

Dictamen Núm. 250/2021

**V O C A L E S :**

*Sesma Sánchez, Begoña,*  
Presidenta  
*González Cachero, María Isabel*  
*Iglesias Fernández, Jesús Enrique*  
*García García, Dorinda*  
*Baquero Sánchez, Pablo*

Secretario General:  
*Iriondo Colubi, Agustín*

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 2 de diciembre de 2021, con asistencia de las señoras y los señores que al margen se expresan, emitió por unanimidad el siguiente dictamen:

“El Consejo Consultivo del Principado de Asturias, a solicitud de V. E. de 15 de septiembre de 2021 -registrada de entrada el día 21 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por ....., por los daños y perjuicios derivados de la asistencia prestada por el servicio de salud.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

**1.** Con fecha 22 de abril de 2021, el interesado presenta en el registro del Hospital “X” una reclamación de responsabilidad patrimonial por los desembolsos que estima se le causaron a consecuencia de la asistencia prestada por el servicio público sanitario.

Expone que en el Servicio de Urología del Hospital “X”, no le trataron “adecuadamente” la estenosis uretral que padecía, toda vez que “descartaron operaciones y tratamientos y solo veían factible una sonda vesical de por vida”, por lo que acudió a la sanidad privada para el tratamiento de su patología, lo

que le ocasionó unos gastos que ascienden a doce mil setecientos veintiséis euros con diecisiete céntimos (12.726,17 €) cuyo importe solicita que se le reintegre.

Adjunta facturas que corresponden a tratamientos dispensados por la medicina privada en los meses de junio y julio de 2020 (preoperatorio, cirugía y posoperatorio), junto a otras que datan de octubre y noviembre de 2019.

**2.** Mediante oficio de 17 de mayo de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas remite a la Inspectora de Servicios y Centros Sanitarios designada al efecto el expediente de responsabilidad patrimonial "a fin de que proceda a incorporar cuantos documentos e informes estime pertinentes".

**3.** Con la misma fecha, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica al interesado la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

**4.** El día 19 de mayo de 2021, la Instructora Patrimonial actuante solicita a la Gerencia del Área Sanitaria III una copia de la historia clínica del paciente y el informe del Servicio de Urología del Hospital "X".

**5.** Mediante oficio de 25 de junio de 2021, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la documentación solicitada.

El informe suscrito por el Jefe del Servicio de Urología el día 31 de mayo de 2021 señala que el paciente estaba "en protocolo de dilataciones uretrales periódicas desde el diagnóstico tras el tratamiento radioterápico de estenosis de uretra prostática, necesitando en ocasiones, dada la dificultad de paso de sondas, realizarlas mediante endoscopia (uretroscopia) y en ocasiones

manteniendo sonda vesical permanente por temporadas, siendo la última fecha de revisión en la que se procedió a recambio de sonda vesical en 2 de agosto de 2019./ No existe notificación en historia clínica electrónica de más revisiones desde esa fecha./ Por lo tanto y resumiendo historia clínica, se trata de un paciente con patología funcional vesical irritativa en el contexto de enfermedad de Parkinson, confirmada en estudio urodinámico, a tratamiento con anticolinérgicos, estimulantes beta 3 y alfabloqueantes. Diagnosticado y tratado con radioterapia de un adenocarcinoma de próstata del que hace seguimiento en Oncología Radioterápica del (Hospital `Y´) y que presenta tras radioterapia estenosis de uretra prostática y membranosa en programa de dilataciones periódicas, precisando en ocasiones sondajes vesicales a permanencia con recambios periódicos de sonda”.

**6.** En el Informe Técnico de Evaluación elaborado por el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios el 15 de julio de 2021 se analizan los hechos, quedando acreditado en la historia clínica “la asistencia efectuada en el Servicio de Urología del (Hospital “X”), consultas, estudios diagnósticos, uretroscopias y sondajes vesicales”.

Afirma que “el reclamante ha recibido asistencia conforme a la *lex artis* en el nivel de atención especializada, donde según los datos de la historia clínica e informe emitido por el Jefe del Servicio de Urología ha sido incluido en un programa de dilataciones periódicas para el tratamiento de la estenosis uretral inducida por radioterapia, en un paciente con patología funcional vesical irritativa en el contexto de enfermedad de Parkinson, confirmada en estudio urodinámico. Se optó por la opción terapéutica menos invasiva y se realizó seguimiento evolutivo, el cual se interrumpió cuando dejó de asistir a las consultas de Urología del (Hospital `X´), optando por acudir al centro privado; decisión que fue tomada de forma libre y consciente por el reclamante, sin que el servicio público de salud haya tenido constancia de complicaciones en su proceso patológico”, sin “opción de valoración para diagnóstico y tratamiento, que en este caso se ha realizado en centro privado”.

Considera que el presente caso no se encuentra entre aquellos supuestos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan tenido que ser atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, por lo que no puede repercutir el coste asociado a la asistencia privada como "perjuicio generador de responsabilidad patrimonial".

**7.** Evacuado el preceptivo trámite de audiencia mediante oficio notificado al reclamante el 22 de julio de 2021, no consta en el expediente que este haya presentado alegaciones.

**8.** Con fecha 31 de agosto de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y del Registro de Instrucciones Previas elabora propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella señala que "no consta pericial de la parte interesada que sustente la apreciación sobre el carácter inadecuado de la asistencia sanitaria, no se aprecia mala praxis y, por tanto, no existe relación de causalidad entre el daño alegado y la atención recibida, la cual ha estado sujeta a la praxis médica recomendada, ajustándose a la obligación de medios rectora de la actuación médica".

Añade que, "no encontrándose este supuesto incluido dentro de los casos excepcionales" previstos 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, referidos solo a aquellos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital que hayan de ser atendidos fuera de dicho Sistema, "no procede repercutir el coste asociado a la misma en calidad de perjuicio generador de responsabilidad patrimonial, pues la decisión de acudir al especialista privado fue tomada de forma libre y consciente por el reclamante".

**9.** En este estado de tramitación, mediante escrito de 15 de septiembre de 2021, 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 Salud, adjuntando a tal fin copia adverada 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 reclamación se presenta el día 22 de abril de 2021, y en ella se persigue el resarcimiento de los gastos que derivan de tratamientos realizados en la medicina privada los meses de junio y julio de 2020, por lo que es claro que la acción se ejercita dentro del plazo de un año legalmente determinado.

Ahora bien, adicionalmente a esos gastos se reclaman otros que corresponden a tratamientos ejecutados y facturados en los meses de octubre y noviembre de 2019. Estos últimos desembolsos ya son plenamente conocidos desde entonces por el interesado -tanto en su origen y cuantía como en el resto de los elementos precisos para formular una reclamación de responsabilidad patrimonial-, por lo que la pretensión deducida en 2021 para obtener su reintegro es extemporánea.

**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 emisión del presente dictamen se ha 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 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; requisitos cuya exigencia constituye “doctrina jurisprudencial reiteradísima” (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de mayo de 2014 -ECLI:ES:TS:2014:1997-, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 6.ª).

**SEXTA.-** Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que el perjudicado reclama el resarcimiento de los gastos en los que incurre por haber acudido a la medicina privada, después de que el servicio público sanitario descartara la intervención quirúrgica y solo viera “factible una sonda vesical de por vida”.

Como venimos afirmando reiteradamente (por todos, Dictamen Núm. 232/2013), es preciso distinguir entre el ejercicio de la acción de reembolso de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en supuestos de atenciones dispensadas fuera del Sistema Nacional de Salud y el de la exigencia de responsabilidad patrimonial de la Administración. En el supuesto planteado, la asistencia privada a la que se alude en la reclamación no se produce en el contexto de una amenaza vital urgente que no pudiera ser resuelta por la sanidad pública, sino debido a un tratamiento conservador que no ofrece una alternativa inmediata a la sonda vesical y que provocó que el enfermo acudiera a un centro privado. Por tanto, nada obsta al planteamiento de una reclamación de responsabilidad patrimonial comprensiva del importe de los gastos sanitarios en los que haya incurrido a consecuencia de esa actuación, si bien dicha responsabilidad patrimonial ha de estar sujeta a los mismos requisitos generales que cualquier otra reclamación de esta índole.

Consecuentemente, debemos analizar si el daño cuyo resarcimiento se impetra tiene un nexo causal inmediato y directo con el funcionamiento del servicio público sanitario.

Como ya ha tenido ocasión de señalar este Consejo Consultivo (por todos, Dictamen Núm. 80/2020), 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*, que nada tiene que ver con la garantía de obtención de resultados favorables en relación con la salud del paciente.

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.

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 la mera constatación de un defecto o retraso en el diagnóstico entrañe *per se* una vulneración de la *lex artis*.

También ha subrayado este Consejo (entre otros, Dictámenes Núm. 246/2017, 285/2019 y 184/2020) que corresponde a quien reclama la prueba de

todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega, 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*). Fuera de esos supuestos, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que esta ha causado de forma directa e inmediata los daños y perjuicios cuya indemnización reclama.

En el supuesto planteado el interesado aduce escuetamente y sin soporte pericial alguno que no le trataron “adecuadamente” la estenosis uretral que padecía, al haber descartado “operaciones y tratamientos” y ofrecerle solo “una sonda vesical de por vida”.

Frente a ello, la lectura de la historia clínica permite objetivar, tal como apuntan los peritos informantes, que se optó por la opción terapéutica menos invasiva y se realizó un seguimiento evolutivo, el cual se interrumpió cuando el paciente dejó de asistir a las consultas de Urología optando por acudir a un centro privado; decisión que fue tomada de forma libre y consciente por el reclamante, sin que el servicio público de salud haya tenido constancia de complicaciones en su proceso patológico, sin opción de valoración para diagnóstico y tratamiento.

En definitiva, este Consejo ha de formar su criterio sobre la base de los informes técnicos obrantes en las actuaciones -todos ellos aportados por la Administración o su compañía aseguradora-, que coinciden en apreciar que la atención dispensada por el servicio público se ajustó a la *lex artis ad hoc*, sin que el perjudicado nada oponga -siquiera en términos dialécticos- en el trámite de audiencia.

El reclamante parece invocar una pérdida de confianza en la sanidad pública que le aboca a la medicina privada. Al respecto, este Consejo ya se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre las circunstancias en las que la pérdida de confianza en el sistema público resulta legítima y, por tanto, puede dar lugar al reembolso de gastos. Así, hemos manifestado (por todos, Dictámenes Núm. 56/2013 y 49/2020) 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 caso analizado, estimamos que la decisión de buscar alternativas y someterse a cirugía en un hospital privado es personal y exclusiva del reclamante, quien pudo permanecer bajo el seguimiento evolutivo que le dispensaba la sanidad pública y suscitar, en su seno, la procedencia de un tratamiento invasivo o agresivo, que habría de valorarse en función de la evolución del enfermo. Ni siquiera consta en este caso la suerte del tratamiento quirúrgico practicado en un centro privado, debiendo repararse de nuevo en que el reclamante prescinde de formular alegaciones o aportar documentación en el trámite de audiencia. En cualquier caso, descartada la mala praxis, a la vista de todas las periciales obrantes en el expediente no puede acogerse la pretendida pérdida de confianza en el sistema sanitario público ni, en consecuencia, acceder a la pretensión indemnizatoria.

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.