

Dictamen Núm. 49/2020

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 marzo de 2020, 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 30 de septiembre de 2019 -registrada de entrada el día 4 del mes siguiente-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por #reclamante#, por los gastos ocasionados en la medicina privada ante la demora en la respuesta del servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 5 de noviembre de 2018, el interesado presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial frente al Servicio de Salud del Principado de Asturias por los gastos ocasionados en la medicina privada ante la demora en la respuesta del servicio público sanitario.

Señala que el 16 de mayo de 2013 acudió a la consulta del Servicio de Digestivo del Hospital "X" por "unas molestias abdominales que se complementaban con una situación de sobrepeso", diagnosticándosele "epigrastralgia intermitente y pirosis de más de seis meses de evolución", siendo remitido a su médico de Atención Primaria.

Reseña que, tras una consulta el día 2 de noviembre de 2015 en el Servicio de Cirugía General del referido hospital para valorar el tratamiento de la hernia que se le había apreciado en el mes de abril de ese año, fue derivado debido a su obesidad -con una altura de 175 cm y 138 kilogramos de peso presentaba un IMC de 45,1- al "endocrino para pérdida de peso", y en la consulta del 10 de diciembre de 2015 en la Unidad de Endocrinología se le indican una serie de "normas de control de obesidad". No obstante, en una nueva consulta en el Servicio de Cirugía General el 17 de marzo de 2016, ante la falta de reducción en el peso, se solicita una consulta "preferente" con Salud Mental y se le remite nuevamente al endocrino solicitando "estudios para cirugía bariátrica".

Manifiesta que acude a Salud Mental el 12 de abril de 2016, que le cita para revisión un año más tarde, y a la Unidad de Endocrinología el 18 de abril de 2016, donde se le pauta revisión y análisis para el mes de noviembre. En una nueva consulta con Salud Mental el 1 de junio de 2016 se anota que "las pruebas psicométricas y de entrevista no encuentran contraindicaciones para someterse a la cirugía bariátrica".

Subraya que el 22 de abril de 2017 se ve obligado a acudir al Servicio de Urgencias del Hospital "X" por "dolor abdominal", y que el 23 de mayo de 2017 el Servicio de Endocrinología lo deriva a la Unidad del Sueño, que propone un estudio citándolo para el 8 de marzo de 2018. Precisa que el 30 de mayo de 2017 en una nueva consulta en el Servicio de Cirugía General se le entrega "un folleto informativo de la operación que se iba a efectuar y un consentimiento informado para cirugía de obesidad, ello sin señalar fecha alguna para la referida intervención quirúrgica pues deberían realizarse antes de la misma,

según el personal médico, multitud de pruebas”. Debido a una “incautación de la hernia” acude nuevamente a Urgencias el 19 de julio de 2017, permaneciendo ingresado hasta el día siguiente, tras lo cual continúa realizando el 4 de agosto de 2017 las “pruebas previas a las operaciones” en los Servicios de Digestivo y de Fisiología Respiratoria.

Afirma que durante el mes de septiembre de 2017 recibe una llamada del hospital comunicándole que podría operarse próximamente pero que debido al colapso de la sanidad pública lo iban a derivar para la operación de hernia epigástrica a un hospital de León o de Santander. Ante ello les indicó telefónicamente que su “operación, según el propio hospital, no podía ser únicamente de hernia epigástrica, sino que igualmente debía ser de cirugía bariátrica, habida cuenta del problema de obesidad mórbida que padecía./ Entonces la respuesta del hospital fue que no tenían conocimiento de ello y que en ese caso no había disponibilidad todavía./ Dicha situación me obligó a buscar alternativas a la sanidad pública”.

Añade que en el mes de octubre de 2017 presentó diversos episodios de dolor abdominal asociados a la hernia epigástrica que precisaron asistencia en los Servicios de Urgencias del Hospital “Y” -el 10 de octubre de 2017-, y del Hospital “X” -los días 11, 12, 13 y 30 de ese mismo mes-, y pone de relieve que el 3 de noviembre de 2017 acude de nuevo a Urgencias de este último centro refiriendo “pérdida de visión”.

Así las cosas, señala que el 9 de noviembre de 2017 fue sometido en una clínica privada de Valladolid a una doble intervención quirúrgica de “cirugía bariátrica y hernia epigástrica”, cuyo coste -abonado por su esposa- se elevó a la cantidad de 21.239,82 €. Refiere que seis meses después, en concreto el 11 de junio de 2018, se le practicó una nueva cirugía para colocarle una “malla parietex composite ligada a la operación anterior”, cuyo coste ascendió a la cantidad de 6.000 €, que fueron abonados por su esposa.

Aclara que tras las intervenciones realizadas en la sanidad privada fue atendido de nuevo en el Hospital "X" los días 21, 23 y 24 de junio; 27 de julio, y 23 de agosto de 2018.

Afirma que tras la llamada telefónica recibida en septiembre de 2017 pierde "toda la confianza que siempre había depositado en el Sistema Público de Salud" y que "tuvo que desistir de esperar a que se le interviniera quirúrgicamente por el (...) Servicio de Salud del Principado de Asturias, acudiendo de inmediato a un centro privado en el momento en el que, habida cuenta de la tardanza, se encontraba en peligro su vida, corriendo asimismo con todos los gastos de las meritadas operaciones y habiendo sufrido consecuencias tales como la pérdida de visión en un ojo".

Reclama la responsabilidad patrimonial derivada de "la omisión de las operaciones de cirugía bariátrica y hernia epigástrica y de colocación de malla parietex composite que (...) necesitó desde (...) mayo de 2013 (*sic*) hasta noviembre de 2017 y junio de 2018 (más de cuatro años después)", y subraya que "dicha espera puso en peligro" su vida obligándole a "acudir a un centro privado para ser operado, corriendo con los gastos de las referidas operaciones".

Solicita ser indemnizado en la cantidad total de veintisiete mil doscientos treinta y nueve euros con ochenta y dos céntimos (27.239,82 €), "más los intereses legales que correspondan".

Como medios de prueba, además de la documental que acompaña a su escrito, solicita copia del "expediente administrativo", una "pericial médica -requiriéndose al efecto para su realización por expertos independientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias o para su aportación por quien suscribe"-, y "la identificación en las listas de espera o registro de las operaciones previstas por el personal médico del Hospital "X" en relación a quien suscribe".

2. Mediante escrito de 3 de diciembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación, 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 17 de diciembre de 2018, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas acuerda denegar la pericial médica solicitada por el reclamante; no obstante, le recuerda la posibilidad de que por parte del interesado se incorporen al expediente, antes del trámite de audiencia, "los informes periciales que considere conveniente".

4. Con fecha 18 de febrero de 2019, el Área de Reclamaciones y Asuntos Jurídicos de la Gerencia del Área Sanitaria IV envía al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la historia clínica del paciente y los informes emitidos por los diferentes servicios que intervinieron en el episodio clínico que se cuestiona (Atención al Ciudadano, Endocrinología y Nutrición, Cirugía General y Urgencias).

El Jefe del Servicio de Atención al Ciudadano del Área Sanitaria IV señala, con fecha 15 de enero de 2019, que el paciente "entra en lista de espera de Cirugía General el 28-04-2017 para dos procedimientos (reparación de eventración y baipás gástrico) con prioridad 'permite demora'./ Consta otra entrada con fecha 30-05-2017 a la que se dio salida por orden del Servicio el 05-07-2017, puesto que (...) se trataba de una duplicidad (...). Se citó para realización del estudio preoperatorio el 10-08-2017./ El 06-11-2017 se le da salida al episodio por 'intervención quirúrgica por cauces ajenos a la institución' (operado en centro privado)".

Con fecha 16 de enero de 2019 una facultativa del Servicio de Endocrinología y Nutrición informa que se trata de un paciente de 51 años remitido a nuestra consulta "en diciembre de 2015 por parte de Cirugía General

para valoración de cirugía bariátrica en paciente con obesidad mórbida y corrección de hernia epigástrica. Se iniciaron el resto de estudios de cirugía (...) bariátrica incluidos en protocolo tras paso de valoración psiquiátrica en 11-2016, dando una revisión en 10-2017 y haciendo seguimiento con los resultados, adelantándose si procedía, y se le remite a Cirugía para valoración de cara a incluir preferente en cuanto se tuvieran los estudios (...) realizados entre 05-2017 y 08-2017. En 11-2016 se remite a Cirugía preferente por la existencia de hernia pero pendiente de completar estudios./ Peso máximo previo a la cirugía en 04-2017 de 140 kg./ Peso previo a la cirugía 110 kg./ Se intervino de cirugía bariátrica en 11-2017 en centro privado”.

Por su parte, la Responsable del Servicio de Cirugía General indica, el 24 de enero de 2019, que “la primera visita a Cirugía se realizó el 2 de noviembre de 2015 para valoración de hernia epigástrica. Dado que (...) tenía un IMC de 45 kg/m² se diagnostica también de obesidad mórbida y se le recomienda adelgazar antes de operar de la hernia, pues el fracaso de la cirugía de la hernia ocurre en más del 50 % de los casos que se operan con obesidad (...). El día 17 de marzo de 2016 en la revisión de Cirugía, al constatar que no había podido adelgazar nada, se remite a Salud Mental y Endocrinología para iniciar los estudios para cirugía bariátrica asociada a la de la hernia (...). El 6 de diciembre de 2016 vuelve a consulta, se le explica el procedimiento de baipás gástrico pero (...) dice que no está convencido de operarse de obesidad y que lo pensará. Se solicita TC abdominal para evaluar la hernia (...). El 28 de abril de 2017 acude a consulta, se ve el resultado del TC y se pone en lista de espera quirúrgica de la hernia mientras completa los estudios de cirugía bariátrica (...). El 4 de mayo de 2017 se le explica que se presentará su caso en sesión clínica para priorizar la intervención conjunta de hernia y obesidad mórbida y el 9 de mayo se le comunica telefónicamente que va a acudir a una consulta de cirugía bariátrica en la que el 30 de mayo firma el consentimiento informado”, incluyéndosele “en la lista de espera quirúrgica de cirugía bariátrica para priorizar por lo sintomático de la hernia, y se programa para octubre de

2017, como se recoge en una nota del curso clínico del 28 de julio de 2017 (...). El 10 de agosto (...) acude a la consulta de preanestesia tras haber realizado los estudios preoperatorios imprescindibles. La realización de una polisomnografía es recomendable en casos de obesidad mórbida, pero no imprescindible. En la consulta de preanestesia se le encuentra apto para intervenir de hernia epigástrica y obesidad mórbida. Así mismo, el día 4 de agosto ha iniciado en Rehabilitación el programa de preparación para cirugía bariátrica, que se realiza en los dos meses anteriores a la intervención. Por tanto (...), conocía que iba a ser intervenido en menos de 3 meses (...). El día 3 de octubre (...) acude a la última visita preoperatoria en la consulta de Cirugía, pues está programado para el día 16 de octubre y durante la semana anterior debe realizar una dieta líquida con unos preparados especiales que le recetamos. En esa consulta dice que rechaza operarse en el Hospital "X", "pues ya ha concertado una intervención en un centro privado donde de entrada le operarán de obesidad pero no de la hernia epigástrica a la vez. Por tanto, sale de la lista de espera quirúrgica y desde esa fecha el Servicio de Cirugía fue atendiendo los contratiempos y complicaciones que ha ido sufriendo (...), antes y después de sus intervenciones privadas (...). Quiero hacer constar también que el tamaño de la hernia epigástrica se mide de dos formas: por el tamaño del orificio por el que sale el contenido de la hernia (5-6 cm de orificio) y por el tamaño del saco herniario, que es el volumen del contenido que sale de la cavidad abdominal (20 cm de saco); por tanto, ambas medidas definen la hernia y puede parecer que hay discrepancia cuando no es tal". Tras lamentar las molestias sufridas por el reclamante a lo largo del tiempo de espera, indica que "el Servicio de Cirugía (...) sí priorizó su caso por tratarse de una hernia sintomática, y se le programó lo más pronto posible para la intervención conjunta de obesidad y hernia, tanto que dicha intervención iba a tener lugar 3 semanas antes que la operación privada que realizó".

Por último, el 15 de febrero de 2019 el Director de la Unidad de Gestión Clínica de Urgencias confirma que el paciente fue atendido y valorado de forma

urgente por el Servicio de Cirugía General en las ocasiones referidas en su escrito. Con respecto a la reclamación formulada, afirma “que las atenciones recibidas (...) en el Servicio de Urgencias no son motivo de reclamación por el paciente”, centrándose esta “en el retraso u omisión de un tratamiento que en ningún caso podemos ofertar” en nuestro Servicio.

5. Con fecha 13 de abril de 2019, emite informe una facultativa -máster en Valoración del Daño Corporal- a instancias de la compañía aseguradora de la Administración. En él, tras matizar que “el diagnóstico de hernia epigástrica fue en abril de 2015 y no en 2013”, como sostiene el reclamante, considera que “la indicación de perder peso antes de (la) realización de la cirugía es correcta, ya que en pacientes con obesidad mórbida las probabilidades de fracaso de la cirugía y la aparición de complicaciones son elevadas. Se evaluó al año (marzo de 2016) y ante la persistencia de un IMC > 40 se contempló la posibilidad de hacer simultáneas ambas cirugías. En este momento (...) cumplía criterios para realización de cirugía bariátrica./ En diciembre de 2016 el paciente no estaba convencido de someterse a la intervención de baypás./ En mayo se incluye en (lista de espera quirúrgica) y se completan estudios (según protocolos de la SECO), a excepción de polisomnografía (prescindible), se programa para octubre de 2017. Periodo de tiempo aceptable, ya que este tipo de cirugía (bariátrica) no está contemplada como cirugía urgente el retraso no supone una pérdida de oportunidad ni conlleva riesgo vital ni diferente pronóstico. Sí que existió el riesgo de complicación grave con necesidad de intervención urgente de la hernia”.

Desde otro punto de vista, afirma que “no existe relación alguna ni nexo de causalidad entre los episodios de estrangulación de la hernia epigástrica y el glaucoma, como se afirma en la reclamación”.

6. Mediante escrito notificado al reclamante el 17 de junio de 2019, 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 copia de los documentos obrantes en el expediente, integrado en ese momento por ciento cincuenta y seis (156) folios.

No consta la comparecencia del interesado en este trámite.

7. El día 31 de julio de 2019, el Jefe del Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias solicita al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios una copia del expediente administrativo, al haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial.

Mediante oficio de 12 de agosto de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas envía al Servicio Jurídico del Servicio de Salud del Principado de Asturias un CD que contiene una copia del expediente para su remisión al Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias.

8. Con fecha 17 de septiembre de 2019, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, al entender que “la asistencia fue correcta y adecuada a la *lex artis*. No hubo retraso. Se incluyó en lista de espera incluso antes de finalizar los estudios de cirugía bariátrica. Se decidió hacer las intervenciones conjuntas con el fin de asegurar su éxito. No existe relación alguna ni nexo de causalidad entre los episodios de estrangulación de la hernia epigástrica y el glaucoma”.

9. En este estado de tramitación, mediante escrito de 30 de septiembre de 2019, 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. 2018/165, de la Consejería de Salud, 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, de conformidad con 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 reclamación se presenta el día 5 de noviembre de 2018, habiendo tenido lugar las intervenciones quirúrgicas llevadas a cabo en la medicina privada, y por cuyos gastos se reclama, los días 9 de noviembre de 2017 y 11 de junio de 2018, por lo que es claro que ha sido formulada 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 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.

Ahora bien, puesto que de la documentación obrante en el expediente se deduce la pendencia de recurso contencioso-administrativo sin que conste formalmente que dicho procedimiento haya finalizado, deberá acreditarse tal extremo con carácter previo a la adopción de la resolución que se estime procedente, dado que en ese caso habría de acatarse el pronunciamiento judicial. Observación esta que tiene la consideración de esencial a efectos de lo dispuesto en el artículo 3.6 de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, y en el artículo 6.2 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo del Principado de Asturias.

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 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.- El interesado solicita el resarcimiento consistente en el reintegro de las cantidades abonadas por las intervenciones quirúrgicas realizadas en la medicina privada, a la que acudió ante las demoras del servicio público sanitario en el abordaje de una hernia epigástrica que se le había diagnosticado en abril de 2015.

En reclamaciones similares a la que nos ocupa, relativas al reintegro de los gastos generados por la atención prestada fuera del sistema sanitario público, 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, y ello a pesar de que en su escrito inicial el interesado reseña haber acudido a la medicina privada en un contexto de urgencia vital.

En estas condiciones, nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial como la formulada, 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 dicha 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 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, a la vista de la documentación obrante en el expediente resultan acreditados, por medio de las transferencias bancarias efectuadas por la esposa del reclamante, diversos pagos por la asistencia privada dispensada a este. Sin que proceda en este momento demorar la tramitación del procedimiento al objeto de que se acredite debidamente el régimen económico matrimonial, partimos en las consideraciones que siguen de la hipótesis de que esos gastos pesan sobre una masa patrimonial común o ganancial cuya defensa no es ajena al interesado, si bien advertimos que no cabe un pronunciamiento estimatorio de la reclamación sin que antes se compruebe dicho extremo.

Tal como tiene reiterado este Consejo (por todos, Dictamen Núm. 269/2019), la mera constatación de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado 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 el daño alegado tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento de aquel servicio público.

Planteada la cuestión en los términos expuestos, 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 ello 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*.

Para apreciar que el daño alegado por el reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se ha respetado 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 hemos de señalar que corresponde a quien reclama la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, y en particular asume 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, salvo en aquellos casos en que el daño es desproporcionado y denota por sí mismo un componente de culpabilidad (*res ipsa loquitur* o regla de la *faute virtuelle*).

A este respecto, debemos advertir ya en este momento que en aplicación de lo dispuesto en el artículo 67.2 de la LPAC la solicitud de responsabilidad patrimonial deberá ir “acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante”. Sin embargo, el reclamante no ha desarrollado en vía administrativa actividad probatoria alguna,

limitándose a presentar el detalle de la asistencia sanitaria recibida, tanto pública como privada, y requiriendo de la Administración una pericial médica realizada por expertos independientes del Servicio de Salud del Principado de Asturias que esta rechaza, si bien se incorporan al expediente los distintos informes de los servicios intervinientes en la asistencia sanitaria prestada. En consecuencia, dado que en el procedimiento administrativo sometido a nuestra consideración el interesado 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 tanto de la historia clínica incorporada al expediente como de los informes técnico-médicos emitidos por los servicios de la Administración frente a la que se reclama y su compañía aseguradora, que el perjudicado no discute con ocasión del trámite de audiencia, durante el cual además no comparece.

En este contexto, el examen de la asistencia dispensada al interesado desde que en el mes de abril de 2015 le fuera diagnosticada una hernia epigástrica ha de detenerse forzosamente en la reconocida obesidad que por entonces presentaba -con una altura de 175 cm y 138 kilogramos de peso su IMC era 45,1-. En dichas condiciones, el abordaje quirúrgico de la hernia pasaba por una previa reducción del peso del paciente, toda vez que, como de manera coincidente informan tanto la Responsable del Servicio de Cirugía General -"el fracaso de la cirugía de la hernia ocurre en más del 50 % de los casos que se operan con obesidad"- como la autora del informe pericial emitido a instancias de la entidad aseguradora, "la indicación de perder peso antes de la realización de la cirugía es correcta, ya que en pacientes con obesidad mórbida las probabilidades de fracaso de la cirugía y la aparición de complicaciones son elevadas".

De la historia clínica se deduce que, con el objetivo de alcanzar la necesaria reducción del peso, se inicia un proceso asistencial en el que es fácilmente constatable que el paciente fue atendido de manera ininterrumpida y constante por parte de los diferentes servicios implicados, inicialmente por los

de Cirugía General y de Endocrinología y Nutrición y posteriormente por el de Salud Mental. Según informa el Servicio de Atención al Ciudadano, el ahora paciente entró "en lista de espera de Cirugía General el 28-04-2017 para dos procedimientos (reparación de eventración y baipás gástrico) con prioridad 'permite demora'". El día 30 de mayo de 2017 firma el preceptivo consentimiento informado previo "para cirugía de la obesidad", y el 4 de agosto de 2017 había iniciado en Rehabilitación el programa de preparación para cirugía bariátrica. Según indica la Responsable del Servicio de Cirugía General, este programa "se realiza en los dos meses anteriores a la intervención", lo que la lleva a afirmar que el enfermo "conocía que iba a ser intervenido en menos de 3 meses". El 10 de agosto de 2017 firma el preceptivo consentimiento informado previo "para anestesia general", y el 3 de octubre de 2017 la Responsable del Servicio de Cirugía General refiere que el paciente acudió "a la última visita preoperatoria en la consulta de Cirugía, pues está programado para el día 16 y durante la semana anterior debe realizar una dieta líquida con unos preparados especiales que le recetamos. En esa consulta dice que rechaza operarse en el (Hospital 'X'), pues ya ha concertado una intervención en un centro privado donde de entrada le operarán de obesidad pero no de hernia epigástrica a la vez, por lo que sale de la lista de espera quirúrgica". Así las cosas, el ahora reclamante ingresa en el centro privado de su elección el día 9 de noviembre de 2017 al objeto -según consta en el informe de alta (folio 100) de someterse a una "cirugía programada de la obesidad", complementada como "procedimiento añadido" con una "reducción de hernia hiatal". Con fecha 11 de junio de 2018 en la misma clínica privada se le realiza una nueva intervención para colocarle una "malla parietex composite". Tras las cirugías practicadas en la sanidad privada, el interesado es atendido de nuevo en el Servicio de Salud del Principado de Asturias los días 21, 23 y 24 de junio; 27 de julio, y 23 de agosto de 2018.

A la vista de la secuencia descrita, se aprecia que en el intervalo que transcurre entre el 10 de agosto de 2017 -día en el que el paciente firma el

preceptivo consentimiento informado previo “para anestesia general”- y el 3 de octubre del mismo año -cuando iba a ser informado de que la operación estaba prevista para el día 16 de ese mismo mes y manifiesta su rechazo a ser intervenido en al ámbito del servicio público sanitario- el ahora reclamante perdió la confianza que hasta entonces había depositado en el servicio público para el abordaje de la patología que sufría acudiendo voluntariamente al ámbito de la sanidad privada.

Sean cuales fueren los motivos -en cualquier caso respetables- que condujeron al interesado a rechazar la intervención señalada para el 16 de octubre de 2017 y a acudir a un centro privado en el que es intervenido el 9 de noviembre de ese año, queda de manifiesto que la urgencia vital que denuncia en su escrito de reclamación (al referirse a una espera que “puso en peligro” su vida) no es tal. Primero, porque su decisión entraña una posposición del abordaje quirúrgico y, segundo, porque en el informe de alta emitido por la clínica privada que le asiste se consigna que ingresa para una cirugía “programada” -lo que contradice la idea de urgencia- de la obesidad.

Desechada la urgencia vital, procede detenerse en la invocada pérdida de confianza en el sistema público. Al respecto, este Consejo ya se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre las circunstancias en las que esa desconfianza resulta legítima y, por tanto, puede dar lugar al reembolso de esos gastos privados. Así, ha manifestado (por todos, Dictámenes Núm. 56/2013 y 17/2017) que para considerar legítimo el abandono del servicio público sanitario hemos de atender a consideraciones objetivas y subjetivas. En primer lugar, “desde el punto de vista objetivo, ha de constatarse la existencia de una infracción trascendente de la *lex artis* en el proceso diagnóstico o asistencial que justifique objetivamente esa pérdida de confianza, y ha de quedar igualmente acreditado que esa infracción de la *lex artis* es susceptible de producir un daño cierto en la salud del paciente, en sus posibilidades de curación o en su esperanza de vida, para lo cual hemos de efectuar un juicio de regreso sobre la entidad de la patología finalmente diagnosticada (...). De otra

parte, desde el punto de vista subjetivo, ha de apreciarse que el paciente actúa de buena fe, ejerciendo una opción condicionada por las circunstancias del caso, sin que se perciba un ánimo premeditado de abandonar el servicio público invocando la desconfianza como pretexto para endosar el coste de su libre elección a la Administración pública y justificar la exigencia posterior de una reparación del daño patrimonial sufrido. Y para ello hemos de valorar si la desconfianza generada pudo haber sido resuelta en el seno del propio servicio público por los cauces habituales”.

En el supuesto examinado, tal y como se ha razonado, el reclamante no concreta en qué consiste la mala praxis que denuncia ni aporta pericial alguna que desvirtúe lo manifestado por los técnicos de la Administración y su compañía aseguradora, por lo que no puede estimarse acreditada la infracción de la *lex artis*. A su vez, los tiempos de las intervenciones -ambas programadas- contrarían la urgencia vital alegada y ponen de manifiesto que el abordaje era factible sin mayor demora en la red pública. A lo largo de lo actuado ningún elemento objetivo alcanza a sustentar la pretendida pérdida de confianza, pues la supuesta “llamada telefónica” de la que el reclamante deduce una confusión en el servicio público sanitario acerca de los tiempos de la cirugía no puede presumirse suficiente a ese fin -máxime cuando ni siquiera se identifica su origen o el interlocutor-. Por otro lado, respecto a la “pérdida de visión en un ojo”, todos los técnicos informantes descartan su relación con la patología objeto de tratamiento, y tampoco sobre este extremo el perjudicado aporta prueba alguna. Más aun, consta en el expediente que después de haber acudido a la medicina privada el paciente retorna en sucesivas consultas a la red pública, lo que se contradice de forma evidente con la desconfianza que invoca en esta reclamación.

En definitiva, en el asunto que nos ocupa todas las periciales incorporadas al expediente avalan la corrección del quehacer médico desarrollado por el servicio público sanitario, sin elemento que lo contradiga, a lo largo del periodo en el que el reclamante confió al mismo el tratamiento de

su patología, y al que regresó tras las intervenciones que voluntariamente decidió realizar en el ámbito de la medicina privada. Por ello, no objetivándose ninguna infracción de la *lex artis ad hoc* en el proceso asistencial, la reclamación no puede ser acogida. El daño reclamado tiene su origen en la decisión personal y voluntaria del paciente de acudir a la medicina privada, rechazando de manera consciente idéntico tratamiento quirúrgico que, anticipado incluso a aquel, estaba programado en la sanidad pública, por lo que ha 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 solicitada y, en consecuencia, una vez atendida la observación esencial contenida en el cuerpo de este dictamen, 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.