

Expediente Núm. 253/2018  
Dictamen Núm. 103/2019

**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:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 11 de abril de 2019, con asistencia de las señoras y el señor que al margen se expresan, emitió por unanimidad 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 procedimiento de responsabilidad patrimonial tramitado por el Principado de Asturias tras la solicitud formulada por ....., en la que interesa el reintegro de las cantidades que le fueron facturadas por la medicina privada, a la que acudió ante lo que considera un diagnóstico y tratamiento inadecuados del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 7 de marzo de 2018, el Gerente del Área Sanitaria V traslada al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios un escrito que la interesada dirige al “Servicio de Atención al Paciente” del Hospital “X” el día anterior, y en el que solicita el reintegro de las cantidades facturadas por la

medicina privada como consecuencia de un inadecuado diagnóstico y tratamiento en el servicio público sanitario.

En él expone que el día 28 de noviembre de 2017, tras haber sufrido una "crisis convulsiva generalizada", ingresó en el Hospital "X" y que la resonancia magnética que se le realizó informó de "hallazgos sugestivos de displasia cortical", entre otros, precisando que a las 72 horas "recibe el alta sin que se le imponga ningún tratamiento".

Manifiesta que fue atendida de nuevo en el Hospital "X" el 22 de enero de 2018, en concreto en el Servicio de Neurología, y que en esta ocasión la doctora que la atendió "considera conveniente realizar una resonancia magnética pasados tres o cuatro meses, así que la solicita con carácter normal - no urgente, no prioritario (...)-. Asimismo, la doctora considera que no es necesario aplicar ninguna medicación".

Señala que "ante la perspectiva de tener que esperar un mínimo de tres meses hasta tener más información decide iniciar un procedimiento paralelo fuera de la sanidad pública. Para ello solicita una segunda opinión (...). Los profesionales de esta clínica, a la vista de la RM realizada en 'X', ya prescriben tratamiento médico inmediato (Kepra) para evitar posibles nuevas crisis convulsivas. Además, solicitan una nueva RM. En esta (...), realizada el 05-02-18, ya observan un 'probable glioma'". Indica que "el 26-02-18 realizan una nueva RM" y que "en ella se aprecia un notable crecimiento del tumor y aconsejan una intervención quirúrgica inmediata. Dicha intervención se realiza el 27-02-18. La operación consiste en la extirpación completa del tumor. Se realiza con éxito".

Reseña que actualmente "se encuentra recuperándose satisfactoriamente de la intervención y continúa tomando el medicamento Kepra./ Aproximadamente en un mes tendrá el resultado de Anatomía Patológica del tumor para obtener un diagnóstico y poder aplicar un tratamiento".

A la vista de ello, considera evidente que en el Servicio de Salud del Principado de Asturias se le hizo "un mal diagnóstico, ya que (...) sufría un tumor cerebral./ La paciente corrió, durante dos meses, grave riesgo de sufrir

nuevas crisis convulsivas debido a la negativa (...) a aplicarle un tratamiento./ De haber continuado la ruta establecida (...) aún seguiría esperando turno para hacer una nueva RM, con el tumor aumentando de tamaño en su cerebro, con los devastadores efectos para su salud que ello hubiera conllevado”.

Solicita “un reconocimiento” por parte del Servicio de Salud del Principado de Asturias de que “sus profesionales han fallado en este caso./ Un resarcimiento (...) de los gastos que ha tenido que sufragar la paciente para solucionar su gravísimo problema de salud una vez que el (Servicio de Salud del Principado de Asturias) fue incapaz de hacerlo”.

Acompaña a su escrito diversa documentación clínica de la asistencia recibida, tanto en el ámbito de los servicios públicos sanitarios como en los de la medicina privada a lo largo del episodio relatado. Adjunta igualmente una factura por importe de 20.173,31 € emitida por la clínica privada a la que acudió.

**2.** Mediante oficio de 20 de marzo de 2018, el Jefe del Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios comunica a la interesada 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 18 de abril de 2018, la interesada presenta en el registro de la Administración del Principado de Asturias un nuevo escrito en el que señala que “en fecha 14-03-18 acude a la consulta de Neurología de ‘X’ aportando un informe (...) que determina que el tumor es un xantastrocitoma pleomórfico, por lo que (...) precisa urgente tratamiento de radioterapia y quimioterapia. A la vista de este informe, la neuróloga de ‘X’ hace inmediatamente el traslado/canalización del historial de la paciente a los Servicios de Neurología y de Oncología del (Hospital “Y”). Por algún motivo desconocido -error de procedimiento, error de ejecución, error humano, error informático (...)-, el expediente (...) tarda 7 días en llegar (...). Llega el día 21-03-18. Este retraso

de 7 días, evidentemente achacable al (Servicio de Salud del Principado de Asturias), supone un retraso en el inicio de los tratamientos de radio y quimioterapia. Este retraso, dada la naturaleza de la dolencia que estamos tratando, puede resultar crucial en la curación de la paciente./ Este episodio supone un nuevo error (...) en el trato dispensado a la paciente. Es un eslabón más en la cadena de errores de esta historia. Un argumento más para que sea atendida la reclamación de la paciente, expresada en su escrito inicial”.

Por otra parte, la perjudicada añade a su reclamación económica “un nuevo concepto: el análisis de Biología Molecular (MGMT), paso inherente a la extirpación del tumor y que también fue sufragado” por ella. Adjunta a este escrito la factura correspondiente al concepto indicado que asciende a 600 €.

**4.** Con fecha 2 de abril de 2018, el Gerente del Área Sanitaria V envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la historia clínica relativa a la asistencia prestada a la interesada en el episodio cuestionado y un informe elaborado por Jefa de la Sección de Neurología del Hospital “X” el 12 de abril de 2018.

En el informe se detalla que “la paciente ingresa en nuestra Sección procedente de Urgencias el día 28-11-2017 por haber presentado una única crisis convulsiva. Durante su hospitalización se le realizaron un TAC que fue normal y un EEG también normal. Se le practicó una RMN craneal con fecha 1-12-2017 (...). Fue dada de alta el día 1-12-2017 pendiente del informe de la RNM por acuerdo entre médico y paciente, dado que era viernes y para no prolongar ingreso y con el compromiso de comunicarle telefónicamente el resultado./ No recibió tratamiento antiepiléptico porque no está indicado el tratamiento ante una crisis única con EEG normal y sin evidencia lesional en aquel momento (...). El informe de RMN realizado según protocolo de epilepsia habla de un engrosamiento e hiperintensidad en giro poscentral y parietal superior derechos sin realce de contraste. Los hallazgos son sugestivos de una displasia cortical. Esta información se la comunica a la paciente el neurólogo responsable por vía telefónica el día 20 de diciembre de 2017 y la dirige para

seguimiento a la consulta de epilepsia (...). La paciente acude a la consulta especializada el día 21 de enero de 2018. Está asintomática. Se revisa RMN y se comenta con la radióloga que, aunque plantea como primera posibilidad una displasia, acuerda con la neuróloga repetir el estudio en breve, dado que la lesión es de pequeño tamaño y es difícil tener un dx de certeza./ Se le informa a la paciente de que se le solicita un control de RMN en 3 meses (sería en marzo) y se solicita un EEG con privación de sueño./ No se inicia tratamiento porque no hubo recurrencia de crisis y el EEG basal es normal; no obstante, se solicita nuevo EEG con privación de sueño./ Existe un pacto de repetir el estudio a los 3 meses (...). La paciente decide realizarse el estudio de control de manera privada y al detectarse un aumento del tamaño de la lesión y que ahora sí capta contraste se decide tratamiento quirúrgico. La paciente decide intervenir en el centro privado (...). Una vez intervenida acude espontáneamente a la consulta desde donde se le gestiona consulta a Oncología y RTP del (Hospital "Y") para tratamiento".

Por lo que se refiere "a las quejas enumeradas" por la interesada, pone de manifiesto que "los médicos de la Sección de Neurología trataron a la paciente de (...) manera correcta, incluso revisando los informes radiológicos. Por este motivo se le solicitó un control a corto plazo. El dx tumoral no podía hacerse con un solo estudio radiológico (...). En ningún momento hubo negativa a iniciar tratamiento antiepiléptico. Las recomendaciones ante una crisis única con EEG normal y sin dx etiológico todavía es no tratar. Una vez intervenida sí se aconseja tratamiento pero tampoco indefinido (...). El estudio de RMN se habría realizado en el mes de marzo o antes si hubiera presentado empeoramiento clínico (...). Una vez realizada RMN en un centro privado si la paciente hubiera acudido a nuestro Servicio se hubiera remitido al Servicio de Neurocirugía con prontitud, como así se hizo con las solicitudes de RTP y Oncología (...). La decisión de intervenir en una clínica privada no fue por falta de atención en el sistema público".

**5.** Con fecha 1 de junio de 2018, emiten informe dos facultativas a instancia de la entidad aseguradora. En él señalan que “la paciente reclama el importe de las facturas de los procedimientos diagnósticos y tratamiento quirúrgico de la lesión cerebral. Se afirma que hubo un error diagnóstico y una mala praxis al no instaurar tratamiento epiléptico./ Tras el análisis de la documentación aportada, se puede asegurar que se actuó de manera correcta y según guías clínicas al no instaurar tratamiento antiepiléptico. No está indicado ante un paciente con una única crisis, con EEG normal y sin evidencia de lesión en el momento del alta hospitalaria./ La lesión objetivada en la primera RMN es una lesión de pequeño tamaño no captante y, por lo tanto, es difícil de emitir un diagnóstico de certeza; motivo por el cual se acordó solicitar nueva RMN en tres meses (se debería haber realizado en marzo del 2018)./ La paciente se mantuvo asintomática durante todo el proceso, por iniciativa propia consultó con la sanidad privada, de esta manera se realizó con mayor prontitud la RMN (febrero 2018) en la que ya se evidenció una lesión captante de mayor tamaño sugestiva de patología tumoral. Decidió ser intervenida (...) el 27-02-2018 sin comunicar estos resultados al Servicio de Neurología del Hospital `X´./ El 14-03-2018 acudió a consultas externas de Neurología del Hospital `X´ y fue derivada al (Hospital `Y´) para proseguir tratamiento oncológico de manera urgente. Fue visitada a los 7 días. Si la paciente hubiese acudido al Servicio de Neurología del Hospital `X´ tras el resultado de la segunda RMN realizada (...) hubiese sido derivada a Neurocirugía del (Hospital `Y´) con la misma agilidad./ En este caso, la realización de pruebas diagnósticas a mayor brevedad adelantaron un diagnóstico al que se hubiera llegado siguiendo los cauces de la sanidad pública y se hubiese realizado tratamiento quirúrgico posterior./ Desde el punto de vista estrictamente médico una demora no excesiva no comporta cambios en el pronóstico./ Desde el punto de vista social, atender esta reclamación comportaría un trato de favor para aquellos pacientes con posibilidades económicas que puedan financiarse atención sanitaria privada”.

Concluyen las facultativas que “la actuación habría sido conforme con los protocolos y la *lex artis* y, por lo tanto, correspondería desestimar la reclamación”.

**6.** Mediante escrito notificado a la interesada el 28 de julio 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.

El 23 de julio de 2018 comparece esta en las dependencias administrativas y se le hace entrega de una copia de la documentación incorporada al expediente hasta ese momento, según consta en la diligencia extendida al efecto.

Con fecha 6 de agosto de 2018, la reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que muestra su disconformidad con el informe pericial de la compañía aseguradora, tanto en lo relativo a determinados aspectos del relato de hechos que en él se efectúa sobre el episodio clínico cuestionado como en las valoraciones y conclusiones que se alcanzan.

Manifiesta que “el informe pericial de parte obvia aspectos relevantes sobre los plazos que son trascendentales para la salud de la paciente. Por un lado, si bien el Servicio de Neurología del Hospital ‘X’ deriva a la paciente para realizar una nueva RM en el plazo de 3 meses, la realidad de las listas de espera” del Servicio de Salud del Principado de Asturias “supone que (...) fue citada para el mes de mayo, es decir, 6 meses después de la primera RM realizada. Lo que sumado al tiempo necesario para (la) cita con Neurología para la valoración de las pruebas y la posterior derivación” al Hospital “Y” “e intervención quirúrgica -según las listas de espera publicadas (...) oscilan entre un periodo de 82 días a más de 200 días para el Servicio de Neurocirugía-, *de facto* hubiera supuesto que la paciente no hubiera sido intervenida hasta pasados 7 u 8 meses”. Cuestiona por ello “la afirmación contenida en el informe pericial (de) que el diagnóstico al que se hubiese llegado con la realización de la RM en mayo (fecha en la que fue citada la paciente desde el mes de enero) podía ser el mismo”, pues “la incidencia de esta demora en la realización de

una segunda prueba diagnóstica hubiera supuesto, dadas las características del tumor, que el mismo se habría extendido a zonas inoperables y, por lo tanto, el daño sería irreparable”.

En cuanto a la aseveración de las facultativas de la entidad aseguradora de que “desde el punto de vista médico una demora no excesiva no comporta cambios en el pronóstico”, subraya que “es precisamente la detección temprana del tumor y la posibilidad de realizar una intervención quirúrgica que permita una resección completa o casi completa es el factor pronóstico favorable más importante para extender la supervivencia del paciente”.

Respecto al “juicio” que se hace en este informe de que “desde el punto de vista social atender esta reclamación comportaría un trato de favor para aquellos pacientes con posibilidades económicas que puedan financiarse atención sanitaria privada”, la reclamante lo califica de “poco afortunado”, y considera que “es lamentable que un servicio público de salud admita que una compañía aseguradora contratada cuestione, desde un punto de vista no médico, sino moral, que una paciente de una edad joven con una enfermedad de carácter muy grave busque una segunda opinión que no le ofreció como debiera la sanidad pública, lo que en el presente caso resulta desatinado si cabe cuando ha sido esa segunda opinión y la operación realizada la que ha evitado graves secuelas e incluso la muerte de la paciente”.

Razona la procedencia del reembolso de las cantidades que le han sido facturadas en la medicina privada con base en el artículo 4.3 del 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, tal y como entiende que viene siendo interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, citando al efecto la Sentencia de 8 de mayo de 2012 -ECLI:ES:TS:2012:4172- (Sala de lo Social, Sección 1.ª).

Por lo que se refiere a la “actuación Servicio de Neurología del Hospital ‘X’”, la interesada añade a los reproches que a lo largo del procedimiento viene formulando por el trato recibido otro nuevo. Así, tras afirmar que en el Hospital “X” “no existe un Servicio de Neurooncología” como el del Hospital “Y”,



se lamenta de que no le fuera ofrecida “la posibilidad de una segunda opinión de los especialistas” de este último centro, razón por la cual tuvo que ser ella misma “la que buscara una opinión distinta en la sanidad privada”.

Finaliza solicitando que “se proceda al abono de los gastos ocasionados por la operación”.

**7.** El día 31 de agosto de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella se razona que “en las alegaciones presentadas por la reclamante se crea una auténtica e intencionada ceremonia de confusión en la que parece que ya no se imputa una mala práctica clínica, no se habla de un mal diagnóstico, ni se afirma que hubo una negativa asistencial, imputaciones que se recogen de forma expresa en el escrito inicial, motivo por el cual se admite y tramita el presente expediente de responsabilidad patrimonial. Ahora se habla de reintegro de gastos y una presunta situación de riesgo vital que en ningún caso se acredita, y todo ello conforme al procedimiento establecido en el Real Decreto 1030/2016./ Si este hubiese sido el planteamiento inicial es evidente que no hubiese cabido la instrucción del presente expediente de responsabilidad patrimonial”.

Tras esta aclaración, y dar por acreditado “que la actuación de la Administración sanitaria fue correcta y adaptada a los criterios de la *lex artis*”, concluye que, al amparo de lo establecido en el artículo 4.3 del 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, no procede el abono de las cantidades facturadas a la interesada por la medicina privada.

**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 en atención a 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, de conformidad con lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

Establecida la competencia de este Consejo para la emisión con carácter preceptivo del presente dictamen se hace necesaria, a la vista de las circunstancias que concurren, efectuar alguna precisión sobre su alcance.

En el presente caso se somete a dictamen de este Consejo Consultivo un expediente de responsabilidad patrimonial a través del cual el Principado de Asturias ha tramitado un escrito en el que la interesada, después de describir los hechos en los que basa su petición, solicita de manera exclusiva, al margen de "un reconocimiento" por parte del Servicio de Salud del Principado de Asturias de que "sus profesionales han fallado", el "resarcimiento (...) de los gastos que ha tenido que sufragar" a la medicina privada a la que acudió en busca de una segunda opinión ante lo que consideraba un mal diagnóstico y falta de tratamiento adecuado por parte del servicio público sanitario.

Basta una atenta lectura del mismo, huérfano de consideraciones jurídicas o fundamentación en derecho de ningún tipo, y del debate suscitado a lo largo del procedimiento seguido para comprender las dificultades con las que se ha encontrado la Administración al momento de calificarlo y darle curso, hasta el punto de que en la propuesta de resolución que se somete a nuestra

consideración se llega a dudar, ante los planteamientos de la interesada, sobre la procedencia de la vía de la responsabilidad patrimonial seguida como forma para dar cauce y respuesta a la solicitud presentada.

En el citado escrito, la perjudicada reprocha al Servicio de Salud del Principado de Asturias haberle dado un “mal diagnóstico”, lo que provocó que a partir de un momento determinado tomara la decisión de acudir a la medicina privada en busca de una segunda opinión, obtenida la cual con un pronóstico actualizado confió a la clínica privada un primer tratamiento quirúrgico de la patología que le fue diagnosticada. Con base en estas consideraciones, en las que se observa una indudable crítica al funcionamiento del servicio público sanitario del que la interesada hace derivar un perjuicio patrimonial que entiende debe serle resarcido, parece que todo orientaría a considerar que en su escrito de solicitud formula una reclamación de responsabilidad patrimonial. Así lo entendió la Administración comunicándoselo a ella y sin cuestionamiento alguno por su parte, instruyendo de este modo el correspondiente procedimiento de responsabilidad patrimonial. De hecho, todas las alegaciones presentadas en el trámite de audiencia, excepto una, parecen confirmar que dicho proceder sería el que se correspondía con la intención, no explicitada, de la misma.

Sin embargo, en la solicitud con la que concluye su escrito inicial observamos que, haciendo abstracción de su petición de obtener un “reconocimiento” por parte del Servicio de Salud del Principado de Asturias de que “sus profesionales han fallado en este caso”, la pretensión concreta es “un resarcimiento (...) de los gastos que ha tenido que sufragar (...) para solucionar su gravísimo problema de salud” una vez que el servicio público sanitario “fue incapaz de hacerlo”. Ante una petición tan específica, la falta de fundamentación jurídica del escrito inicial quizás hubiera podido ser interpretada como una acción de reembolso de las cantidades que le fueron facturadas por la medicina privada, al amparo de lo establecido en el artículo 4.3 del 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; interpretación posible a la vista de una de las alegaciones de la interesada.

En estas condiciones, lo más oportuno hubiera sido acudir a un requerimiento de mejora al amparo de lo dispuesto en el artículo 68 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), toda vez que no puede afirmarse con rotundidad que la solicitud inicial carezca de algún requisito que deba subsanarse para darle cauce, si bien revela confusa la acción que allí se ejercita -reintegro de gastos o responsabilidad patrimonial-; extremo este que conviene despejar con toda nitidez antes de encauzar la pretensión deducida.

En el presente supuesto nos encontramos con que la Administración ha tramitado, con conocimiento y aparente aquietamiento de la interesada, y sometido en consecuencia al preceptivo dictamen de este Consejo, un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que se entremezclan razonamientos propios de dos procedimientos de distinta naturaleza, que tienen distinto fundamento legal y procedimental, como lo prueba el que tanto los escritos de la interesada -el de inicio y el de alegaciones- como la propuesta de resolución que la Administración somete a nuestra consideración utilicen razonamientos jurídicos específicos de cada uno de ellos.

Así tendríamos, por un lado, razonamientos y justificaciones propias de una solicitud de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en los casos que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud regulado en el artículo 4.3 del anteriormente citado Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre; por otro, alegaciones relativas a un procedimiento de responsabilidad patrimonial propiamente dicho, de los regulados en los artículos 67 y concordantes de la LPAC. Dualidad que no es desconocida para este Consejo, toda vez que acerca de la misma, con una variada casuística, hemos tenido ocasión de pronunciarnos en numerosas ocasiones ya desde el inicio de nuestra función consultiva (entre otros, Dictámenes Núm. 241/2006 y 271/2018).

De la doctrina de este Consejo Consultivo en la materia conviene retener en este momento, por la importancia que la misma supone como condicionamiento al carácter preceptivo de nuestro dictamen, la distinción entre uno y otro tipo de procedimientos, profusamente tratada en el Dictamen Núm. 241/2006. En concreto, con respecto al distinto orden jurisdiccional competente para conocer de un hipotético recurso en relación con la denegación o concesión del reintegro solicitado, señalábamos allí, asumiendo lo afirmado en la Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2003 -ECLI:ES:TS:2003:7474- (Sala de lo Social, Sección 1.ª), que “los litigios suscitados en el supuesto de necesidad médica urgente de carácter vital, cualquiera que sea su causa, siguen estando atribuidos a la jurisdicción social, en virtud del art. 2.b) de la Ley de Procedimiento Laboral (...), en cuanto constituyen un supuesto excepcional de extensión o expansión del derecho a la asistencia o protección sanitaria de los asegurados, sobre cuyo alcance debe decidir el orden social de la jurisdicción. Corresponde, en cambio, al orden contencioso-administrativo, en virtud del art. 2.e) de la LJCA, el conocimiento de los litigios de reintegro o reembolso de gastos sanitarios de medicina privada cuyo título no sea el derecho a la asistencia sanitaria en una urgencia vital en el sentido estricto de la expresión, sino la compensación o indemnización por funcionamiento anormal del servicio público sanitario”.

Pues bien, en las condiciones expuestas, tramitado por la Administración un procedimiento de responsabilidad patrimonial, este Consejo circunscribe su dictamen preceptivo a la pretensión deducida -y al expediente instruido- en mérito al funcionamiento anormal del servicio sanitario que se denuncia en el escrito inicial.

No se incluye deliberadamente en el presente dictamen, por tanto, por ser ajeno a las competencias de este Consejo, posicionamiento alguno respecto a la solicitud de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en los casos que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, en los términos de lo regulado en el artículo 4.3 del citado Real Decreto 1030/2006, de 15 de septiembre, que subyace en la

pretensión deducida y se aborda en la propuesta de resolución sometida a nuestra consideración.

**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.

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 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 interesada cuestiona, en el escrito con el que se da inicio al procedimiento de responsabilidad patrimonial, la asistencia prestada por el servicio público sanitario en el periodo comprendido entre el 28 de noviembre de 2017 y el 22 de enero de 2018, y habiéndose presentado aquel en el Servicio de Atención al Usuario del Área Sanitaria V el día 6 de marzo de 2018, es claro que ha sido formulado dentro del plazo de un año legalmente 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 la resolución, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21.1 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 “Solo 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.-** En el caso que nos ocupa la interesada solicita el “resarcimiento por parte del Servicio de Salud del Principado de Asturias de los gastos que ha tenido que sufragar” a una clínica privada a la que acudió en busca de una segunda opinión para el tratamiento de su patología, respecto de la cual había consultado previamente en el ámbito de los servicios públicos sanitarios ante los que reclama. En concreto argumenta que en ellos se realizó “un mal diagnóstico, ya que (...) sufría un tumor cerebral” que no fue apreciado por los facultativos que la atendieron.

En estas condiciones, e insistiendo de nuevo en las matizaciones sobre el alcance de nuestro dictamen preceptivo, nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial como la tramitada, comprensiva del importe de los gastos en los que se haya incurrido a consecuencia del tratamiento en la medicina privada de una enfermedad; si bien, entendida en sentido estricto como tal responsabilidad patrimonial, ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole. Por tanto, habrá que analizar si nos hallamos ante un daño real, efectivo, evaluable



económicamente y antijurídico -en definitiva, un daño que la perjudicada no tenga la obligación de soportar-, y si el mismo ha sido ocasionado por el funcionamiento del servicio público sanitario.

Así, en cuanto a la efectividad del daño cuyo "resarcimiento" solicita la interesada, este resulta evidente a la vista de la documentación obrante en el expediente, entre la que se encuentran dos facturas en concepto de gastos médicos girados por un servicio sanitario privado para el tratamiento de la enfermedad que se encuentra en el origen de la reclamación de responsabilidad patrimonial que se tramita.

Ahora bien, acreditada la efectividad y realidad del daño, y situados en la perspectiva de la reclamación de responsabilidad patrimonial, conviene recordar una vez más 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*.

Por tanto, para apreciar que el daño alegado por la interesada 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. El criterio a seguir en este proceso es el de diligencia, que se traduce en la suficiencia de las pruebas y los medios empleados, sin que un hipotético defectuoso diagnóstico ni el error médico sean por sí mismos causa de responsabilidad cuando se prueba que se emplearon los medios pertinentes.

Por otra parte, tampoco la mera constatación de un retraso en el diagnóstico entraña *per se* una vulneración de la *lex artis*. En este sentido, conviene recordar que este Consejo entiende, y así lo ha manifestado en ocasiones anteriores (por todos, Dictamen Núm. 34/2019), que no es posible exigir a los profesionales sanitarios intervinientes un diagnóstico precoz e indubitado antes de que aparezcan los síntomas o los signos que lo evidencien con certeza.

Desde otra perspectiva, 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.

Al respecto, en el asunto analizado nos encontramos con que la interesada no concreta a lo largo de la tramitación del procedimiento en qué extremos se materializa la deficiente asistencia médica que denuncia con ocasión del diagnóstico y tratamiento de la "crisis convulsiva" que motivó su ingreso en el Hospital "X" el 28 de noviembre de 2017, pues solo objetiva su reproche en el hecho de que en fechas posteriores al 22 de enero de 2018, encontrándose en observación por parte de los servicios públicos sanitarios -

que habían pautado al efecto una nueva resonancia magnética a efectuar previsiblemente en el mes de mayo (folio 36) de ese mismo año-, optó por realizar dicha prueba en la medicina privada arrojando nuevos hallazgos que llevaron a una propuesta de intervención quirúrgica inmediata que la paciente aceptó.

En este contexto, más allá de dejar constancia de la cronología de los hechos, la perjudicada no especifica ni justifica en ningún momento en qué medida la asistencia que el servicio público sanitario le prestó en el periodo comprendido entre el 28 de noviembre de 2017 y el 22 de enero de 2018 ha de ser, o puede ser, conceptuada como contraria a la *lex artis ad hoc*.

Ante esa ausencia de soporte pericial y las vagas imputaciones que se formulan, este Consejo Consultivo debe formar su juicio en cuanto al respeto de la *lex artis* en la asistencia sanitaria dispensada por el servicio público sobre la base de los informes periciales que obran incorporados al expediente, cuyas conclusiones, de las que se desprende la adecuación a los protocolos y a la *lex artis* en la asistencia prestada a la interesada por el servicio público sanitario hasta el momento en que decidió acudir a la medicina privada, no han sido cuestionadas por su parte mediante argumentos avalados por criterios científicos documentados.

En este sentido, la documentación clínica obrante en el expediente, tanto la facilitada por los servicios públicos sanitarios como por los privados, pone de relieve la corrección de la actitud expectante y de observación, nunca de desatención, que venía manteniendo la sanidad pública hasta que el 22 de enero de 2018 la paciente, estando pendiente de una nueva resonancia magnética, decidió acudir a la medicina privada en busca de una segunda opinión. De hecho, una atenta lectura del informe provisional de la clínica privada a la que acudió permite constatar la coincidencia entre los facultativos de la medicina pública y privada respecto a la procedencia de la actitud expectante acordada por aquella a la vista de la primera resonancia efectuada en el Hospital "X". Es más, en el informe de la clínica privada relativo a su ingreso se reconoce que se encontraba "asintomática desde entonces" -28 de

noviembre de 2017-, añadiéndose que, no obstante, “la paciente está intranquila y decide por su cuenta hacerse una nueva resonancia”. En estas condiciones, y sin esperar al mes de mayo en el que habría de practicársele la referida prueba en el servicio público sanitario, la interesada acude a una clínica privada el 5 de febrero de 2018 para la realización de la misma, en la que se objetivan -ahora sí- nuevos hallazgos no apreciables en la primera pues, según consta, la lesión sometida a seguimiento “ha aumentado de tamaño y comportamiento en los últimos meses”. No obstante, frente a lo afirmado por la interesada, en modo alguno resulta posible admitir que en el Servicio de Salud del Principado de Asturias se le hiciese “un mal diagnóstico”.

Sin embargo, la decisión de la reclamante de no esperar el desarrollo normal del curso asistencial en la sanidad pública y de buscar una segunda opinión en el ámbito de la medicina privada, confiando al mismo, a la vista de los nuevos hallazgos, su posterior tratamiento, sin tan siquiera poner aquellos en conocimiento de los servicios públicos sanitarios, no pasa de ser la expresión de una opción en todo punto legítima y perfectamente entendible desde una perspectiva enteramente personal, pero no guarda relación causal -más allá de una demora razonable en la realización de una prueba diagnóstica- con un pretendido déficit asistencial del servicio público, que a lo largo de todo el proceso clínico descrito se mostró activo a los requerimientos que le eran demandados por la paciente.

Tal y como hemos puesto de manifiesto en el Dictamen Núm. 146/2018, “en modo alguno podemos prescindir de que de las notas de universalidad y gratuidad que caracterizan al servicio público sanitario, y que obviamente no se dan en la sanidad privada, se derivan una serie de servidumbres, lo que determina que el tiempo de los actos médicos en el ámbito del servicio público haya de ser necesariamente objeto de priorización; circunstancia que no se da en la medicina privada”.

En consecuencia, este Consejo Consultivo entiende que la actuación de la Administración se ajustó en todo momento al criterio de la *lex artis*, por lo que la responsabilidad patrimonial planteada no resulta imputable al

funcionamiento del servicio público sanitario. La indemnización pretendida tiene su origen en una decisión personal y voluntaria de la reclamante de acudir a la medicina privada abandonando los servicios de la sanidad pública cuando esta se encontraba en el normal proceso asistencial, y ello sin dar opción a estos a su conclusión, por lo que tiene la obligación de soportar las consecuencias que se derivan de sus propias decisiones.

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo del Principado de Asturias dictamina que no procede declarar la responsabilidad patrimonial tramitada, y, en consecuencia, debe desestimarse la solicitud 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.