

Dictamen Núm. 114/2022

V O C A L E S :

Sesma Sánchez, Begoña,
Presidenta
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 26 de mayo de 2022, 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 7 de marzo de 2022 -registrada de entrada el día 11 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, por los gastos originados al acudir a la medicina privada a causa del empeoramiento de su salud y de la demora en su tratamiento por el servicio público sanitario.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. El día 14 de octubre de 2021, la interesada presenta en el Registro del Hospital un escrito en modelo normalizado dirigido al Servicio de Salud del Principado de Asturias. En él expone que ha “tenido que operarse “en un centro privado debido a la demora surgida en la intervención quirúrgica que tenía pendiente de realizar por parte del Servicio de Ginecología” del Hospital “desde el día 22 de abril de 2021”, debido al “empeoramiento general de (su) salud a consecuencia de dicho problema, influyendo en las múltiples patologías crónicas” que tiene.

Solicita "el abono de los gastos" que ha tenido que "asumir (...) por la demora en la intervención".

Adjunta copia, entre otros, de los siguientes documentos: a) Informe del Servicio de Ginecología del Hospital en el que figura la inclusión de la interesada, con un diagnóstico principal de "prolapso 4.º grado", en lista de espera quirúrgica el día 22 de abril de 2021 para "cleisis vaginal". b) Solicitud de interconsulta al Servicio de Ginecología, realizada el 6 de abril de 2021 a la vista del informe de un ginecólogo privado de 14 de junio de 2021 en el que se recomienda "cirugía con carácter preferente", siendo la fecha prevista de la misma "octubre 2021". c) Informe de alta-hospitalización de un centro privado en el que se recoge la intervención quirúrgica realizada a la interesada -histerectomía vaginal + plastia vaginal anterior- el 1 de septiembre de 2021. d) Facturas emitidas por el centro privado por un importe total de 6.515,20 €.

2. Mediante escrito de 10 de noviembre de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas comunica a la interesada la fecha de recepción de su reclamación en el Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Con fecha 19 de noviembre de 2021, el Director Económico y de Profesionales del Área Sanitaria III remite al Servicio instructor el informe elaborado el día anterior por el Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital En él señala que la paciente "acude a consulta de valoración de suelo pélvico solicitada desde su centro de salud el día 20 de abril de 2021. Se le diagnostica prolapso de órganos pélvicos compartimento anterior, concretamente cistocele de III grado, histerocele II grado y rectocele de I grado, refiere ausencia de incontinencia urinaria. Se coloca el pesario que tolera de 70 mm de diámetro, advirtiéndole que si lo expulsara, cosa probable, volviera a nuestra consulta para recomendarle intervención quirúrgica. A las 48 horas expulsa dicho pesario por lo que, y debido a que su patología no se considera ni urgente ni preferente, se

le propone para su tratamiento quirúrgico (cleisis vaginal) con prioridad normal, se solicita preoperatorio, firma consentimiento informado y se incluye en lista de espera quirúrgica el 22 de abril de 2021./ Cuando nos ponemos en contacto con la paciente nos comunica que ha acudido de forma privada para solucionar su patología. Anulamos su solicitud de (intervención quirúrgica) y damos por concluido su proceso el 14 de octubre de 2021 (antes de 6 meses de su inclusión)". Afirma que "esta patología de lenta y larga progresión suele tardar años en instaurarse y provocar sintomatología disfuncional. Nunca su aparición es de forma aguda. Se considera habitualmente de nula urgencia y escasa prioridad, pues no tiene repercusión sistémica alguna, especialmente si no se acompaña de incontinencia urinaria, como es el caso. Es por ello que en todos los Servicios de Ginecología son las pacientes con esta patología las que más demora acumulan, y nuestro Servicio no es ajeno a esta situación".

4. Mediante oficio notificado a la interesada el 23 de diciembre de 2021, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una copia de todo lo actuado en el procedimiento.

No consta en el expediente que se hayan presentado alegaciones.

5. El día 7 de febrero de 2022, el Coordinador de Responsabilidad Patrimonial y Registro de Instrucciones Previas, reproduciendo lo informado por el Jefe del Servicio de Ginecología y Obstetricia del Hospital, propone la desestimación de la reclamación formulada.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 7 de marzo de 2022, 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 autenticada del mismo en soporte digital.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes consideraciones fundadas en derecho:

PRIMERA.- El Consejo Consultivo emite su dictamen preceptivo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13.1, letra k), de la Ley del Principado de Asturias 1/2004, de 21 de octubre, en relación con el artículo 18.1, letra k), del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo, aprobado por Decreto 75/2005, de 14 de julio, y a solicitud del Presidente del Principado de Asturias, en los términos de lo establecido en los artículos 17, apartado a), y 40.1, letra a), de la Ley y del Reglamento citados, respectivamente.

SEGUNDA.- Atendiendo a lo dispuesto en el artículo 32.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP), está la interesada activamente legitimada para formular reclamación de responsabilidad patrimonial, por cuanto su esfera jurídica se ha visto directamente afectada por los hechos que la motivaron.

El Principado de Asturias está pasivamente legitimado como 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 con fecha 14 de octubre de 2021 y, dado que la misma se orienta al resarcimiento del daño material derivado de la práctica de una cirugía en el ámbito privado, debe

considerarse como *dies a quo* la fecha de realización de esta -el día 1 de septiembre de 2021-, por lo que es claro que se acciona 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, en cuanto al plazo para adoptar y notificar la resolución expresa, debemos señalar que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo aún no se había rebasado el de seis meses establecido en el artículo 91.3 de la LPAC, pero sí los plazos parciales para la adopción de los actos de trámite e instrucción que, junto al plazo de dos meses para la emisión de dictamen por este Consejo -artículo 81.2 *in fine* de la misma norma-, constituyen el tiempo reglamentariamente fijado para la resolución del procedimiento. Aunque la resolución no podrá acordarse en plazo, 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.

SIXTA.- El daño por el que se reclama lo constituyen los gastos desembolsados por la interesada como consecuencia de la intervención quirúrgica a la que se sometió en un centro privado, y que resulta acreditado con las facturas y la

transferencia bancaria que adjunta, sin perjuicio de que proceda una valoración más concreta si el sentido de este dictamen fuese estimatorio.

En reclamaciones como 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.

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.

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 la reclamante es jurídicamente consecuencia del funcionamiento del servicio público sanitario hay que valorar si se respetó la *lex artis ad hoc*. Entendemos por tal, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado, aquel criterio valorativo de la corrección de un concreto acto médico ejecutado por profesionales de la medicina -ciencia o arte médica- que tiene en cuenta las especiales características de quien lo realiza y de la profesión que ejerce, la complejidad y trascendencia vital del acto para el paciente y, en su caso, la influencia de otros factores -tales como el estado e intervención del enfermo, de sus familiares o de la organización sanitaria en que se desarrolla- para calificar dicho acto de conforme o no con la técnica normal requerida.

También 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*).

Al 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, la perjudicada no ha desarrollado en vía administrativa actividad probatoria alguna, limitándose a presentar el detalle de la asistencia sanitaria recibida, tanto pública como privada. En consecuencia, dado que en el procedimiento administrativo sometido a nuestra consideración la interesada 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 acerca de la adecuación, o no, a la *lex artis* de la asistencia prestada por parte del servicio público sanitario frente al que reclama con base en la documentación incorporada al expediente, constituida fundamentalmente por el informe elaborado por el servicio implicado; documento que, siendo conocido por la perjudicada, no ha sido objeto de discusión por su parte en el trámite de audiencia, en el que ni siquiera comparece.

En este contexto, el examen de la asistencia dispensada por parte del servicio público sanitario a la paciente con ocasión del episodio clínico cuestionado pone de manifiesto que con fecha 20 de abril de 2021 en el Servicio de Ginecología del Hospital -al que había sido derivada por su médico de Atención Primaria el día 6 de ese mismo mes- se le diagnostica un prolapso de órganos pélvicos, y que para su tratamiento se le coloca, en aquel momento y en principio, un "pesario de 70 mm de diámetro" que inicialmente tolera, con la advertencia de "que si lo expulsara, cosa probable, volviera a nuestra consulta para recomendarle intervención quirúrgica". Según informa el Jefe del referido Servicio, sin contradicción alguna -insistimos- por parte de la reclamante, la patología en presencia es "de lenta y larga progresión, suele tardar años en instaurarse y provocar sintomatología disfuncional. Nunca su aparición es de forma aguda", razón por la cual es considerada de "nula urgencia y escasa prioridad, pues no tiene repercusión sistémica alguna, especialmente si no se acompaña de incontinencia urinaria, como es el caso". Tras acontecer la previsible y anunciada expulsión del pesario, la enferma vuelve a ser vista en el Servicio de Ginecología del Hospital pasadas apenas 48 horas, en concreto, el día 22 de abril de 2021, momento en el que se le propone, y ella acepta, tratamiento quirúrgico -una cleisis vaginal-, llegando incluso a firmar el preceptivo consentimiento informado, quedando incluida en lista de espera quirúrgica y pendiente de preoperatorio, que se solicita ese mismo día.

Así las cosas, cuando en la primera quincena del mes de octubre de 2021 -en una fecha sin determinar pero que no sobrepasa en ningún caso el plazo

máximo de 180 días a contar desde el momento de su inclusión en lista de espera quirúrgica contemplado para las "histerectomías" en el anexo segundo del Decreto 59/2018, de 26 de septiembre, sobre Garantía de Tiempo Máximo de Acceso a las Prestaciones Sanitarias del Servicio de Salud del Principado de Asturias, Información sobre Listas de Espera y Registro de Demanda Asistencial del Principado de Asturias- el Servicio de Ginecología del Hospital se pone en contacto con ella para continuar el curso normal del proceso asistencial que le venía prestando la paciente comunica "que ha acudido de forma privada para solucionar su patología", constando acreditado en la documentación incorporada al expediente por la propia reclamante que el día 1 de septiembre de 2021 se le practica en un centro privado de su elección una "histerectomía vaginal + plastia vaginal anterior".

En definitiva, en el asunto que nos ocupa la documentación obrante en el expediente avala la corrección del quehacer médico desarrollado por el servicio público sanitario, sin elemento alguno que lo contradiga, a lo largo del periodo en el que la reclamante confió al mismo el tratamiento de su patología. Por ello, no objetivándose ninguna infracción de la *lex artis ad hoc* en el proceso asistencial, la reclamación no puede ser acogida. El daño que aquí se reclama tiene su origen, de manera exclusiva, en la decisión personal y voluntaria de la paciente de acudir a la medicina privada, descartando de esta forma y de manera consciente el tratamiento quirúrgico que le había sido propuesto anticipadamente por parte del servicio público sanitario y por ella inicialmente aceptado, por lo que ha de soportar las consecuencias económicas que, para su patrimonio, se derivan de sus propias decisiones.

Por otra parte, como venimos reiterando (entre otros, Dictámenes Núm. 52/2016, 146/2018 y 208/2021), 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 y adecuación a la evolución de los síntomas; circunstancia que no se da en la medicina privada.

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,