

Expediente Núm. 254/2018
Dictamen Núm. 271/2018

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
González Cachero, María Isabel
Iglesias Fernández, Jesús Enrique
Menéndez Sebastián, Eva María
García García, Dorinda

Secretario General:
García Gallo, José Manuel

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 27 de diciembre de 2018, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 14 de septiembre de 2018 -registrada de entrada el día 28 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 una intervención quirúrgica de prostatectomía radical al considerar que el servicio público demoraba la misma.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 13 de octubre de 2017, el interesado presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria recibida para el tratamiento de un cáncer de próstata.

Relata que fue diagnosticado de esa dolencia el día 29 de marzo de 2017, y que el 6 de abril de 2017, “tras acudir de nuevo a la consulta y acordar con el médico aplicar el tratamiento de prostatectomía radical”, se le “anunció un plazo aproximado de 2 meses para ser sometido a la oportuna operación”, que por ello “debería realizarse a principios del mes de junio”.

Manifiesta que con fecha 6 de junio de 2017 acudió al Servicio de Atención al Paciente del Hospital “X”, en el que fue informado de que “por cuestiones de lista de espera no sería operado antes de principios del mes de agosto”, lo que motivó que presentara “la correspondiente reclamación”. Señala que “debido a la dilación indicada” acudió “al Hospital ‘Y’ (...) -de lo cual informé a la Administración”, y precisa que en este último centro se le “indicó la urgencia vital” de su operación, tal y como consta en el informe emitido tras el alta. Por dicha razón fue operado en el citado hospital privado el día 23 de junio de 2017, lo que comunicó a la Consejería de Sanidad, que le informó de su exclusión de la lista de espera.

Considera que el importe de la operación, que asciende a catorce mil euros (14.000 €), debe serle resarcido “al tratarse de una asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital; razón por la cual no resultaba factible continuar en la lista de espera de utilización de los servicios del Sistema Nacional de Salud, dado el excesivo plazo” que se le indicó.

Adjunta diversa documentación entre la que se encuentran distintos informes médicos relativos a la asistencia recibida tanto en el Hospital “X” como en el Hospital “Y”, y la factura emitida por el tratamiento recibido en este último.

2. Mediante oficio de 31 de octubre de 2017, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios 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.

3. El día 28 de noviembre de 2017, el Gerente del Área Sanitaria V remite al Servicio instructor una copia de la historia clínica relativa al proceso de referencia, en soporte digital, y un informe emitido por el Jefe del Servicio de Urología del Hospital "X".

En este, elaborado el 24 de noviembre de 2017, se indica que "de cada uno de los pacientes incluidos en lista de espera para recibir una prestación quirúrgica por parte de los profesionales de este Servicio de Urología se realiza una valoración individualizada. De este modo se lleva a cabo una priorización de las diversas necesidades en salud de los pacientes con el fin de distribuir los recursos disponibles del modo más efectivo y justo posible (...). Los estudios realizados" al reclamante "demostraron la existencia de un adenocarcinoma de próstata de riesgo intermedio. Los estudios de imagen fueron compatibles con una enfermedad clínicamente localizada (...). Como bien se expone en la reclamación (...), se le anunció (...) 'un plazo aproximado de 2 meses', entendiendo por aproximado la ausencia de un plazo exacto (...). La semana prevista para realizar la intervención requerida (...) fue la comprendida entre el 3 y 14 de julio. Ello supone una demora de tres semanas respecto a la fecha en que se le practicó la prostatectomía radical en un centro privado".

4. Con fecha 6 de abril de 2018, el Inspector de Servicios y Centros Sanitarios designado al efecto solicita al Servicio de Urología del Hospital "X" un nuevo informe en el que se clarifique "si el paciente fue clasificado como preferente y qué demora tenía el Servicio para este tipo de cirugías en el periodo de los hechos".

En respuesta a tal petición, el Jefe del Servicio de Urología emite un nuevo informe el 3 de mayo de 2018 en el que manifiesta que se incluyó "en lista de espera quirúrgica para realizar prostatectomía radical laparoscópica con carácter efectivamente preferente y con fecha 5 de abril de 2017./ No obstante, debe mencionarse que dicha inclusión estaba condicionada a la realización de

una prueba diagnóstica (TAC abdominopélvico) que se solicitó el mismo día 5 de abril con carácter preferente. La aparición de enfermedad a distancia en dicho TAC (metástasis) hubiera descartado la indicación de cirugía radical. La valoración del informe del TAC, así como su comunicación al paciente se realizó con fecha 15 de mayo, tal y como consta en el registro de historia clínica electrónica. Por tanto, se puede establecer el 15 de mayo” como “la fecha a partir de la cual el paciente cumple con todas las condiciones necesarias para de una manera efectiva estar incluido en lista de espera quirúrgica y poder ser intervenido”.

Añade que, “respecto a la demora del resto de pacientes con patología similar, y analizados aquellos sometidos a prostatectomía radical en el primer cuatrimestre de 2017, se ha obtenido una demora media de 80 días. Debe reseñarse que esta es una demora habitual en este centro para el tipo de patología mencionada y que los resultados del Servicio de Urología del Hospital “X”, tanto desde el punto de vista oncológico como desde el punto de vista funcional, cumplen con los estándares de calidad propuestos por sociedades como la Asociación Europea de Urología”.

5. El día 20 de mayo de 2018, y a instancia de la entidad aseguradora del Principado de Asturias, una Asesora Médica (licenciada en Medicina) emite informe en el que expone que “tras la biopsia el paciente debe ser considerado de alto riesgo de diseminación en base a los criterios de edad precoz (46 años), el grado histológico de la biopsia (Gleason 7) y la afectación multimodal, ya que tiene 7 cilindros afectos de 12 y afectación de ambos lóbulos. Esto indicaría una cirugía preferente. Además el resultado del estudio anatomopatológico posquirúrgico confirma esta previsión, ya que pone en evidencia la afectación multimodal (bilobar) y extensión extraprostática perineural. Por lo tanto el tiempo de espera de la cirugía debe ser inferior a 3 meses./ Por esto se solicita el estudio de extensión con carácter preferente y se incluye en lista de espera quirúrgica también con carácter preferente. El TAC se realiza y se informa en

un plazo de 40 días, que es apropiado para el grado de prioridad del estudio. A partir de esa fecha se puede considerar en lista de espera, por lo que en la fecha (en la) que el paciente decide voluntariamente abandonar la medicina pública para ponerse en manos de la medicina privada tan solo lleva un mes y 18 días en lista de espera”.

Concluye que “se trata de un paciente con adenocarcinoma de próstata de alto riesgo de diseminación en base a los criterios de edad precoz (46 años), el grado histológico en la biopsia (Gleason 7) y la afectación multimodal (...). En estos casos está indicada la prostatectomía radical por vía preferente (...). Dadas las características del tumor estaba indicada la realización de un TAC de extensión que se solicita de forma preferente y se realiza en tiempo adecuado (...). Tras la valoración de dicho TAC, que confirma la ausencia de enfermedad a distancia, se incluye al paciente en lista de espera porque es entonces cuando cumple criterios de indicación de la cirugía (...). El paciente decide abandonar la medicina pública para ponerse en manos de la medicina privada de forma voluntaria cuando la demora para la cirugía no ha superado los tiempos recomendados (...). La demora media de los pacientes sometidos a prostatectomía radical en el H. ‘X’ es de 80 días (dentro del plazo recomendable de 3 meses), y (...) los resultados de este Servicio, tanto desde el punto de vista oncológico como desde el punto de vista funcional, cumplen con los estándares de calidad propuestos por sociedades como la Asociación Europea de Urología”.

En consecuencia, considera que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis*, y por lo tanto y a nuestro parecer correspondería desestimar la reclamación”.

6. Mediante escrito notificado al interesado el 1 de junio de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia y vista del expediente por un plazo de 15 días.

No consta en este que se hayan presentado alegaciones.

Advertido error en la numeración del expediente, se le concede al perjudicado un nuevo trámite de audiencia mediante escrito de 10 de julio de 2018, transcurriendo de nuevo el plazo conferido sin que formule alegaciones.

7. El día 31 de agosto de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella se concluye que, de acuerdo con lo expuesto y sobre la base de los informes incorporados al expediente, “la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adaptada a los criterios de la *lex artis*”. Destaca que, dadas las fechas en que estaba prevista la intervención (entre el 3 y 14 de julio), solo existió “una demora de tres semanas respecto a la fecha en que se le practicó la prostatectomía radical en un centro privado, lo que evidencia que no hubo demora alguna relevante en su programación”. Tampoco se habría superado el plazo recomendado para llevar a cabo la operación (tres meses), pues estaba previsto efectuarla a los dos meses.

Razona que “el reclamante no solo incumplió los requisitos para que proceda el reintegro de gastos al abandonar voluntariamente el sistema sanitario público, sino que las pruebas realizadas en el centro privado acreditan que el diagnóstico emitido en la sanidad pública era correcto y el tiempo de demora adecuado. En este sentido, la jurisprudencia es unánime al considerar que el abandono voluntario de la sanidad pública impide reclamar posteriormente el reintegro de los gastos”.

8. En este estado de tramitación, mediante escrito de 14 de septiembre 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 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 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 la que se reclama tuvo lugar el día 23

de junio de 2017, por lo que, presentada la reclamación el día 13 de octubre de 2017, es claro que ha sido formulada 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 de los servicios afectados, audiencia con vista del expediente y propuesta de resolución.

Sin embargo, se aprecia que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 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 en la que se solicita el reintegro de los gastos derivados de la realización de una cirugía de prostatectomía radical en la medicina privada como consecuencia de la demora que el interesado atribuye a la Administración sanitaria.

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. En el supuesto que nos ocupa el reclamante considera que la asistencia prestada era "urgente, inmediata y de carácter vital", pero invoca únicamente al respecto un informe del centro privado en el que fue intervenido en el que "se aconseja la mayor premura en la realización del tratamiento definitivo". 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 que es debida al abandono voluntario del sistema público. No obstante, ello no impide la formulación por parte del interesado de una reclamación de responsabilidad patrimonial (así la califica expresamente) comprensiva del importe de los gastos en los que incurrió al recurrir a centros que están 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 determinar, además de su efectividad, si nos hallamos ante un daño 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.

De la documentación obrante en el expediente se desprende que la indicada operación se llevó a cabo el día 23 de junio de 2017, y que el reclamante venía siendo atendido por la patología oncológica que sufría en la sanidad pública desde tres meses antes. La factura incorporada acredita 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.

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 el 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, el reclamante no desarrolla actividad probatoria alguna al respecto. En consecuencia, dado que en el procedimiento administrativo sometido a nuestra consideración aquel 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 el perjudicado no discute con ocasión del trámite de audiencia, durante el cual no comparece.

El interesado afirma que el día 6 de abril de 2017 fue informado de que la cirugía se llevaría a cabo en el plazo de dos meses, lo que motivó su consulta al Servicio de Atención al Paciente una vez cumplido el mismo, y que en ese momento se le informó que “por cuestiones de lista de espera no sería operado antes de principios del mes de agosto”. A la vista de esta respuesta optó por acudir a un centro privado en el que la operación se realizó a finales del mes de junio. Sin embargo, de las manifestaciones contenidas en el informe emitido por el Servicio responsable, corroboradas por las anotaciones que obran en la historia clínica, se deduce que el reclamante pudo haber incurrido en confusión respecto a la fecha desde la que se computaba el plazo para la intervención. El Servicio de Urología explica que la cirugía estaba supeditada a los resultados de la prueba de imagen indicada (TAC abdominopélvico), por lo que debe aceptarse que el cómputo del tiempo de espera hasta la realización de la cirugía debe realizarse desde el momento en que fueron conocidos (15 de mayo). Tanto la solicitud de esta prueba como la inclusión en la lista de espera

quirúrgica se efectuaron con carácter preferente, y la práctica del TAC tuvo lugar, según los informes, en un tiempo razonable. Al respecto, el perjudicado nada alega durante el trámite de audiencia, lo que impide inferir si la información que se le facilitó indujo su convicción respecto al plazo en el que se realizaría la intervención. En todo caso, debemos advertir que el plazo señalado desde el Servicio de Atención al Paciente -según la versión del reclamante- estaría también dentro del de tres meses considerado como aceptable y que en la fecha en la que se prestó la atención sanitaria por la que se reclama no existía una norma análoga al Decreto 59/2018, de 26 de septiembre, sobre garantía de tiempo máximo de acceso a las prestaciones sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias, información sobre listas de espera y Registro de Demanda Asistencial del Principado de Asturias. Respecto del citado plazo, además, los informes incorporados al expediente a instancia de la Administración coinciden en que el tiempo de espera de tres meses cumple “tanto desde el punto de vista oncológico como desde el punto de vista funcional (...) los estándares de calidad propuestos” por sociedades científicas especializadas, citando en concreto a la Asociación Europea de Urología. Por tanto, la decisión de operarse en un centro privado fue adoptada dentro del intervalo de tiempo en el que se había previsto la intervención en el sistema sanitario público.

En definitiva, el interesado 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 dilación que reprocha; imputación que únicamente se sostiene en sus manifestaciones, lo que no es suficiente para tenerla por probada. Al contrario, 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, 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

LA PRESIDENTA,

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.