



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero y  
Ponente

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 11 de enero de 2007, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxxx*, y a la vista del mismo y tal como corresponde a sus competencias, emite, por unanimidad, el siguiente

## DICTAMEN

### I

#### ANTECEDENTES DE HECHO

El día 8 de noviembre de 2006 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxxx debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hija, ccccc*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 9 de noviembre de 2006, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1062/2006, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Quijano González.

**Primero.-** Dña. xxxxxx, mediante un escrito presentado ante los servicios de Atención Primaria de xxxxx el día 15 de octubre de 2003, reclama



el reintegro de los gastos que se le ocasionaron al tener que recurrir a la medicina privada. Acompaña a su solicitud diversos documentos acreditativos de los gastos, que ascienden a 115 euros. Su reclamación puede resumirse así:

El 2 de septiembre de 2003 acudió con su hija ccccc, lactante, a la consulta de pediatría del Centro de Salud de hhhhh, Dra. mmmmm, a causa de tos y fiebre; fue diagnosticada de otitis de oído derecho y catarro, con tratamiento de Augmentine 100 y Apiretal.

Añade la reclamante que después de dos semanas consecutivas visitando a esta señora, con tratamiento de Augmentine y Apiretal, ésta estimó que la niña se encontraba bien.

Pero ella no quedó conforme, y el 24 de septiembre de 2003 acudió a la consulta privada del pediatra Dr. rrrrr, quien le dijo que la otitis no había pasado y que, además, padecía faringitis.

Manifiesta que puso una queja verbal en el Centro de Salud de hhhh2 (xxxxx).

El 2 de octubre pasó la revisión de los seis meses con la Dra. mmmm y fue de nuevo normal. Ella avisó de que la niña sufría inapetencia, pero la doctora no lo consideró síntoma. Cuatro días después el Dr. rrrrr diagnostica que no sólo seguía con la otitis, sino que además hubo que realizarle esa misma tarde una miringotomía, "pues me comunicó que le podía reventar el tímpano derecho".

Solicita cambio de pediatra y los costes ocasionados.

**Segundo.-** En el expediente se encuentran, entre otros, documentos de la historia clínica, así como los siguientes informes:

- Informe de la doctora mmmmm, pediatra del consultorio de hhhhh (xxxxx), de 3 de noviembre de 2003, en el que, entre otras cosas, se señala:

"Doña xxxxx manifiesta en el escrito mencionado, no estar conforme con mi diagnóstico del día 09/09/2003 (alta de la otitis),



entendiéndose por ello que la madre no encontraba bien a la niña, pero lo que extraña es que a la consulta no vuelve con la niña hasta transcurrido un mes aproximadamente, el día 02/10/2003 a la revisión ordinaria.

»La madre, no sólo no acude a mi consulta (los dos días semanales que yo paso consulta en hhhh), sino que tampoco va a la consulta del médico de la niña, y además espera 15 días para acudir a la consulta de un pediatra privado, donde la niña es diagnosticada de una otitis media aguda (cuando en ese periodo transcurrido de quince días ha podido tener otro episodio de otitis).

»También hay que destacar que el día de la revisión ordinaria, la madre no menciona nada referente a que la niña ha padecido otra otitis.

»El día de la revisión ordinaria 02/10/2003, la exploración física de la niña era normal, y refieren que 4 días después ha presentado otro episodio de otitis.

»Podría tratarse de una otitis media aguda recurrente o persistente. La edad de la niña (6 meses), y el inicio de la guardería son ambos factores favorecedores o predisponentes de padecer una otitis media aguda recurrente (cuando se presenta un nuevo episodio agudo después de una semana de tratamiento)".

- Informe de la Coordinadora Médica del Centro de Salud de hhhh2, de 3 de noviembre de 2003, en el que relata que explicó a la reclamante que los episodios de la otitis son habituales en los niños; añade:

"Pero su preocupación fundamental era que el pediatra privado le había dicho que la actuación incorrecta de la pediatra de hhhh, fue no suspender las `vitaminas con el antibiótico`.

»También le expliqué que no existe incompatibilidad alguna".



**Tercero.-** El médico inspector, D. ggggg, con fecha 16 de enero de 2004, emite un informe que comienza describiendo los hechos, que resumidamente consisten en:

- 2 de septiembre de 2003, consulta con la pediatra Dra. mmmm. Explorado oído derecho congestivo y faringe congestiva. Tratamiento con Augmentine y Apiretal. Control en una semana.

- 4 septiembre de 2003, nueva consulta. Oído derecho ligeramente congestivo y faringe congestiva. Seguir con Augmentine. También suero y dieta astringente. También presenta diarrea.

- 9 septiembre de 2003, nueva consulta. Otoscopia normal, faringe congestiva.

- 18 de septiembre de 2003, resultado coprocultivo Adeno V, Rota V negativos, cultivo negativo.

- 2 de octubre de 2003. Revisión seis meses.

- 6 de octubre de 2003. Acude a la consulta privada del Dr. rrrrr. Otitis media aguda bilateral rebelde a tratamiento con Amoxicilina-Clavulánico. Acude el mismo día a consulta privada del especialista en otorrinolaringología Dr. ppppp, que realiza una paracentesis bilateral en oído derecho purulenta en oído izquierdo también inflamado pero menos. Otitis media bilateral. (Aunque en esta descripción no se refiere la visita al Dr. rrrrr, del 24 de septiembre de 2003, sí la señala al resumir el contenido de la reclamación).

Efectúa las siguientes conclusiones:

“1º. El día 9 de septiembre de 2003 la lactante es dada de alta de la otitis. No vuelve por la consulta de la pediatra hasta el 2 de octubre de 2003 para la revisión ordinaria de la lactante. La exploración física de la niña era normal.

»2º. El día 6 de octubre de 2003 la madre por decisión propia lleva a la lactante a la consulta privada de los Drs. rrrrr y ppppp, los cuales diagnostican y tratan de una otitis media aguda bilateral.



»Las otitis en el lactante pueden recidivar y además es relativamente frecuente.

»3º. Revisada la Historia Clínica de la lactante ésta ha sido tratada correctamente por la pediatra Dra. D<sup>a</sup>. mmmmm.

»4º. Una otitis media aguda bilateral recidivada podía haber sido tratada por la Pediatra si la madre hubiera llevado a la lactante a la consulta de Pediatría del Centro de Salud”.

**Cuarto.-** El 30 de enero de 2004 se otorga el trámite de audiencia a la interesada, sin que conste que ésta haya formulado alegaciones.

**Quinto.-** El 3 de octubre de 2006 el Director General de Administración e Infraestructura firma la propuesta de orden de la Consejería de Sanidad, desestimando la reclamación. Del fundamento de derecho IV cabe destacar los siguientes párrafos:

“D<sup>a</sup>. xxxx no vuelve a consulta de Pediatría del consultorio de hhhhh con su hija hasta el 2 de octubre, con motivo de la revisión de los seis meses, no para consulta. Durante ese período no se requirió nueva asistencia para la niña, si bien D<sup>a</sup> xxxx (según la documentación aportada por la interesada) acudió a una consulta privada el día 24 de septiembre (15 días después) debido a la inapetencia que presentaba la niña. Allí se diagnostica de faringitis aguda y otitis media aguda bilateral. Como señala la Inspección, la otitis en el lactante puede recidivar con relativa frecuencia. Así lo informa también la Dra. mmmm que señala que en ese período ha podido padecer un nuevo episodio de otitis. En todo caso, nada impide que hubiera acudido nuevamente a solicitar la valoración de la Facultativo.

»Posteriormente, la niña acude a la revisión protocolizada de los seis meses (2-10-2003). En esta revisión se valoran una serie de parámetros y se realiza una exploración general de la niña. No consta en la Historia que se manifestase por la madre ningún problema actual ni pasado. No parece que exista una revisión específica de los oídos (mediante otoscopia) dado que, como hemos manifestado, la madre no sugiere ninguna patología reseñable. Tampoco consta que refiera que está tomando antibióticos. La exploración física ese día es normal. Le administran las vacunas previstas para esa edad.



»El día 6 de octubre acude nuevamente a consulta privada (tenía la cita prevista de control mediante otoscopia a los 15 días de la anterior). Se aprecia una otitis media bilateral rebelde a tratamiento, estando la membrana derecha opacificada a la otoscopia. Se sugiere valoración de Especialista en ORL que, ese mismo día, realiza paracentesis que resulta purulenta. Propone revisión el 20 de octubre; revisión de la que no hay datos.

»Como se ha indicado, en la revisión de los seis meses (revisión programada para niños sanos) no se indicó por la madre de la paciente ninguna patología ni que estuviese siguiendo paralelamente un tratamiento por otitis. Ante esto, se exploró a la niña en función de las pautas para la revisión en ese período de edad. Exploración que, como se ve en la Historia, fue completa: abdomen, genitales, cardiovascular, caderas, test de Denver (desarrollo sicomotor), Hirschberg y Cover (oculares), ... pero que, si no es requerida, no va buscando patologías agudas concretas”.

**Sexto.-** El 3 de octubre de 2006 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la propuesta de orden.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.

## II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

**1ª.-** El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen según lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno del Consejo, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

**2ª.-** El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo



Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

El caso claramente no tiene encaje en los supuestos de reintegro de gastos por asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, de Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud. En consecuencia, es correcta la tramitación efectuada, a la cual, además, la reclamante no se ha opuesto. Por otro lado, debe añadirse en la resolución que se dicte el correspondiente pie de recurso. Hay que incluir la posibilidad de interponer recurso de reposición conforme a los artículos 116 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 61.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

**3ª.-** Concurren en la interesada los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

La interesada ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

**4ª.-** El artículo 106.2 de la Constitución establece 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”.

La referencia constitucional a la ley debe entenderse hecha a los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.



Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 1 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998; 28 de enero de 1999; 1 y 25 de octubre de 1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expte. nº 183/2003; 6 de febrero de 2003, expte. nº 3583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3251/2002), la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.

d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

**5ª.-** Entrando en el fondo del asunto, este Consejo comparte, en lo fundamental, el criterio de la propuesta de orden de 3 de octubre de 2006, del Director General de Administración e Infraestructuras, en el sentido de que debe desestimarse la reclamación de la interesada.

Para valorar el posible reintegro de gastos que se le han originado mediante el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario examinar si se ha producido un error de





diagnóstico o una denegación de asistencia que haya producido en la reclamante la necesidad de acudir a la medicina privada para el restablecimiento de la salud de su hija.

Del relato de los hechos y de los distintos informes que acompañan al expediente se deduce que, en el presente supuesto, no hay pruebas concluyentes de que hubiera causa justificada –imputable a la Administración– para que la reclamante abandonara la atención de la sanidad pública y decidiera acudir a la privada, no demostrándose que el tratamiento público recibido fuera incorrecto.

A la vista de éste y otros casos similares, resulta necesario fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño. Este criterio básico o *lex artis ad hoc* se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados; es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida.

Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de mayo de 1986, que marcó el comienzo de considerar generalizada la obligación de medios al establecer: “La naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una `obligación de medios`, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere según el estado actual de la ciencia médica”.

En ese mismo sentido se han pronunciado otras Sentencias del Tribunal Supremo tales como la de 9 de marzo y 9 de diciembre de 1998, 9 de mayo de 1999, 7 de junio de 2001, 5 de marzo de 2002 y 14 de octubre de 2002; así como la constante doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 81/2002, 3657/2002 y 3623/2003).

A la luz de este criterio se puede concluir que existe responsabilidad cuando no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y



emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario.

Precisamente, actuar con corrección en la actuación médica es el parámetro para determinar si ha existido desatención, inasistencia o un diagnóstico erróneo, razones que motivarían la asistencia a la medicina privada.

En el caso que nos ocupa, no hay prueba suficiente para considerar que hubo desatención o tratamiento erróneo. Los informes de la Inspección Médica, de la doctora mmmmm y de la Coordinadora del Centro de Salud de hhhh2 (xxxxx) no permiten sustentar con seguridad que la hija de la reclamante fuera atendida de forma incorrecta, o que en su tratamiento se hubiera vulnerado la *lex artis*. En principio se observan episodios de otitis recurrente, no extraña en niños de pocos meses, sin que quepa apreciar motivos para acudir a la medicina privada, por falta de atención o error diagnóstico.

Por todo lo expuesto, cabe concluir que no hay base probatoria suficiente para decidir favorablemente sobre la reclamación de la interesada.

### **III CONCLUSIONES**

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxxx debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su hija, ccccc.

No obstante, V.E. resolverá lo que estime más acertado.