



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

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 16 de noviembre de 2006, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx*, 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 2 de octubre 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 D. xxxxx debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 4 de octubre de 2006, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 937/2006, 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.-** D. xxxxx, mediante escrito de 1 de abril de 2003 presentado ante la Gerencia de Área de xxxxx, reclama el reintegro de los gastos que se le ocasionaron al ser intervenido quirúrgicamente de cataratas en una clínica privada. Acompaña a su solicitud diversos documentos acreditativos de los gastos, que ascienden a 3.305,57 euros. Señala en su escrito lo siguiente:



“El día 7 de Febrero del 2002 acudí por primera vez al hospital `hhhhh´ a la consulta de oftalmología porque tenía problemas en la vista y ya utilizaba gafas (de un ojo no tenía apenas visión). Me graduaron la vista explicándome que tenía miopía, la cual se podía estabilizar o agravar y me cambiaron la graduación de las gafas. A los pocos meses empiezo a perder mucha más vista y la graduación ya no me sirve. Pido un volante para volver al oftalmólogo, el médico de cabecera me pone preferente, pero no me llaman. Al ser un problema bastante serio para conducir y para mi trabajo, ya que era soldador en xxxxx, decido pedir consulta privada. En ella me exponen el problema de la siguiente manera; lo que padecía era una miopía progresiva, agravada con una catarata en cada ojo; cataratas, debo decir, que no vieron en mi anterior consulta de la Seguridad social, y la única solución es una rápida operación para evitar más pérdida de visión.

»Una vez realizada la operación y en periodo de recuperación me avisan de una cita en el hospital `hhhhh´, teniendo en cuenta que esa cita era preferente”.

Acompaña a su escrito diversa documentación, entre la que destacan facturas correspondientes al gasto y escritos de la clínica oftalmológica privada relativos al paciente en cuestión.

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

- Informes de la Dra. ggggg, del Servicio de Oftalmología del Hospital hhhhh de xxxxx, de 11 de abril de 2003 y de 30 de mayo de 2003.

- Informe del jefe de admisión del citado hospital, de 9 de junio de 2003, en el que señala:

“En relación a su solicitud de información sobre la reclamación formulada por D. xxxxx, le comunico que según los registros de Admisión y el contenido de la historia clínica, dicho paciente solicitó a través de su médico de cabecera una consulta de Oftalmología y fue citado en las Consultas de Ambulatorio el día 15 de febrero de 2002, a las 18,30 horas, (la consulta según el volante que el propio reclamante aporta fue solicitado el 6 de febrero de 2002). El paciente acudió y fue atendido correctamente.



»Volvió a solicitar consulta el 16 de octubre de 2002 y quedó citado para el día 15 de enero de 2003, a las 9,30 horas en el Servicio de Oftalmología del Hospital hhhhh.

»A través de la historia clínica se comprueba que de dicha cita no queda ninguna constancia escrita en la historia clínica y dado que el paciente no menciona nada de esta consulta, podemos suponer que el paciente no acudió o decidió que no quería recibir asistencia”.

- Informe del director gerente del mismo hospital, de 11 de junio de 2003, en el que señala:

“En relación con dicha Reclamación destacamos que desde la fecha de su consulta de 15 de febrero de 2002 hasta el 16 de octubre en que volvió a solicitar nueva consulta, el paciente no tuvo ninguna relación con esta Institución Sanitaria. La petición de cita de 16 de octubre fue resuelta asignándole consulta para el Servicio Jerarquizado del Hospital hhhhh del día 15 de enero de 2003, consulta a la que no acudió. De la documentación aportada por el propio reclamante se deduce que la intervención quirúrgica en Clínica Privada se efectuó en febrero de 2003”.

**Tercero.-** Con fecha 13 de agosto de 2003, el médico inspector, Dña. ppppp, emite un informe que considera como hechos probados, entre otros, los siguientes:

“3.1.- El paciente D. xxxxx solicitó a través de su médico de cabecera una consulta de oftalmología el 6 de febrero de 2002, según la solicitud de consulta que aporta en su reclamación, por disminución de la visión y fue citado en la consulta de Oftalmología del Ambulatorio hhhhh para el día 15 de Febrero de 2002, donde fue atendido graduándosele la vista previa comprobación de su agudeza visual. El paciente era portador de gafas según él mismo manifiesta, por padecer miopía.

»3.2.- Ocho meses más tarde y concretamente el 16-10-02, según consta en el Servicio de Admisión del Hospital hhhhh de xxxxx, el paciente volvió a solicitar consulta esta vez al servicio jerarquizado. El reclamante no aporta en este caso copia de la solicitud de consulta de esa fecha por lo que no es posible comprobar si, como afirma, el médico le había pedido la consulta de



modo preferente. El paciente queda citado para el día 15 de enero de 2003 a las 9:30 horas en el Servicio de Oftalmología del Hospital hhhhh. A través de la historia clínica se comprueba que en dicha consulta se le esperaba, tal y como atestigua la historia preparada y las etiquetas emitidas para ese día, sin embargo no queda ninguna constancia escrita de que el paciente se hubiera presentado, por lo que se deduce que no acudió, desconociéndose la razón de su ausencia.

»3.3.- Tal y como manifiesta el reclamante en su escrito, en un determinado momento, sin precisar en qué fecha, decide acudir a una consulta privada de oftalmología donde le indicaron que procedía operarse de cataratas. Se desconoce cuándo acudió a la misma por primera vez, o en qué fecha concretamente tuvo lugar la intervención ya que lo único que aporta el reclamante es un informe de la Clínica Oftalmológica del Dr. ddddd de fecha 12-02-03, donde se dice que el paciente ha sido operado de cataratas en ambos ojos con colocación de lentes intraoculares. Al desconocer la fecha concreta de la intervención se deduce que ésta tuvo que producirse el 10-02-03, ya que ese día inició su proceso de baja laboral por 'cataratas', además de que en el informe privado, el oftalmólogo indica como fecha de la primera revisión el día 11-02-03.

»3.4.- En su escrito de reclamación D. xxxxx, no dice cuándo le avisaron desde el Hospital, del día en que tenía que acudir a la consulta de Oftalmología del H. hhhhh, pero obviamente dicho aviso tuvo que producirse antes del 15 de enero de 2003, fecha para la que estaba citado”.

Entre las varias consideraciones del informe, cabe destacar:

“4.3.- El paciente de forma totalmente voluntaria optó por los servicios de una clínica oftalmológica privada donde al parecer fue intervenido el 10 de febrero de 2003, de cataratas en ambos ojos con implante de lentes intraoculares.

»4.4.- En su escrito D. xxxxx, dice que tomó la decisión de acudir un centro privado porque no le avisaban de la consulta del Hospital y necesitaba, por su trabajo, ser atendido cuanto antes. Sin embargo es obvio que el aviso para ir a la consulta del Hospital tuvo que producirse antes del 15 de enero y no después del 10 de febrero; por lo que resulta incongruente la



afirmación del reclamante cuando indica que le avisaron para ir a consulta de oftalmología, cuando ya estaba operado”.

Concluye finalmente:

“El paciente D. xxxxx, estando citado para ser atendido en el Servicio de Oftalmología del Hospital hhhhh de xxxxx (Unidad hhhhh) no acudió a la consulta y decidió, libremente, optar por los servicios de un centro oftalmológico privado para ser operado de cataratas; decisión que no justifica que los gastos ocasionados deban ser satisfechos por el servicio público de salud”.

**Cuarto.-** Figura en el expediente el dictamen médico de la doctora zzzzz, especialista en oftalmología, entre cuyas consideraciones cabe destacar:

“El reclamante dice que en la clínica privada le explicaron que tenía una miopía progresiva agravada por la catarata y que no vieron en su anterior consulta en la Seguridad Social. Pues bien, él mismo en la reclamación refiere que en la primera consulta que realizó en la Seguridad Social le dijeron que tenía una miopía que se podía estabilizar o agravar. Aunque en el informe que ese día emitió el oftalmólogo no consta por escrito la existencia de cataratas, es muy probable que hiciese mención de ellas pues la explicación que le dio sobre la miopía y a la que el reclamante hace referencia es muy habitual cuando existen cataratas. Conforme las cataratas progresan, con gran frecuencia el ojo se va haciendo miope y es necesario ir modificando la graduación hasta que esté indicado operarlas. En cualquier caso, en esta ocasión, la presencia o no de catarata no tenía mayor trascendencia ya que de ningún modo existía una indicación para operarla, pues la agudeza visual era más que suficiente para desarrollar una vida normal. (...).

»La segunda vez que el paciente solicitó consulta en la Seguridad Social, se le facilitó una cita para tres meses después. Una demora de tres meses en este tipo de patología por lo general es aceptable. El paciente no acudió a esta consulta en la que el oftalmólogo habría valorado la catarata y el grado de prioridad con que habría tenido que intervenirse”.

Las conclusiones son:



“La primera vez que el paciente acudió a consulta de oftalmología a la Seguridad Social tenía una buena agudeza visual corregida y no estaba indicada la intervención de catarata.

»Desde que el paciente solicitó por segunda vez consulta de oftalmología en la Seguridad Social hasta la fecha de la cita transcurrieron tres meses. Este tiempo de espera no se considera excesivo para una catarata.

»El paciente no acudió a esta segunda cita en el Hospital hhhhh y decidió voluntariamente hacer uso de la Sanidad Privada en donde se operó de las cataratas.

»La cita que tenía en el Hospital hhhhh y a la que no acudió era anterior a la fecha en que se operó de cataratas en la clínica privada.

»La asistencia prestada en el Hospital hhhhh fue adecuada”.

**Quinto.-** El 12 de diciembre de 2003 se otorga el trámite de audiencia al interesado, sin que conste que éste haya formulado alegaciones.

**Sexto.-** El día 31 de agosto de 2006 el Director General de Administración e Infraestructuras firma la propuesta de orden de la Consejería de Sanidad, desestimando la reclamación.

**Séptimo.-** El 7 de septiembre 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 el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Al respecto, este Consejo entiende justificada la tramitación de la solicitud por el procedimiento señalado. 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.

No obstante sí debe censurarse el gran retraso en la tramitación del procedimiento, en concreto el tiempo transcurrido entre el trámite de audiencia y la formulación de la propuesta de orden.

**3ª.-** Concurren en el interesado 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.

El interesado 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 31 de agosto de 2006 del Director General de Administración e Infraestructuras, en el sentido de que debe desestimarse la reclamación del interesado.

Tal y como se señala en la propuesta de resolución, debe valorarse si se ha producido una denegación de asistencia o un error de diagnóstico que haya producido en el paciente la necesidad de acudir a la medicina privada para el restablecimiento de su salud.

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 para que el paciente abandonara la atención de la sanidad pública, y decidiera acudir a la privada, sometiéndose a una intervención en la misma.

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 (Sentencias 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 un error de diagnóstico en circunstancias que implicaran objetivamente la necesidad de acudir a la medicina privada.

El informe de la doctora zzzzz alude a que es muy probable que el día de la primera consulta se hiciese mención de las cataratas, aunque no por escrito; es decir, parece indicar que posiblemente padeciera entonces ya cataratas el reclamante y por la explicación que le dieron, es muy probable que se hiciese mención a ellas ese día. Debe tenerse en cuenta que, en relación con estas afirmaciones, el reclamante no ha replicado.

En todo caso, incluso admitiendo que hubiera ese inicial error de diagnóstico de cataratas, tampoco parece justificada la decisión de operarlas en la medicina privada, pues, descubierto el posible error, la medicina pública podía haber solucionado la dolencia, sin que las circunstancias que constan en el expediente permitan deducir que pudiera producirse una pérdida de confianza en los medios públicos con base suficiente para acudir al tratamiento fuera de ellos.

En ese sentido cabe comentar que tampoco el citado informe –que parte de que no hay constancia de que la segunda citación fuera preferente– considera excesivo, en principio, el tiempo de espera para la citación del 15 de enero de 2003. Por otro lado, aunque no cabe dar por seguro que la cita no



fuera preferente –en cuyo caso la espera sería excesiva–, pues la Administración, con su documentación, debía haber rebatido la afirmación del reclamante, lo cierto es que aquél tampoco ha efectuado alegación alguna insistiendo en el carácter preferente de la segunda citación. En cualquier caso, incluso suponiendo que siendo preferente no se le citara con fecha más temprana, parece que antes de acudir a operarse por la sanidad privada debería haber insistido, al menos una vez, tratando de aclarar la posible demora en la repetida cita. Por último, el reclamante tampoco rebate o contesta la afirmación del informe de que el tiempo de espera era excesivo.

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

### **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 D. xxxxx debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

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