, siendo el propio (hospital) el que tarda casi un año en llamarme para luego explicarme que al haber pasado tanto tiempo ya no procede la rehabilitación hospitalaria”.

Afirma que “habiendo observado minuciosa y pulcramente todas las indicaciones que se me efectuaron en el (Hospital), lo cierto es que la mano no solo no estaba bien sino que seguía teniendo dolor y presentaba deformación, y siendo también que en el (Hospital) ya no prescribían nada

más dando el tema por zanjado, me vi obligado a hacer una consulta” al facultativo que indica “con fecha 23 de enero de 2015, el cual emite informe” en el que refleja que se trata de un “paciente de 19 años que acudió a consulta el día 21-1-15 por haber sufrido hacía un año una fractura del 4.º metacarpiano de la mano izquierda, que fue sintetizada en el (Hospital)/ Se utilizaron tornillos, uno de ellos está protruyente en dorsal y además el metacarpiano está acortado y angulado”, por lo que recomienda la extracción del material de osteosíntesis “que está irritando, hacer una tenoplastia y regularizar la superficie dorsal”, y explica “que la deformidad de falta de proyección del nudillo no se corrige salvo que se hiciera una osteotomía”.

Reseña que, “tras la sorpresa del nuevo diagnóstico y de sus soluciones, que jamás me habían indicado en el (Hospital), donde me dieron el alta y ni siquiera me realizaron la rehabilitación que ellos mismos habían pautado, decido continuar con este doctor, quien nuevamente emite informe” el 1 de abril en el que se consigna que la intervención indicada se llevó a cabo el día 27 de febrero de 2015, siendo alta en la fecha de emisión del informe, y que la operación consistió en extirpación “en primer lugar” de “la cicatriz previa y todo el tejido cicatricial hasta llegar al material de osteosíntesis. Se reseco el tejido fibroso sobre el metacarpiano y adherencias de los tendones extensores”.

Entiende que “se han producido graves negligencias en el proceder del (Hospital) en relación a la lesión por mí padecida, y ello desde el inicio de la misma. Han sido puestas de manifiesto a lo largo de este escrito y se acreditan además con la documentación que acompaño y que relacionaré debidamente./ Lo cierto es que la mano, una vez dado de alta y sin siquiera haberse practicado la rehabilitación prescrita, según palabras del médico rehabilitador por haber ya transcurrido un año y carecer de sentido, me quedaba con dolores, pérdida de fuerza y deformidad”.

Sostiene que tuvo que “acudir a la medicina privada para la solución de las secuelas”, y que interpone la reclamación al haberse desentendido el Hospital “completamente de finalizar” su “proceso curativo (...), pues amén de haber estado más de un año sin practicar el deporte en el que estoy

federado, he tenido que afrontar costes de curación (...), como son los honorarios médicos” del facultativo, y que ascienden a seis mil quinientos euros (6.500 €), cantidad que constituye el objeto de la reclamación.

Adjunta diversa documentación consistente en informe médicos emitidos por el Hospital, por el facultativo privado que le atiende y factura correspondiente a los honorarios por la asistencia prestada por este.

2. Mediante oficio de 8 de enero de 2016, la Jefa del Servicio de Asuntos Generales remite la solicitud al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, figurando en aquel como fecha de salida el 11 de enero de 2016 y como fecha de entrada el 13 de enero de 2016.

3. El día 19 de febrero de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el referido Servicio, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

4. Con fecha 1 de marzo de 2016, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, en soporte electrónico, la historia clínica del perjudicado relativa al proceso de referencia.

Mediante oficio de 3 de marzo de 2016, le envía el informe emitido el día 2 de ese mismo mes por un médico del Servicio de Medicina Física y Rehabilitación del Hospital, precisando que cuenta con el visto bueno del Director del Área de Gestión Clínica de Rehabilitación. En él se indica que el paciente sufrió una caída sobre la mano en el mes de diciembre de 2013 que le ocasionó una “fractura del 4 (metacarpiano) de la mano izquierda”, y fue “operado por Cirugía Plástica colocándole 3 tornillos”. Añade que visto “en Rehabilitación con fecha 21-1-14 presentaba buena movilidad realizando puño completo, por lo que le explica ejercicios domiciliarios sin control posterior./

Visto en revisión en Cirugía Plástica con fecha 18-11-14 (se) remite de nuevo a Rehabilitación para valoración./ Fue visto en consulta el 22-12-14 (más de un año después de la lesión), donde presentaba buena movilidad de mano y fuerza de la misma, por lo que se descartó realizar tratamiento, explicándose ejercicios domiciliarios complementarios”.

El día 8 de marzo de 2016, le remite el informe elaborado por un facultativo del Servicio de Cirugía Plástica. En él se describe el procedimiento quirúrgico realizado “de urgencia” el 15 de diciembre de 2013 -“reducción abierta y fijación interna de la fractura mediante 3 tornillos (...), obteniendo controles radioscópicos intraoperatorios aceptables y objetivando quirúrgicamente la estabilidad de la osteosíntesis realizada”. En cuanto a la evolución, reseña que “el paciente es visto por primera vez en consultas externas el 30-12-2013, donde se retira la férula, se coloca una sindactilia y se cita a la semana siguiente para valorar rehabilitación./ El 10-1-2014 es nuevamente visto y se observa escasa movilidad, por lo que se decide remitir a Rehabilitación con nueva valoración por nuestra parte tras concluir el tratamiento rehabilitador. El paciente fue valorado por (el) Servicio de Rehabilitación el 31-01-14 encontrando buena movilidad, puño y oposición (ver informe Millennium)./ El 18-11-2014, cuando es visto de nuevo por su cirujano, que refiere observar debilidad del 4.º dedo y mano para realizar puño y sensación de tirantez en dorso del dedo, es derivado a Rehabilitación en ese momento y citado a revisión al término del tratamiento que dicho Servicio estime conveniente. Valorado de nuevo en Rehabilitación el 22-12-14 encuentra buena movilidad y programa ejercicios de fuerza para hacer en su casa”. Concluye que, según consta en la historia clínica electrónica, “el paciente no es visto 1 año después en Rehabilitación desde el 10-01-14, sino que es valorado con fecha 31-01-14, como hemos remarcado previamente (...). Con respecto al tratamiento realizado en un centro privado, en una primera consulta se recomienda la extracción de material de osteosíntesis. El segundo informe del mismo centro habla de liberación de adherencias tendinosas, no especificando si el material se extrae o no”.

5. El día 25 de abril de 2016, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas pone en conocimiento de la correduría de seguros la presentación de la reclamación.

6. Con fecha 10 de noviembre de 2016, el interesado presenta un escrito en el que solicita, tras haber consultado la tramitación del expediente, que se requiera a la compañía aseguradora a fin de que esta “remita a la Consejería el informe por (...) solicitado en su día” a la mayor brevedad.

7. Figura incorporado a continuación el informe médico suscrito colegiadamente por tres especialistas -uno de ellos en Cirugía Plástica y Reparadora y en Cirugía de la Mano y Nervios Periféricos, otro en Cirugía General, Traumatología y Ortopedia y el último en Traumatología y Ortopedia- el día 14 de noviembre de 2016 a instancia de la compañía aseguradora. En él efectúan diversas consideraciones médicas sobre las fracturas de metacarpianos y los tipos de tratamiento, y señalan que “la escopia” permite apreciar que “los tornillos no eran excesivamente prominentes”, y que “en las radiografías de fecha 3 de diciembre de 2014 aparece una mayor protrusión del tornillo intermedio (que no tenía en las anteriores radiografías). La fractura aparece consolidada. No hay aparente acortamiento, ni angulación (o en cualquier caso esta es mínima)./ A simple vista la protrusión de los tornillos podría parecer un problema mayor, pero es algo habitual, y (...) en una gran mayoría de casos no produce problemas”, aunque si los causa “se pueden retirar”.

Explican que debe tenerse en cuenta que “todas las placas para tratamiento de las fracturas de los metacarpianos protruyen: es obvio que todas las placas por su protrusión no pueden constituir una negligencia./ No todas las fracturas se pueden avellanar, sobre todo si tenemos en cuenta la distancia del tornillo al borde de la fractura. En ocasiones la delgadez de la cortical puede hacer dudar de la conveniencia del avellanado./ Los tornillos pueden protruir más con el tiempo debido al aflojamiento de estos”.

A continuación resumen los aspectos de interés respecto a este paciente y ponen de manifiesto que “no vuelve a revisión desde el 21 (*sic*, en realidad 31) de enero del 2014 al 18 de noviembre del 2014./ Parece lógico inicialmente, en un paciente con buena movilidad, recurrir a los procedimientos no quirúrgicos, y si el paciente mejora pudiera no ser preciso nuevos tratamientos quirúrgicos”, precisando que el médico privado “ya sabía que el paciente no había mejorado con el tratamiento no quirúrgico”, lo que “no sabría el cirujano plástico que le atendió en la Seguridad Social, por lo que pudo tomar una decisión más focalizada al tratamiento quirúrgico./ Los pacientes federados tienen cubierta la asistencia sanitaria por accidentes durante la práctica de ese deporte”, según figura en la página web de la Federación Asturiana de Fútbol, y aclara que en las instrucciones de 20 de septiembre de 2011, conforme al Convenio firmado por la Delegación Asturiana de la Mutualidad de Previsión Social de Futbolistas Españoles a Prima Fija con el Servicio de Salud del Principado de Asturias, se recoge que “los servicios sanitarios vendrán constituidos por la asistencia de carácter urgente que resulte necesaria, ya sea a nivel de Atención Primaria, en centros de salud y consultorios, o a nivel de Atención Especializada en los hospitales del (Servicio de Salud del Principado de Asturias), en caso de accidente deportivo, entendiéndose por tal aquella lesión sufrida por el mutualista, sin que exista patología ni alteración anatómica previa, durante la celebración de una competición deportiva, de un entrenamiento o de un desplazamiento debidamente programado, organizado o dirigido por la Federación Asturiana de Fútbol (...). Cualquier otro tipo de asistencia sanitaria no comprendido en el apartado anterior seguirá siendo prestado, como hasta la fecha, en los centros propios de la mutualidad o en sus centros concertados (...). Estas instrucciones son de obligado y estricto cumplimiento, y será responsabilidad de los clubs que las mismas sean conocidas por todos los mutualistas, por sus padres o tutores caso de ser menores de edad y por todo el equipo técnico y directivo”. Por ello, entienden que “si el paciente realiza algún tipo de reclamación económica por asistencia (...) debería realizarla a la mutualidad y no al servicio de salud”.

Concluyen reiterando la corrección del tratamiento con tornillos de la fractura, que “la protrusión de un tornillo no es una negligencia ni un error” y que no han visto “angulación ni acortamiento, fuera de los rangos permitidos, de la fractura valorables en las radiografías aportadas”, y recuerdan que “la asistencia sanitaria de los pacientes federados cuando tienen una lesión durante la práctica de deporte no se realiza en el sistema nacional de salud. Esto es igual en todas las federaciones”. Por último, señalan que “la actuación de los diferentes servicios médicos queda ajustada a la *lex artis*”.

8. Mediante escrito notificado al reclamante el 5 de diciembre de 2016, 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.

Consta la comparecencia de la madre del reclamante para examinar el expediente el día 9 de diciembre de 2016.

9. Con fecha 30 de diciembre de 2016, el interesado presenta un escrito de alegaciones en el que, en primer lugar, reseña que al producirse la lesión fue atendido en el Hospital “sin oponer traba alguna”. Destaca que tras ser atendido el día 10 de enero de 2014 en revisión por el Servicio de Cirugía Plástica fue derivado al Servicio de Rehabilitación, sin que fuese atendido desde entonces y hasta casi un año después, por lo que “es completamente falso que (...) haya sido visto y valorado por el Servicio de Rehabilitación el 21 (*sic*, en realidad 31) de enero de 2014 `encontrando buena movilidad realizando puño completo, explicando ejercicios domiciliarios sin control posterior”. Incide en la falta de constancia en la historia clínica del informe relativo a esa consulta de 31 de enero, y reitera que, pese a haber “observado minuciosa y pulcramente todas las indicaciones que se me efectuaron en el (Hospital), la mano no solo no recuperó sino que seguía teniendo dolor y presentaba deformación, y pese a ello en el (referido hospital) ya no me prescribieron más”, viéndose obligado a efectuar la consulta privada.

Respecto a la alegación de los especialistas que informan a instancias de la compañía aseguradora sobre la improcedencia de la presentación de la reclamación ante el Servicio de Salud del Principado de Asturias, sostiene que “quien cometió los errores médicos relatados fue el (Hospital), y por tanto es la Administración quien debe responder de los mismos frente a mí, y ello por la poderosa razón de que la Federación no tuvo actuación médica alguna conmigo”.

10. El día 6 de febrero de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio con base en los informes obrantes en el expediente. En ella, tras afirmar la corrección de la asistencia prestada, se indica, respecto a la “actuación de la medicina privada y según los informes aportados por el interesado”, que “queda acreditado que no se procedió a la retirada del material de osteosíntesis, sino que se procedió a la liberación de las adherencias de los tendones extensores y resección del tejido fibroso sobre el metacarpiano; intervención que se hubiera podido realizar en un centro público”.

En cuanto a “la demora de ‘casi un año’ en acudir a Rehabilitación, consta en la historia clínica (página 2 de 3 del ‘listado de indicaciones’) la existencia de una consulta en el Servicio de Rehabilitación el 31-1-2014”.

11. En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de febrero de 2017, 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, adjuntando a tal fin copia del mismo en soporte digital.

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.

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 interpuesta con fecha 7 de enero de 2016, 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 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 7 de enero de 2016, habiendo tenido lugar la intervención quirúrgica llevada a cabo de forma privada, y por cuyos gastos se reclama, el día 27 de febrero de 2015, 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 Responsabilidad Patrimonial. 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.

Ahora bien, en relación con el registro en la Administración del Principado de Asturias, advertimos los mismos problemas que ya pusimos de manifiesto en los Dictámenes Núm. 160/2015 y 136/2016, entre otros, por lo que nos remitimos a las consideraciones allí realizadas. Sin embargo, en este supuesto la Administración se cuida, en la práctica del trámite previsto en el artículo 42.4 de la LRJPAC, de comunicar al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios -en su calidad de órgano competente para resolver- y no, de forma genérica, en la Administración del Principado de Asturias, como venía haciendo habitualmente.

Por otra parte observamos que, pese a que la historia clínica del paciente figura incorporada al expediente, no constan en ella las hojas correspondientes a las consultas que tuvieron lugar los días 31 de enero y 22 de diciembre de 2014, lo que impide verificar el contenido de las prescripciones y el estado del enfermo que transcriben los informes. En cualquier caso, si tenemos en cuenta que el perjudicado únicamente discute la existencia de la cita del 31 de enero, y que -según razonamos en la consideración sexta- esa controversia no afecta a nuestro análisis, este Consejo, en virtud de los principios de economía y eficacia, considera que no procede la retroacción del procedimiento, al disponer de datos suficientes para emitir su parecer sobre el fondo del asunto.

Por último, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 13.3 del Reglamento de Responsabilidad Patrimonial. No obstante, ello no impide la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 42.1 y 43.3, 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.- El reclamante interesa una indemnización por el daño patrimonial consistente en el importe abonado a una clínica privada por una intervención quirúrgica a la que se sometió para tratar las secuelas de una fractura en la mano izquierda.

Como venimos afirmando en dictámenes precedentes (por todos, Dictamen Núm. 232/2013), 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 los primeros, 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 este caso, el interesado, que ha calificado expresamente su solicitud como “reclamación” y señala como fundamentos de la misma los preceptos reguladores de la responsabilidad patrimonial de la Administración, persigue el resarcimiento del daño causado en forma de quebranto patrimonial como consecuencia de la alegada desatención por parte del servicio público sanitario que le llevó a recurrir a la medicina privada. Analizado el expediente, constatamos que la asistencia privada no se produce en el contexto de una amenaza vital urgente que no pudiera ser resuelta por la sanidad pública, sino que es posterior a la asistencia efectivamente prestada por esta.

Por otra parte, concurre en el asunto examinado la circunstancia de que el paciente es un usuario federado que se lesiona durante la práctica de una actividad deportiva. Dado que en estos casos la asistencia sanitaria por parte del servicio público de salud está limitada a la prestada con carácter urgente, los especialistas médicos que informan a instancia de la compañía aseguradora afirman que no procede reclamar frente al mismo por la asistencia proporcionada con posterioridad a aquella, ya que entienden que el paciente debería dirigirse frente a la mutualidad que corresponda.

No compartimos esta conclusión, pues de los antecedentes se desprende que el sistema público de salud era conecedor de ese dato (el paciente entrega en el Servicio de Urgencias el parte cubierto por su club deportivo), y lo cierto es que después de la atención prestada en Urgencias recibió asistencia en el Servicio de Rehabilitación (además de revisiones en el Servicio de Cirugía Plástica) sin que se cuestionara su procedencia ni se le remitiera a los servicios de la mutualidad que correspondiera. Por tanto, 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 la deficiente atención dispensada ante el servicio público sanitario, si bien dicha responsabilidad ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole. Consecuentemente, habremos de analizar si nos hallamos ante un daño real, efectivo, evaluable económicamente y antijurídico -en definitiva, un daño que el perjudicado no tenga la obligación de soportar-, y si ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario.

Por lo que a la efectividad del daño se refiere, y a la vista de la documentación obrante en el expediente, el perjudicado ha acreditado el gasto reclamado mediante la correspondiente factura. Ahora bien, la existencia de un daño efectivo, individualizado y susceptible de evaluación económica surgido en el curso de la actividad del servicio público sanitario no implica sin más la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración, pues ha de

probarse que aquel se encuentra causalmente unido al funcionamiento del servicio público y que es antijurídico.

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

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 este caso, los únicos informes médicos que aporta el reclamante son los suscritos por el facultativo privado que le atiende, limitados a la descripción de la indicación quirúrgica propuesta -antes y después de su realización-; en ellos, por tanto, no se cuestiona la intervención realizada desde la sanidad pública. El interesado destaca en las alegaciones formuladas durante el trámite de audiencia que el informe en el que se le recomienda la operación no ha sido discutido, pero es que, efectivamente, los especialistas no discuten la procedencia de la operación, que admiten una vez que se constata que el paciente no ha mejorado con el tratamiento rehabilitador.

Teniendo en cuenta lo señalado, observamos que el perjudicado afirma que la desatención del servicio público sanitario le indujo a recurrir a la sanidad privada. Concreta el momento en que aquella se produce en el mes de diciembre de 2014, cuando, tras consulta en el Servicio de Rehabilitación, la persistencia del dolor, la presencia de deformidad y la única prescripción de

realización de ejercicios domiciliarios motivan que decida acudir a un facultativo privado. Precisa que debió “acudir a la medicina privada para la solución de las secuelas” ante la desatención del Hospital de la finalización de su proceso curativo.

Sin embargo, los únicos informes que -como ya hemos señalado- se pronuncian sobre la atención prestada por el servicio público sanitario justifican la remisión a Rehabilitación por parte del Servicio de Cirugía Plástica a fin de agotar las posibilidades de recuperación sin necesidad de nueva cirugía, y alegan que ni la protrusión del tornillo puede considerarse un error, ni la angulación o acortamiento producidos exceden de “los rangos permitidos”. También destacan que la intervención finalmente realizada no se corresponde con la inicialmente recomendada.

Asimismo, debemos referirnos a la alegación relativa al retraso en ser atendido en el Servicio de Rehabilitación, ya que, aunque el interesado no relacione explícitamente esa demora con sus secuelas (y, por tanto, con la necesidad de intervención para solventarlas, lo que constituye el objeto de su reclamación), sí cabe interpretar de su relato que podría haber incidido en la mala evolución que abocó a la nueva operación. Respecto a la controversia sobre la existencia de consulta en el Servicio de Rehabilitación el día 31 de enero de 2014 que el reclamante niega, en la “historia Millennium” sí consta registrada esa cita, aunque existen otras dudas sobre la misma; la primera es que tanto esta como la del 22 de diciembre de ese año figuran como “rehabilitación primera consulta”, por lo que es evidente que una de las dos calificaciones es errónea. Tampoco obra en el expediente documento alguno en el que conste el resultado de la exploración en ese momento, transcrito en los informes de los Servicios afectados. Aun careciendo de este último elemento de juicio, que permitiría confirmar si entonces la movilidad de la mano era buena, entendemos que si el paciente hubiera presentado problemas o hubiera advertido una mala evolución durante el periodo comprendido entre el 10 de enero y el 18 de noviembre de 2014 habría recurrido a los servicios de la mutua, de cuya disponibilidad (y preceptividad en la atención) era conocedor, o

incluso de nuevo al servicio público sanitario. En todo caso, según expone, el error en la atención por parte del servicio público sanitario traería causa de la prescripción el día 22 de diciembre de 2014 de ejercicios domiciliarios como único tratamiento para la curación, que es idéntica a la efectuada en la asistencia controvertida del día 31 de enero de 2014, por lo que a estos efectos resulta irrelevante conocer si esta última tuvo lugar o no.

En suma, dado que el interesado contrae su reclamación al importe de la asistencia sanitaria privada recibida para -según su criterio- solventar las secuelas originadas por una incorrecta asistencia prestada en un centro público, resulta obvio concluir que, dado que era conocedor de las instrucciones “de obligado y estricto cumplimiento” de su Federación, debió poner su situación en conocimiento de la mutualidad para la prestación de la correspondiente asistencia sanitaria. Ello con independencia de que la propuesta de resolución afirme que la intervención por la que se reclama podría haberse realizado en un centro público.

En este contexto, no cabe imputar al servicio público sanitario la necesidad cubierta por la atención privada, puesto que no se ha acreditado que la intervención fuera necesaria -como afirma el reclamante- para solventar las secuelas de un tratamiento cuya deficiencia tampoco justifica médicamente. El paciente no comunicó la recomendación quirúrgica finalmente materializada en la medicina privada, por lo que no cabe entender que haya existido una privación indebida del tratamiento necesario para tratar la lesión. En el caso que nos ocupa la opción de someterse a la intervención de forma privada constituye una legítima opción individual cuyas consecuencias han de ser asumidas por quien adopta esa decisión, y que, además, el interesado elige soslayando la obligación de que, según los términos del Convenio suscrito por la Delegación Asturiana de la Mutualidad de Previsión Social de Futbolistas Españoles a Prima Fija con el Servicio de Salud del Principado de Asturias, “cualquier otro tipo de asistencia sanitaria” distinta a la urgente deba ser prestada “en los centros propios de la mutualidad o en sus centros concertados”. Si bien, como hemos indicado, no cabe objetar que el paciente

siguiera las revisiones en el Servicio de Cirugía Plástica y las consultas en el Servicio de Rehabilitación ofertadas desde la sanidad pública, no puede concluirse lo mismo respecto a la obligación de resarcir, por parte del servicio público, una atención privada que no es consecuencia de una deficiente asistencia prestada por aquel, y que además obvia las prescripciones establecidas para la atención sanitaria en este supuesto concreto.

En definitiva, la falta de acreditación sobre la posible contravención de la *lex artis* en el funcionamiento del servicio público impide que la reclamación de responsabilidad patrimonial pueda ser acogida, y el detrimento patrimonial sufrido por el perjudicado, en tanto que deriva de su decisión voluntaria de acudir a la medicina privada, ha de ser soportado por él.

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.