

Expediente Núm. 195/2018  
Dictamen Núm. 225/2018

**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*

Secretario General Adjunto:  
*Mier González, Manuel Eduardo*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 11 de octubre de 2018, 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 27 de julio de 2018 -registrada de entrada el día 2 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los gastos ocasionados tras recurrir a la medicina privada para el tratamiento quirúrgico de una discopatía, descartado por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** El día 11 de octubre de 2017, un letrado presenta, en nombre y representación de la interesada, una reclamación de responsabilidad patrimonial en el Registro Electrónico del Ministerio de Hacienda y Función Pública -dirigida a la Consejería de Sanidad- por los daños que atribuye a la deficiente asistencia sanitaria recibida.

Expone que “sufre dolores de espalda a nivel lumbar y cervical” por los que “ha sido atendida desde el año 2001. Durante todo el tratamiento se le comunica que se trata de una patología crónica e irrecuperable y que los tratamientos de rehabilitación que realice serán en todo caso paliativos./ A lo largo de los años es atendida por el Servicio de Neurocirugía” del Hospital ..... “por estos mismos dolores que se van agravando, y finalmente en mayo de 2016 se emite el último informe estableciendo que `no se plantea tratamiento por parte de Neurocirugía porque el tratamiento quirúrgico no puede garantizar una mejoría significativa´”.

Expresa que “ante la falta de solución indicada” por el Hospital ..... la paciente “acude al Hospital ....., de León, para conocer una segunda opinión. Allí le realizan nuevas pruebas y es operada” el “día 20 de octubre de 2016. La cirugía transcurre sin incidencias y ya en el posoperatorio inmediato refleja mejoría del dolor”.

Indica que el coste de la cirugía asciende a quince mil noventa y cinco euros con treinta y seis céntimos (15.095,36 €), que reclama.

Adjunta diversa documentación médica relativa al proceso seguido y facturas relacionadas con la cirugía que se llevó a cabo en el centro privado indicado.

**2.** Mediante oficio de 8 de noviembre de 2017, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al representante de la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa. Solicita, asimismo, acreditación de la representación que afirma ostentar.

En cumplimiento del referido trámite, la perjudicada confiere representación al letrado actuante mediante comparecencia personal en dicho Servicio el día 17 de noviembre de 2017.

**3.** Con fecha 14 de diciembre de 2017, el Jefe de Sección del Área de Reclamaciones de la Gerencia del Área Sanitaria IV remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la historia clínica de la paciente en formato electrónico.

El 21 del mismo mes le envía el informe suscrito el día anterior por la Responsable del Servicio de Neurocirugía. En él se explica que la paciente fue valorada en dicho Servicio en el año 2014 "por presentar dolor lumbar crónico con diagnóstico de espondiloartrosis L4-5 y L5-S1. Tras realizar tratamiento en la Unidad del Dolor (infiltraciones epidurales y radiofrecuencia) presenta mejoría, por lo que se decide seguimiento clínico-radiológico (...). En el año 2016 es valorada nuevamente por aumento del dolor lumbar y dorsal, por lo que se completa el estudio con RM lumbosacra y Rx funcionales (...). Tras analizar todas las pruebas realizadas, se estima que no se puede garantizar una mejoría significativa del dolor lumbar crónico que presenta, por lo que se recomienda tratamiento rehabilitador y medidas de higiene postural./ En los metaanálisis y estudios randomizados realizados" respecto "al tratamiento lumbar discogénico no existe evidencia científica a favor de la cirugía (artrodesis) frente al tratamiento conservador no quirúrgico, por lo que no optamos por dicho tratamiento".

El informe se acompaña de uno de los estudios en los que basa sus conclusiones.

**4.** Mediante escrito de 8 de febrero de 2018, el Subdirector de Atención Sanitaria y Salud Pública traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia de la historia clínica de la paciente obrante en Atención Primaria.

**5.** El día 20 de abril de 2018, y a instancia de la entidad aseguradora, dos especialistas, una en Medicina Legal y Forense y otra en Valoración del Daño Corporal, suscriben colegiadamente un informe en el que explican que "el tratamiento quirúrgico para las hernias discales está indicado en caso de

compresión medular y/o afectación progresiva de raíces nerviosas con déficits neurológicos en los casos en que la manifestación principal es el dolor, sin que se cumplan las condiciones anteriores no existe evidencia científica de que el tratamiento quirúrgico sea mejor que el tratamiento conservador./ En este caso, las pruebas médicas realizadas no mostraron la existencia de afectación medular ni de déficit radicular agudo, por lo que no existía una indicación absoluta de intervención, siendo tan válido el tratamiento quirúrgico como el médico./ La actuación médica ha sido correcta en todo momento atendiendo a la sintomatología referida por (la) paciente, con repetición de pruebas médicas, control sintomático cuidadoso y continuado./ Tras revisar la documentación, cabe apuntar que la paciente presenta recidiva de la clínica, ya que inició tras la intervención tratamiento rehabilitador y un EMG patológico”.

Se concluye que “la asistencia médica y el manejo de la patología (...) ha sido correcta en todo momento”, siendo la actuación conforme con los protocolos y la *lex artis*.

**6.** Mediante escrito notificado al representante de la interesada el 22 de junio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días y le adjunta una relación de los documentos obrantes en el expediente.

El día 27 de junio de 2018, el representante de aquella presenta un escrito al que acompaña la historia médica completa de la reclamante en el centro privado en el que fue intervenida.

**7.** Con fecha 9 de julio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio basándose en los informes emitidos durante la instrucción del procedimiento, cuyas conclusiones asume, añadiendo que la paciente no solicitó una segunda opinión médica al Servicio de Salud del Principado de Asturias.

**8.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 27 de julio de 2018, 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 autenticada 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.

**SEGUNDA.-** Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron, pudiendo actuar por medio de representante debidamente acreditado en virtud de apoderamiento *apud acta* otorgado en comparecencia personal.

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 67.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), dispone que “El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste 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 intervención quirúrgica por cuyos gastos se reclama tuvo lugar el día 20 de octubre de 2016, habiéndose presentado la reclamación con fecha 11 de octubre de 2017, por lo que es claro que la acción se ha ejercitado dentro del plazo de un año legamente determinado.

**CUARTA.-** El procedimiento administrativo aplicable en la tramitación de la reclamación se rige por las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común recogidas en el título IV de la LPAC, teniendo en cuenta las especificidades previstas en materia de responsabilidad patrimonial en los artículos 65, 67, 81, 91 y 92 de dicha Ley.

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

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

**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 32 de la LRJSP 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, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. 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 34 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, 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 somete a nuestra consideración una reclamación de responsabilidad patrimonial mediante la cual se solicita el reintegro de los gastos derivados de la asistencia recibida en la medicina privada, a la que la interesada recurrió para someterse a una intervención quirúrgica que no le ofertaba la sanidad pública.

En cuanto a las reclamaciones relativas al reintegro de los gastos generados por la atención prestada fuera del sistema sanitario público, este Consejo viene manifestando que es preciso distinguir entre el ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en los supuestos de atenciones dispensadas fuera del Sistema Nacional de Salud y el de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración.

En relación con 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 ocasionados "fuera del Sistema Nacional de Salud", disponiendo que el mismo solo resulta procedente en los "casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital", y "una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada o abusiva de esta excepción". No consta que dicho procedimiento -que no está sometido al dictamen de este Consejo- se haya tramitado en el caso que analizamos. Asimismo, examinado 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 debido al abandono voluntario del sistema público. Ello no impide la formulación por parte de la interesada de una reclamación de responsabilidad patrimonial (así la califica) comprensiva del importe de los gastos en los que incurrió al recurrir a un centro que está fuera del Sistema Nacional de Salud, si bien dicha responsabilidad patrimonial ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole. Consecuentemente, habrá que examinar,



además de su efectividad, si nos hallamos ante un daño antijurídico -en definitiva, un daño que la perjudicada no tenga la obligación de soportar- y si ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que la indicada operación se llevó a cabo en la fecha antes citada (mes de octubre de 2016), así como que la reclamante venía siendo atendida por la patología que sufría en la sanidad pública desde hacía varios años. Las facturas incorporadas al expediente acreditan igualmente que incurrió en unos costes asociados a la realización de dicha intervención, cuyo resarcimiento ahora reclama, por lo que no ofrece duda la efectividad del perjuicio patrimonial sufrido. No obstante, debe ponerse de relieve que las facturas mencionadas no se corresponden con la cifra solicitada como indemnización, sino que se refieren a una cantidad notablemente inferior.

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*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su

caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También ha subrayado este Consejo que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En este sentido, y con carácter preliminar, debemos advertir ya en este momento que, a pesar de que incumbe a quien reclama la carga de probar la existencia de la relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y el daño alegado, y en particular que se ha producido una violación de la *lex artis* médica, la reclamante no desarrolla actividad probatoria alguna al respecto. En consecuencia, dado que en el procedimiento administrativo que analizamos aquella no ejercita el derecho que la ley le confiere a presentar pruebas o pericias que apoyen sus imputaciones, este Consejo Consultivo habrá de formar su convicción sobre la base de los informes técnico-médicos que obran en el expediente y que la perjudicada no discute con ocasión del trámite de audiencia.

Los incorporados a instancia de la Administración coinciden en que la indicación quirúrgica no era absoluta, pues esta procede en determinados casos (compresión medular, afectación progresiva de raíces nerviosas) entre los que no se encontraba el de la paciente. Además, se aporta literatura científica que avala la falta de evidencia médica sobre una eventual preferencia de la cirugía sobre el tratamiento conservador y, por último, se destaca que la enferma presenta recidiva, según los datos disponibles. En el expediente consta, por otra parte, que a lo largo de los años se le dispensó a la afectada un seguimiento continuo y el tratamiento oportuno que requería su dolencia.

En definitiva, la perjudicada no aporta ningún elemento objetivo que nos induzca a pensar que la asistencia dispensada por el Servicio de Salud del Principado de Asturias incurriera en la omisión que reprocha; imputación que únicamente se sostiene en sus manifestaciones, lo que no es suficiente para tenerla por probada. Antes bien, todos los informes obrantes en el expediente sostienen que la actuación del servicio público sanitario fue correcta. Por ello, 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, por lo que el detrimento patrimonial sufrido por la interesada, en tanto que deriva de su decisión voluntaria de acudir a la medicina privada, ha de ser soportado por ella.

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.