Dictamen Núm. 185/2024

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

Secretaria:
Vera Estrada, Paz de,
Letrada Adjunta a la Secretaría General

El Pleno del Consejo Consultivo del Principado de Asturias, en sesión celebrada el día 24 de octubre de 2024, por medios electrónicos, 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 21 de agosto de 2024 -registrada de entrada el día 28 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 del retraso en una intervención quirúrgica en la sanidad pública, que determina el tratamiento en una clínica privada.

De los antecedentes que obran en el expediente resulta:

1. Con fecha 13 de diciembre de 2023, la interesada presenta en una oficina de correos una reclamación de responsabilidad patrimonial dirigida al Servicio de Salud del Principado de Asturias por el retraso en el adecuado tratamiento para su dolencia que, según afirma, la llevó a someterse a una intervención quirúrgica en una clínica privada.

Expone que "desde el año 2018 venía padeciendo dolencias de estómago, con fuertes dolores abdominales y estomacales" y que "tras

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

numerosas pruebas me fue diagnosticada, en fecha 3-03-2023 por la Fundación Hospital ……, una gran hernia hiatal que afectaba prácticamente todo el estómago y la cual me cubría el corazón y pulmón con comprensión de este último, lo que me provocaba fuertes dolores en el costado izquierdo y me dificultaban la movilidad y la respiración normal. Asimismo, dicha hernia me impedía tragar bien, así como la ingestión y digestión de alimentos, provocándome vómitos constantes siéndome, por ello, recetado un complemento vitamínico amén de otras diversas pruebas en el Hospital `X´ (…) a fin de descartar otro tipo de dolencias./ El diagnóstico de dichos centros sanitarios fue el mismo, `gran hernia hiatal que afecta prácticamente todo el estómago y donde se observa una volvulación órgano-axial del estómago, el cual rota sobre su eje longitudinal, de forma que la curvatura mayor se sitúa por encima de la menor, con lo que el modo que la zona superior del antro está a una altura mayor que el *fundus*…, sin componente de suboclusión´.(…) Que para la cura de dicha dolencia se me remitió a Cirugía, con un plazo de intervención por lista de espera de más de un año (1 año). Sin embargo, y pese a la gravedad del diagnóstico, ni siquiera fui programada para intervención./ Que habida cuenta de la gravedad de mi situación con dolores cada vez más fuertes, falta de apetito, pérdida alarmante de peso por vómitos diarios de comida sin digerir, acudí al Hospital `Y´ para contrastar otra opinión médica (…) ante la pasividad de la asistencia sanitaria pública./ Que tras la consulta en dicho centro hospitalario, y una vez valorada y previa revisión de todos los estudios y pruebas (…), se decide intervención a la mayor celeridad posible, dada la alta morbi-mortalidad asociada a los vólvulos gástricos agudos, clásicamente entre un 30 y un 50 %./ Fui así intervenida quirúrgicamente de urgencia el día 16 de agosto del año en curso".

Entiende que "concurre relación de causa a efecto que determina la imputación del daño al funcionamiento anómalo de un servicio público, como es la falta de atención e intervención urgente" por parte de la Fundación Hospital …… y el Hospital "X".

Fija el *quantum* indemnizatorio en veintiocho mil ochocientos noventa y siete euros con ochenta y cuatro céntimos (28.897,84 €), que desglosa así:

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

10.358,54 €, por daño económico ("factura de abono de la intervención quirúrgica diagnosticada y programada de urgencia en la Clínica Asturias") y 18.539,30 €.por los daños morales "provocados por el dolor y la angustia, así como el estrés emocional que he padecido todos estos años que me ha conducido a una fuerte depresión".

Adjunta diversos informes médicos, así como el presupuesto y la factura del tratamiento en la clínica privada.

2. Mediante oficio de 24 de enero de 2024, 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, el nombramiento de instructor, las normas de procedimiento con arreglo a las cuales se tramitará, el plazo de resolución y notificación y los plazos y efectos de la falta de resolución expresa.

3. Previa petición formulada por el Instructor del procedimiento, la Gerente de la Fundación Hospital …… le remite el 22 de febrero de 2024 una copia de la historia clínica de la reclamante, el informe del Servicio de Cirugía General y Digestiva y el certificado de vinculación del personal facultativo interviniente con el Servicio de Salud del Principado de Asturias.

El informe suscrito por el Jefe del Servicio de Cirugía General y Digestivo de la Fundación Hospital …… señala que la paciente fue vista en consulta el día 10 de marzo de 2023 "por hernia hiatal y hernia de Bochdalek, se solicitan los estudios necesarios para tomar una decisión terapéutica adecuada, algunos de los cuales deben realizarse en el (Hospital `X´)./ En la consulta del 25-4-23 se valoran los estudios realizados en nuestro hospital y además se habla con (aquel hospital) para intentar acelerar la realización de los estudios pendientes en dicho centro./ El día 23-7-23 se solicitan los estudios preoperatorios y se incluye en la lista de espera quirúrgica para intervención./ El 8-8-23 se da de baja a la enferma en la lista de espera por renuncia voluntaria".

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

En las notas de progreso consta que el 10 de marzo de 2023 la paciente es "remitida por hernia hiatal gigante y hernia de Bochdalek (…) refiere dolor costal izquierdo con vómitos e intolerancia alimenticia"; se menciona la sesión clínica del día 14 de marzo con la anotación: "completar estudios", y el día 16 del mismo mes se anota: "informo de decisión de sesión quirúrgica y dejo solicitados estudios:/ Manometría esofágica y pHmetría preferentes en (Hospital `X´)./ Tránsito esofagogastroduodenal y nuevo TC TAP en (Fundación Hospital ……), preferentes./ Cita tras realización de todas las pruebas para valoración de las mismas y plantear cirugía". El 27 de julio de 2023 se anota: "se le explica la cirugía y sus riesgos elevados dado el tamaño de la hernia y la edad y constitución de la paciente./ Preoperatorio. DCI".

Consta comunicación a la paciente de fecha 16 de febrero de 2024 sobre anulación de inclusión en lista de espera quirúrgica con el comentario de que "avisan de citaciones que no se quiere operar, buscará otro sitio donde operarse".

4. A continuación, obra en el expediente un informe librado el 1 de abril de 2024 a instancias de la compañía aseguradora de la Administración por un especialista en Cirugía General y del Aparato Digestivo donde se concluye que la actuación de los profesionales del Servicio de Salud del Principado de Asturias ha sido correcta y ajustada en todo momento a la *lex artis ad hoc*.

En él, tras analizar la documentación clínica del caso y explicar el modo habitual de proceder, señala que "consta acreditado en la documentación facilitada a este perito la correcta indicación quirúrgica por cuanto la paciente presentaba una hernia de hiato tipo III-IV de gran tamaño con volvulación gástrica órgano-axial de carácter crónico con sintomatología leve, pero persistente, de dolor abdominal y/o torácico, anemia e intolerancia digestiva./ Consta acreditado que la paciente llevaba en seguimiento médico, en el ámbito privado (Hospital `Y´) desde, al menos, el año 2018 a cargo del Servicio del Aparato Digestivo (...), que ya le había realizado varias endoscopias y estudios digestivos (…). La paciente ya era conocedora del tipo de patología herniaria, su diagnóstico y necesidad de intervención puesto que

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

consta acreditado que el día 09-02-2023, ya había sido evaluada en el Hospital `X´ por el (...) cirujano que finalmente le interviene en agosto de 2023 en el Hospital `Y´. Ese día, previo a ser vista y evaluada" por el Servicio de Cirugía General de la Fundación Hospital ……, "ya le aporta un presupuesto del coste de la intervención por un total de 11.261,18 euros (…). La paciente es evaluada por primera vez en consultas externas de Cirugía General de la Fundación Hospital …… el día 10-03-2023. Remitida del Servicio de Aparato Digestivo para valoración de gran hernia hiatal y hernia de Bochdalek. Se señala que la paciente presenta dolor costal izquierdo con vómitos e intolerancia digestiva (…). Antes de la intervención, dada la complejidad técnica y la situación clínica de la paciente, tras presentarse en sesión clínica, se decide (…) completar el estudio preoperatorio para filiar y definir la mejor estrategia terapéutica (…). Por este motivo, se realiza una pHmetría, endoscopia alta, (esofagogastroduodenoscopia) y tac toracoabdominal donde se confirma la existencia de una hernia paraesofágica con volvulación gástrica crónica (…). Dichas pruebas requieren tiempo, y se realizan en dos hospitales diferentes (...). El día 27-07-2023, tras completar y reevaluar las pruebas solicitadas, es valorada en consultas externas de Cirugía General de la Fundación Hospital ……, donde se explica a la paciente los hallazgos de las pruebas, el diagnóstico, la necesidad de cirugía y sus riesgos, explicando el consentimiento informado (…). Se explica que los riesgos se ven incrementados por la edad y constitución física de la paciente (…). El día 27-07-2023, la paciente es incluida en la lista de espera quirúrgica (…) para intervención (…) programada, con un tiempo de espera entre 3 y 6 meses. Dichos plazos, dada la situación clínica de la paciente y la cronicidad de sus síntomas son perfectamente adecuados y válidos puesto que no existía ninguna evidencia de agravamiento clínico de su patología crónica (…). Desde el día 10-03-2023, fecha de la primera consulta con Cirugía General del Hospital ……, hasta el día 27-07-2023, fecha de programación de la intervención quirúrgica, no se objetiva ningún agravamiento clínico de la paciente respecto a la clínica que refiere desde hace años (…). El día 16-08-2023, según la reclamación, la paciente es intervenida en el Hospital

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

`Y´. No se aporta ningún informe médico de dicha intervención ni el protocolo quirúrgico, por lo que no podemos evaluar los hallazgos intraoperatorios ni la técnica quirúrgica realizada (…). Tan solo consta un informe médico posterior, de fecha 29-09-2023 (...), donde se señala que la paciente fue intervenida (…) y que no ha tenido ninguna complicación durante el postoperatorio. En dicho informe, en el diagnóstico sólo señala hernia de hiato `gigante´, sin mencionar la existencia de un vólvulo gástrico (…) Toda la reclamación se basa en una supuesta urgencia por presentar un vólvulo gástrico agudo que requería una intervención inmediata. Sin embargo, no consta acreditada tal urgencia (…) De los informes médicos aportados con la reclamación, la paciente no experimentó un vólvulo gástrico agudo (…) sino que optó, de forma libre y voluntaria, por intervenirse en el ámbito privado de una cirugía de la hernia paraesofágica con una sospecha radiológica (no sabemos si finalmente se confirmó durante la intervención porque no se ha aportado el protocolo quirúrgico) de vólvulo gástrico crónico (…). La decisión tomada finalmente por la paciente (…) corresponde, única y exclusivamente, a una opción personal (…), no motivada por ninguna demora terapéutica, puesto que había sido informada y le habían ofrecido realizar la misma intervención por parte de Servicio de Cirugía General de la Fundación …… el día 27-07-2023, veinte días antes de la cirugía realizada en el Hospital `Y´ el 16-08-2023 (…). De hecho, el presupuesto de la intervención (…) realizada en el Hospital `Y´ es de fecha 09-02-2023, previo a la valoración por Cirugía General de la Fundación …… Es decir, la paciente ya había sido evaluada en el Hospital `X´ por el (...) cirujano que posteriormente la interviene en agosto del 2023 en el Hospital `Y´, y ya le había presupuestado la cirugía por lo que ya era conocedora de la necesidad de la intervención, decidiendo diferir la misma hasta ser evaluada en el hospital público, para finalmente decantarse por ser intervenida en el hospital privado".

5. Mediante oficio notificado a la interesada el 17 de junio de 2024, el Instructor del procedimiento le comunica la apertura del trámite de audiencia

por un plazo de quince días, remitiendo copia del expediente en formato electrónico.

No consta que se hayan formulado alegaciones.

6. El día 7 de agosto de 2024, el Instructor del procedimiento formula propuesta de resolución en sentido desestimatorio, por entender que "la asistencia fue correcta y conforme a la *lex artis"*, pues "de los estudios realizados, no se desprende la existencia de una urgencia vital (esófago con movilidad aceptable, inexistencia de suboclusión gástrica, no existencia de reflujo gastroesofágico y campos pulmonares de aspecto normal). El vólvulo gástrico era de carácter crónico. El propio Servicio de Cirugía General de la (Fundación Hospital ……) se puso en contacto con el (Hospital `X´) para acelerar los estudios solicitados. La paciente es incluida en lista de espera el 27-07-2023 y en menos de 15 días se da de baja en la misma por decidir ser intervenida en un centro privado por el mismo cirujano que 6 meses antes la había atendido" en el Hospital "X".

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

7. En este estado de tramitación, mediante escrito de 21 de agosto de 2024, 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 autentificada 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 en cuanto titular de los servicios frente a los que se formula reclamación. De lo actuado se deduce que la asistencia sanitaria defectuosa se imputa tanto al Hospital Universitario Central de Asturias como a un centro asistencial privado con el que se ha suscrito un convenio singular para la atención de usuarios del Sistema Nacional de Salud (Fundación Hospital ……). En tanto que la atención recibida por la perjudicada en el citado centro lo ha sido como beneficiaria del sistema sanitario público, y que los servicios dispensados se encuentran incluidos en el convenio singular aludido, el Principado de Asturias está pasivamente legitimado como titular del servicio público sanitario, tal como este Consejo viene reiterando (por todos, Dictamen Núm. 195/2023), sin perjuicio de la repetición de los costes a los que, en su caso, deba hacer frente ante el titular del centro directamente causante de ellos por el procedimiento y en los términos establecidos en el citado convenio.

TERCERA.- En cuanto al plazo de prescripción, el artículo 67.1 de la LPAC dispone que "El derecho a reclamar prescribirá al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o se manifieste su efecto lesivo. En caso de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas".

En el supuesto ahora examinado, la reclamación se presenta con fecha 13 de diciembre de 2023 y la falta de asistencia sanitaria a la que alude la

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

perjudicada se refiere a la tardanza en realizar una intervención quirúrgica que adelanta acudiendo a la sanidad privada y a la que se somete el 16 de agosto del mismo año, 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.

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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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, concurran, 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.- Se somete a nuestra consideración un procedimiento de responsabilidad patrimonial en el que la interesada pretende el resarcimiento de los gastos satisfechos en la medicina privada para el abordaje quirúrgico de su dolencia, programado en la sanidad pública, así como los daños morales que alega haber sufrido a consecuencia del retraso en recibir tratamiento.

La interesada solicita una reparación que cifra en 28.897,84 €, de ellos, 10.358,54 € se reclaman en concepto de daños materiales, cuantía que

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

se corresponde con el importe de la intervención quirúrgica a la que la reclamante se somete en un centro privado, quedando dicho daño acreditado.

Respecto a los daños morales, señala que le han sido "provocados por el dolor y la angustia, así como el estrés emocional que he padecido todos estos años que me ha conducido a una fuerte depresión y muy en particular ante la ausencia de respuesta clara y concisa desde que me fue diagnosticada en marzo mi patología" por parte de Fundación Hospital …… y del Hospital "X" "para que fuera intervenida, así como temerosa y asustada por un previsible fallecimiento por mis dolencias físicas. He desarrollado además un cuadro de depresión y un profundo miedo al servicio sanitario que me genera además una fuerte desconfianza". Cuantifica los daños morales en 18.539 €, aportando para su acreditación un informe a demanda del Servicio de Salud Mental (…) de 4 de diciembre de 2023 y una receta con once fármacos, de los cuales cuatro aparecen en el informe como parte del tratamiento.

Ello nos lleva a analizar los elementos que deben concurrir para llevar al reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria pues, para que el daño moral sea indemnizable es necesario, al igual que sucede con el material, que concurran todos los presupuestos generales exigibles. El daño moral hace referencia, en su actual concepción, al impacto o sufrimiento psíquico o espiritual que la persona puede experimentar ante ciertos hechos, conductas o resultados, con independencia de su incidencia en la esfera patrimonial de la afectada. Se trata de un concepto abierto que incluye supuestos de inquietud, zozobra y otros estados de ánimo, conocidos doctrinalmente como daños morales autónomos, que deben quedar acreditados.

En el caso que interesa, entendiendo la natural zozobra padecida por una paciente de una dolencia como la descrita, el cuadro depresivo aludido por la reclamante no parece relacionado exclusivamente con el proceso que aquí interesa. El informe solicitado por la interesada en la consulta a la que acude el día 4 de diciembre de 2023 -presentándose la reclamación el día 13 del mismo mes- hace referencia a un agravamiento de la clínica que la paciente manifiesta en esta consulta y en la anterior, en julio de ese mismo año, "en

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

relación a problemas somáticos que repercuten de manera importante en su calidad de vida y que eran susceptibles de intervención quirúrgica. Ante la demora de dicha intervención la paciente acudió a la medicina privada lo que también tiene resonancia en lo emocional encontrándose hoy más angustiada y con ánimo subdepresivo, también por la persistencia de un dolor en hemitórax izqdo. que parece tener otro origen y que está pendiente de estudio". Sin embargo, previamente señala que se trata de una paciente en dicho Centro de Salud Mental "Z" desde el 2 de febrero de 2019 "y con anterioridad a tratamiento" en el Centro de Salud Mental "H", que. "acude regularmente a seguimiento y sigue tratamiento psicofarmacológico para control de su insomnio y de su ansiedad". Los fármacos que se señalan fueron prescritos en abril de 2019, enero y febrero de 2022, y el 23 de enero de 2023.

En este escenario, de lo aportado por la reclamante se deduce que se trata de una paciente con un cuadro de ansiedad de larga duración a tratamiento, que ella misma refiere que se incrementa en julio de 2023 en relación con su estado de salud, mencionando la intervención. Achaca parte de su angustia a los dolores que sufre en el hemitórax, que ya en la fecha de la consulta y tras haber sido operada, se mantienen, siendo ajenos a la dolencia relacionada con la reclamación. En relación a la mención de que padece un "profundo miedo al servicio sanitario que me genera además una fuerte desconfianza", que por el contexto parece referido a la sanidad pública y derivado de la asistencia prestada, consta en el expediente que la interesada acudía a consulta y realizaba pruebas en la sanidad privada desde, al menos, octubre de 2018, además de haber sido finalmente intervenida en una clínica privada por un médico que previamente la había valorado en un hospital público, por lo que tales afirmaciones no parecen encontrar sustento alguno.

Así las cosas, hemos de reparar en que, sin desconocer el padecimiento asociado a un determinado estado físico, a un diagnóstico o a la necesidad de someterse a una intervención quirúrgica y a sus posibles riesgos, no podemos asumir en el caso examinado que el mismo sea resarcible. No se acredita aquí un singular daño moral autónomo desvinculado de su propia situación clínica

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

que se vinculen causalmente a la actuación sanitaria por la que se reclama y que la paciente no tenga el deber jurídico de soportar.

Circunscribiendo por tanto la reclamación al daño material alegado, debemos centrarnos en el análisis del reintegro de gastos generados fuera del sistema sanitario público. Como hemos destacado en anteriores ocasiones (por todos, Dictamen Núm. 38/2024), 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

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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 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.

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

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*).

En el supuesto analizado, la interesada reclama el coste de una intervención quirúrgica para tratar una hernia de hiato gigante. La reclamante se refiere, al fijar los daños, a la "ausencia y pasividad prolongada de casi 6 meses de programación de intervención en centro sanitario público". Previamente, en la explicación de los hechos, menciona que "desde el año 2018 venía padeciendo dolencias de estómago, con fuertes dolores abdominales y estomacales" y que "tras numerosas pruebas me fue diagnosticada, en fecha 3-03-2023 por la Fundación Hospital ……, una gran

hernia hiatal". Su historia clínica muestra que desde 2018 estaba a seguimiento por el mismo centro privado en que después sería operada, inicialmente por dispepsia y anemia, que es tratada y evoluciona adecuadamente por la ingesta de hierro por vía oral. Consta que sufre estenosis de canal lumbar y fracturas costales en febrero de 2019, año en que figura que padece gastritis crónica, úlcera gástrica Forrest III ("en relación con ingesta crónica de AINEs"), diverticulosis con dolor en fosa ilíaca izquierda, además de hernia de hiato. Tratada, evoluciona favorablemente de la úlcera gástrica, con cicatrización.

En la sanidad pública, es sometida en la Fundación Hospital …… a una colonoscopia solicitada por Atención Primaria por "anemia, SOH+" el día 13 de diciembre de 2018, detectándose pólipo en colon transverso y divertículos "sin signos de complicación. No se han objetivado otras lesiones".

Nuevamente es remitida por su médico de Atención Primaria por padecer anemia a la Fundación Hospital ……, donde es atendida en el Servicio Digestivo el 3 de abril de 2019. En la "historia actual" del informe de dicha consulta se deja constancia de que está siendo atendida en el Hospital "Y", donde en enero de 2019 se le hace gastroscopia y nueva colonoscopia y se informa de úlcera gástrica cicatrizando y hernia de hiato, además de divertículos; además se señala que "en el `Y´ recomendaron analítica de control" y de que en esa fecha ya no padece anemia. Se pauta una medicación durante un año y control por médico de Atención Primaria. Del historial clínico se deduce que la paciente se sometió a diferentes pruebas por distintas dolencias -diverticulosis con dolor en fosa ilíaca-, úlcera gástrica y anemia con buena evolución, así como la hernia de hiato, en un centro privado. Hasta el 2 de febrero de 2023 no consta otra consulta en la Fundación Hospital ……, reflejándose en el informe, que en 2021 había sido valorada en el hospital privado al que acude por náuseas ocasionales, donde se realizó "gastroscopia y ecografía abdominal con hernia de hiato como única patología. Refería gases y distensión que relacionaba con divertículos"; también señala que es "remitida por hernia de hiato gigante que un (neumólogo) privado le recomendó cirugía (…). En tac se ve hernia de Bochdalek".

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

El doctor que le había recomendado operarse, según ese informe, le ofrece un presupuesto para la intervención en la clínica privada con fecha 9 de febrero de 2023. Al día siguiente, 10 de febrero, tenía la consulta en el Servicio de Cirugía General de la Fundación Hospital …… para valorar la hernia hiatal y la hernia de Bochdalek y en sesión clínica se decide completar estudios con cuatro pruebas, de lo que se informa a la paciente en la consulta del día 16 del mismo mes. Las pruebas deben realizarse en dos centros hospitalarios distintos.

Consta estudio esofagogástricoduodenal realizado el día 31 de marzo de 2023 que refleja "hernia hiatal asociada a un vólvulo órgano-axial del estómago". El 18 de abril se realiza "tac toraco-abdominal", e informa en términos casi idénticos del hallazgo de "gran hernia hiatal que afecta prácticamente todo el estómago. Asimismo, se observa una volvulación órganoaxial del estómago, el cual rota sobre su eje longitudinal, de forma que la curvatura mayor se sitúa por encima de la menor, con lo que el modo que la zona superior del antro está a una altura mayor que el *fundus*. No obstante, no existe dilatación gástrica que sugiera componente de su suboclusión". Se diagnostica de "gran hernia hiatal con volvulación órgano-axial del estómago, sin componente de su suboclusión".

El 25 de abril de 2023 se refleja en las notas de progreso que se ha realizado (esofagogastroduodenoscopia) y tac, y que "aún no han hecho la pHmetría ni manometría. En el (Hospital `X´) le dijeron que hay lista de espera de 1 año. Llamamos al (citado hospital) para intentar adelantar los estudios (lo valorarán). La paciente valora la posibilidad de hacerlas en un centro privado. Vendrá cuando las haga". Las mencionadas pruebas son informadas los días 27 y 28 de junio de 2023, y la paciente es atendida en consulta externa del Servicio de Cirugía General el día 27 de julio. En el curso clínico se anota que se ha explicado a la paciente "la cirugía y sus riesgos (…). Preoperatorio. DCI". La paciente está en lista de espera quirúrgica con prioridad baja. Consta que avisa de que va a ser intervenida en un centro privado, siendo operada el día 16 de agosto por el médico que la atendió en el (Hospital `X´), quien informa, posteriormente, el 29 de septiembre de 2023

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

indicando que la paciente tenía un dolor en el flanco izquierdo desde hacía un año. Indica que se decide intervención a la mayor celeridad posible y que "tras la intervención se mantiene el dolor costal, que ya se había advertido no parecía guardar relación con su patología gástrica", presentando mejoría de las demás dolencias.

Como viene señalando 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 del paciente, en sus posibilidades de curación o en su esperanza de vida. De otra parte, desde el punto de vista subjetivo, 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 nos encontramos con una paciente que es sometida a pruebas y seguimiento en la sanidad privada, simultaneando su asistencia con la demanda de atención pública. En particular, acude a la sanidad pública con la recomendación previa de ser intervenida quirúrgicamente en el mismo año en que se le programa la operación de la que desiste voluntariamente. El diagnóstico de hernia de hiato es alcanzado en la sanidad privada, donde se le recomienda una intervención en el año 2021; acude a consulta en (la Fundación) Hospital …… con aquella indicación el día 2 de febrero y 7 días después dispone del presupuesto de la operación para llevarla a cabo en la clínica donde hace el seguimiento. En la sanidad pública se acuerda someter a la paciente a diversas pruebas, y las realizadas los días 31 de marzo y 18 de abril detectan que la hernia hiatal aparece asociada a un vólvulo órgano-axial del estómago. Practicadas esas pruebas complementarias, que se hacen en

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

junio de ese año, un mes después se incorpora a la paciente a la lista de espera sin indicación de preferencia ni urgencia.

De la documental obrante en el expediente se desprende que las características del caso no exigían una cirugía inmediata o urgente, si bien la operación quirúrgica aparece como la mejor opción clínica. Tras ser remitida desde el Servicio de Digestivo, la reclamante es atendida por primera vez en el Servicio de Cirugía General el día 10 de marzo de 2023, programándose la intervención tras valorar su idoneidad el día 27 de julio, con un tiempo de espera de entre 3 y 6 meses (no un año como se afirma en la reclamación), adecuados desde el punto de vista clínico en este caso. Debe advertirse, además, que la paciente no presenta agravamiento alguno a lo largo de 2023 y que tampoco aporta prueba pericial alguna que acredite la necesidad de una intervención de urgencia. Con un presupuesto previo de la sanidad privada por el mismo facultativo que le atiende en la sanidad pública, acude a la primera consulta en el Servicio de Cirugía General y, tras realizarse en el ámbito público diversas pruebas diagnósticas complementarias para acotar el alcance de la intervención, incluyéndose a la paciente en julio de 2023 en la lista de espera para intervención quirúrgica, la paciente abandona voluntariamente la asistencia pública y se somete a la intervención el día 16 de agosto de 2023 en la clínica privada en la que era atendida, al menos, desde el año 2018.

En definitiva, nos encontramos ante un caso en el que la reclamante es atendida con arreglo a la *lex artis ad hoc*, sometiéndose a distintas pruebas en el ámbito de la sanidad pública consideradas necesarias para determinar la idoneidad de la opción quirúrgica, que se llevan a cabo dentro de plazos razonables, sin que la paciente se encontrara en un estado que justificara la urgencia de la intervención, ni presentara ningún empeoramiento que obligase a revisar su puesto en la lista de espera quirúrgica. Es la paciente la que, voluntariamente, decide someterse a la intervención en la misma clínica privada en la que ha sido atendida desde hacía varios años y que tiempo atrás se le había recomendado, y después presupuestado, la cirugía como opción terapéutica más adecuada, tras lo que acude a la sanidad pública. No concurriendo urgencia en la intervención quirúrgica, ni infracción de la *lex artis*

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

ni una pérdida de confianza en el servicio público y siendo voluntaria la decisión optar por la sanidad privada, 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,

Fuente: Consejo Consultivo del Principado de Asturias
http://www.ccasturias.es

EXCMO. SR. PRESIDENTE DEL PRINCIPADO DE ASTURIAS.