

Dictamen Núm. 267/2023

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 21 de diciembre de 2023, 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 10 de agosto de 2023 -registrada de entrada el día 17 del mismo mes-, examina el expediente relativo a la reclamación de responsabilidad patrimonial del Principado de Asturias formulada por, dirigida al reintegro de los gastos derivados del tratamiento quirúrgico de una extrusión discal en la sanidad privada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 31 de enero de 2023, la interesada presenta en un registro público una reclamación de responsabilidad patrimonial -dirigida al Servicio de Salud del Principado de Asturias- para el reintegro de los gastos a que tuvo que hacer frente para “someterse a una operación necesaria y urgente” en la sanidad privada.

Según refiere, en 2019 inicia un proceso de “fuertes episodios de lumbalgia” que son atendidos en el centro de atención primaria, siendo diagnosticada “en el mes de agosto de 2021” de “lumbociatalgia derecha con afectación de L5”.

Señala que, “ante los numerosos episodios que sufre, desde el centro de salud le conciertan una cita con el Servicio de Traumatología” del Hospital, que le diagnostica en enero de 2022 “extrusión discal L3-L4 y L4-L5 con discartrosis asociada, y se le indica que se le incluye en lista de espera para una intervención quirúrgica”.

Manifiesta que “en el período comprendido entre la solicitud de la consulta en Traumatología (agosto de 2021) y la cita presencial (...) (enero 2022) (...) había seguido empeorando”, y que “durante el transcurso del año 2022 (...) no mejora y tampoco se ponen en contacto con ella para proceder a la intervención quirúrgica que (...) le habían programado. Por ello, y ante la merma de salud y la imposibilidad de seguir desempeñando su profesión (peluquera)” acude el 25 de julio de 2022 a un centro privado en el que aprecian “un cuadro importante de lumbociática derecha. Hipoestesia en dermatoma L4 y L5 derecha”, y le informan que “debe someterse a una cirugía de carácter urgente”, por lo que decide realizar “la operación en la sanidad privada, costeando ella misma el importe”. El día 3 de agosto de 2022 se le practica una “discectomía lumbar paramediana derecha L3-L4 y L4-L5”.

Entiende que resulta “suficientemente acreditada la urgencia y la necesidad imperiosa que tenía (...) de someterse” a dicha cirugía con “los informes aportados (...) y emitidos por la Seguridad Social”, y manifiesta que, “habiendo quedado objetivado que tal dolencia es ya de larga evolución y únicamente susceptible de empeorar con el tiempo, una demora excesiva en la programación de la intervención quirúrgica necesaria por parte de la Seguridad Social le produciría daños irreversibles”, pues “a día de hoy (12 meses después de la consulta en la que el propio Servicio de Traumatología de la Seguridad

Social le indicaba la necesidad de someterse a la operación), ésta aún no está programada”.

Solicita que se le abonen los gastos a los que tuvo que hacer frente en la sanidad privada, que ascienden a dieciséis mil quinientos euros (16.500 €), pues -según señala- “de seguir en la lista de espera de la Seguridad Social los daños en la salud serían irreversibles, teniendo en cuenta que se trataba de la movilidad de una pierna que con el paso de los días se veía mermada, llegando incluso a imposibilitar la realización de tareas básicas como, por ejemplo, caminar”.

Acompaña copia de diversa documentación médica, facturas y justificante de transferencia bancaria a la clínica privada por importe de 16.500 €.

2. Mediante escrito de 6 de marzo de 2023, la Jefa de la Sección de Apoyo 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, la designación de instructor, el plazo de resolución y notificación del mismo y el sentido del silencio administrativo.

3. El día 23 de marzo de 2023, la Gerente del Área Sanitaria VII remite al Servicio de Inspección de Servicios y Centros Sanitarios la historia clínica de la paciente junto con el informe suscrito por el Jefe del Servicio de Traumatología y Cirugía Ortopédica del Hospital el día 16 del mismo mes. Se expresa en el citado informe que la paciente “consultó por primera vez el 29-10-2017 por un episodio de lumbalgia y fue vista en numerosas ocasiones por el mismo motivo; asimismo, se le realizaron dos infiltraciones epidurales por el Servicio de Anestesia de este hospital (la última el 10-01-2018) mejorando de forma significativa como figura en las notas de seguimiento del 08-02-2018, 09-05-2019 y 06-02-2020./ El 06-09-2021 acude a revisión programada por otro

motivo y refiere lumbociática derecha de 3 semanas de evolución irradiado por pierna derecha hasta el 1.º dedo. Consultó con un médico privado que le pautó tratamiento (...), mejorando del dolor lumbar pero seguían las molestias en el miembro inferior derecho, sobre todo en el pie. En la exploración física realizada se apreció rectificación de la lordosis lumbar con maniobra de Lassègue negativa, flexo-extensión de tobillos bilateral normal y disminución de la fuerza extensora del primer dedo derecho (fuerza 4 sobre 5), no se apreció dificultad para caminar de talones ni de puntillas y los reflejos osteotendinosos eran normales y simétricos./ El 20-10-2021 acude nuevamente a la consulta, figurando la nota de: lumbociatalgia derecha en paciente con antecedente de hernia discal que ha empeorado en los últimos meses. Radiculalgia L5 con discreta pérdida de fuerza. Solicito nueva RMN./ El 22-11-2021 fue vista en revisión. Refirió de forma indirecta estar mejor (dice que no toma medicación analgésica)./ El 13-01-2022 acude con resultado de RMN en la que se observa una extrusión discal L3-L4 con discartrosis asociada. Explico opciones terapéuticas. Dice estar algo mejor después de ozonoterapia. En la EMG tiene un daño axonal crónico L5 derecho. Se le explican opciones terapéuticas. Se incluye en lista de espera para artrodesis instrumentada L3-S1 a ritmo normal (...). De haber precisado cirugía urgente ésta se habría llevado a cabo como se hace habitualmente de darse el caso./ El escrito refiere que entre esta última fecha y agosto de 2022 fue empeorando y decide ir a un especialista privado (desconocemos el motivo por el que, encontrándose tan mal, no solicita ser evaluada nuevamente en nuestro Servicio ni acude al Servicio de Urgencias del Hospital) que indica tratamiento quirúrgico urgente (3 de agosto de 2022), realizándose una discectomía lumbar paramediana derechas L3-L4 y L4-L5". Concluye que "los padecimientos de la paciente eran crónicos y presentaba con bastante antelación a su inclusión en lista de espera quirúrgica (...) un daño axonal crónico. No hay indicación para realizar la cirugía con urgencia ya que el daño neurológico ya establecido (‘daño axonal crónico L5 derecho’ en el informe de la electromiografía) es un daño residual y, a día de hoy, no tiene

solución, ni médica ni quirúrgica. La hipoestesia en dermatomas L4 y L5 derechos no suponen por sí mismos ninguna indicación de cirugía urgente. Los daños ya eran irreversibles antes de ser incluida en lista de espera, no se produjeron por un retraso en la cirugía (...). La cirugía llevada a cabo por el especialista privado no es la misma para la que se incluyó en lista de espera (...), ya que no se llevó a cabo ninguna artrodesis instrumentada (...). Es de (...) sentido común que si está pendiente de ser intervenida y surge un agravamiento es la paciente la que debe ir al médico y no al revés. Como es conocido, un ciudadano puede acudir a los Servicios de Urgencia de la sanidad pública 24 horas al día 365 días al año./ Por todo ello, consideramos que la paciente obró por su cuenta sin contar con la posibilidad de acudir a la sanidad pública para valorar si precisaba cirugía urgente o no”.

4. Mediante oficio notificado a la interesada el 17 de mayo de 2023, el Instructor del procedimiento le comunica la apertura del trámite de audiencia por un plazo de quince días, adjuntándole una copia de los documentos obrantes en el expediente.

No consta la formulación de alegaciones en dicho trámite.

5. Con fecha 26 de junio de 2023, el Instructor del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio. En ella concluye que “la asistencia fue correcta y adecuada a la *lex artis*. La paciente no reunía criterios para una intervención quirúrgica con carácter urgente (...). Decidió de forma unilateral acudir a los servicios de la medicina privada. Además, tal y como señala el Jefe del Servicio de Traumatología en su informe, la cirugía llevada a cabo por el especialista privado no es la misma para la que se incluyó en lista de espera” en el Hospital, ya que no se practicó “ninguna artrodesis instrumentada”.

6. En este estado de tramitación, mediante escrito de 10 de agosto de 2023, 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 31 de enero de 2023, y pretende el resarcimiento de los gastos en que ha incurrido la interesada al operarse en la sanidad privada, que -según consta en el justificante de la transferencia bancaria aportado- fueron satisfechos el día 27 de julio de 2022, 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 observa que a la fecha de entrada de la solicitud de dictamen en este Consejo Consultivo se había rebasado ya el plazo de seis meses para adoptar y notificar la resolución expresa, establecido en el artículo 91.3 de la LPAC. No obstante, ello no impide que esta se adopte, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 21 y 24.3, letra b), de la referida Ley.

QUINTA.- El artículo 106.2 de la Constitución dispone que “Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”.

A su vez, el artículo 32 de la LRJSP establece en su apartado 1 que “Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”. Y en su apartado 2 que, “En todo caso, el daño alegado habrá de ser efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas”.

Por otra parte, el artículo 34 de la ley citada dispone en su apartado 1 que “Sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos”.

Este derecho no implica, sin embargo, que la Administración tenga el deber de responder, sin más, por todo daño que puedan sufrir los particulares, sino que, para que proceda la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, deberán darse los requisitos que legalmente la caracterizan, analizando las circunstancias concurrentes en cada caso.

En efecto, en aplicación de la citada normativa legal 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.- Reclama la interesada el resarcimiento de los gastos satisfechos en la medicina privada para el tratamiento quirúrgico de una dolencia de columna, al considerar que dicha intervención era “necesaria y urgente” y que, de haber soportado la lista de espera del servicio público, habría sufrido “daños irreversibles”.

Los justificantes aportados por la perjudicada acreditan la realidad del daño por el que reclama, consistente en haber afrontado gastos en la medicina privada que guardan relación con la patología por la que previamente fue atendida en la sanidad pública (hernia discal L3-L4 y L4-L5), por más que en el centro privado le hayan practicado una intervención (discectomía lumbar paramediana derecha L3-L4 y L4-L5) distinta a la pautada en la sanidad pública (artrodesis instrumentada L3-S1).

En lo que atañe 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 sólo 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”. En el caso que examinamos la perjudicada afirma que “de seguir en la lista de espera de la Seguridad Social los daños en la salud serían irreversibles, teniendo en cuenta que se trataba de la movilidad de una pierna”. Sin embargo, aparte de que la intervención practicada en el ámbito privado no se corresponde con la programada por los servicios públicos sanitarios, la reclamante no aporta pericia alguna que evidencie que de no haberse operado en agosto de 2022 la funcionalidad de su pierna se habría visto afectada de manera irreversible. Ciertamente, en el informe que suscribe el cirujano privado el 30 de agosto de 2022 -esto es, con posterioridad a la práctica de la operación en la medicina privada- se consigna que la cirugía se planificó con “carácter urgente” o “carácter preferente debido a hipoestesia en dermatoma L4-L5 derecha”; ahora bien, el informe del servicio responsable explica que la clínica que justificó la pronta intervención no supone por sí misma ninguna indicación de cirugía inmediata, y que el daño “daño axonal crónico” que la paciente presentaba “no tiene solución, ni médica ni quirúrgica”, sin que dichas afirmaciones hayan sido controvertidas por la reclamante en el trámite de audiencia. Debe puntualizarse, por otra parte, que la lesión axonal no se produjo por un retraso en la cirugía, pues de la misma ya da cuenta el informe de resultados de la electromiografía que, realizada antes de incluir a la paciente en la lista de espera quirúrgica, obra en folios 13 y 14 de la historia clínica.

Por otra parte, hemos de destacar que las anotaciones obrantes en la historia clínica de la paciente vienen a desmentir el relato de la interesada, quien refiere un empeoramiento progresivo de su situación clínica entre agosto de 2021 y enero de 2022 que supuestamente habría sido desatendido por el servicio público, pues si bien consta en la hoja de episodios del centro de salud que a finales del citado mes de agosto tuvo un episodio de lumbociatalgia, del examen de aquella se desprende que su situación en noviembre de 2021 era de mejoría, ya que no tomaba medicación analgésica y manifestaba estar “algo mejor” el día 13 de enero de 2022 después de un tratamiento de ozonoterapia. La hoja de episodios de Atención Primaria que aporta con el escrito de reclamación vendría a confirmar igualmente que su situación entre el 21 agosto de 2021 (fecha en la que es atendida por lumbociatalgia) y el 3 de agosto de 2022 (en que se practica la cirugía en la clínica privada) fue de estabilidad, puesto que no consta ninguna demanda de asistencia en el centro de salud durante el período mencionado. En tales circunstancias, cabe concluir que la programación de la cirugía ajustada a la clínica y disponibilidad de medios no resulta contraria a la *lex artis ad hoc*. Finalmente cabe señalar, como se expresa en el informe del servicio responsable, que la paciente bien podía haber solicitado asistencia del servicio público si consideraba que su situación había cambiado con posterioridad a la inclusión en la lista de espera quirúrgica, y lo cierto es que no lo hizo.

Como viene manifestando reiteradamente este Consejo, para considerar legítimo el abandono del servicio público sanitario debemos 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 tal infracción es susceptible de producir un daño cierto en la salud de la paciente, en sus posibilidades de curación o en su esperanza de vida, sin que en este caso se aprecie infracción del buen quehacer médico. De otra parte, desde el punto de

vista subjetivo, cuando quien reclama invoca implícitamente una desconfianza -lo que se deduce aquí de su reacción frente a los tiempos marcados por el servicio público a la vista del diagnóstico- debemos valorar si esa desconfianza pudo haber sido resuelta en el seno del propio servicio público por los cauces habituales; juicio en el que constituye un indicio el hecho de si el paciente, conocida la necesidad de una prueba diagnóstica o de una cirugía, abandona de modo inmediato el sistema público para realizar dichas prácticas en la medicina privada sin dar la menor oportunidad a aquel de efectuarlas. En el presente caso queda evidenciado que la eventual desconfianza en el sistema pudo resolverse en el seno del propio servicio público, al que la interesada podía haber acudido en demanda de nueva asistencia.

Como ya hemos señalado en ocasiones anteriores (entre otras, Dictámenes Núm. 146/2018, 269/2019 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. Resultando entendible que quien puede costearlo acuda en ciertos escenarios a la medicina privada, no puede obviarse que la compensación de esos gastos vendría a introducir un factor de discriminación frente a quien no puede asumirlos.

En definitiva, nos encontramos con un caso en el que la paciente es atendida conforme la *lex artis ad hoc*, pues resulta explorada, correctamente diagnosticada y se le pauta un tratamiento quirúrgico adecuado al estado que presentaba, si bien decide abandonar la sanidad pública sometiéndose voluntariamente a una intervención quirúrgica, distinta de la planteada por el servicio público, por lo que no puede aducir una pérdida de confianza en el servicio público y la reclamación presentada deber ser desestimada.

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.