



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero y
Ponente

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, 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 15 de noviembre de 2007, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx en nombre y representación de su hijo D. ccccc*, 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 25 de septiembre de 2007 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo, sobre *expediente de responsabilidad patrimonial por reclamación presentada por D. xxxxx en nombre y representación de su hijo D. ccccc, de 21 años de edad, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Hospitalario de xxxxx.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 27 de septiembre de 2007, se procedió a darle entrada en el Registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 931/2007, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión de 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 el Sr. Presidente en funciones del Consejo, correspondió su Ponencia al Consejero Sr. Fernández Costales.



Primero.- Mediante escrito registrado el 3 de noviembre de 2004, dirigido a la Gerencia de Salud de Área de xxxxx, se formula reclamación de indemnización de daños y perjuicios por D. ccccc, representado por D. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Hospitalario de xxxxx.

El reclamante expone en su escrito que, como consecuencia del retraso en la sanidad pública, su hijo estuvo demasiado tiempo en la lista de espera para realizarle una artroscopia, realizándose ésta el 13 de octubre de 2004, en la que se comprueba la desinserción total del menisco externo, quedándole la duda de si habiéndosele realizado en su momento, es decir, hace casi nueve meses, hubiera tenido mejor pronóstico del que ahora tiene, que es bastante pesimista.

Solicita: "(...) que ante la falta de cualquier solución por parte del hospital y habiendo tendido yo que buscar las medidas necesarias para solucionar me sean reintegrados en su totalidad los gastos que esto ocasione".

Segundo.- El Jefe de Asistencia Sanitaria e Inspección responde al interesado mediante oficio de 14 de diciembre de 2004, en los términos siguientes: "En contestación a su escrito del pasado 2 de noviembre de 2004, referente a la situación clínica e inclusión en lista de espera de su hijo ccccc, le informo que puede ser visto para una 2ª opinión en un Centro de referencia, por lo que si está de acuerdo se ruega pase por esta Gerencia de Salud para gestión de realización del tratamiento".

Tercero.- Requerido para que comunique la evaluación económica de los daños y perjuicios presuntamente ocasionados por la Administración, D. xxxxx manifiesta, mediante escrito de 21 de enero de 2005: "En contestación a su escrito de fecha 18 de enero de 2005, por el que requerían la cuantificación económica de la responsabilidad patrimonial presentada en su día, adjunto se remiten las tres facturas originales del Hospital hhhhh de xxxxx correspondientes a la asistencia sanitaria prestada a D. ccccc por un importe total de 693,66 €".

Cuarto.- Al expediente administrativo se incorpora la siguiente documentación:



I.- Informe del Jefe de Servicio de Traumatología, de fecha 21 de diciembre de 2004, en el que se señala lo siguiente:

“El enfermo fue incluido en lista de espera con fecha 23 de marzo de 2004 para cirugía artroscópica de rodilla izquierda, a raíz del informe de R.M.N. del 27-1-2004, en el que se describía la existencia de una rotura localizada del cuerno posterior del menisco externo. En ningún momento el lesionado o la familia manifestaron su deseo de llevar a cabo la intervención en breve plazo. Es más, avisado el enfermo para intervención pocos meses después, informó que deseaba posponer la intervención hasta al menos el 15-9-2004. Ello motivó que en su momento cursase el estudio preoperatorio, que se realizó el 17-8-2004, siendo realizada la intervención, como se sabe, el 13 de octubre de 2004”.

II.- Informe clínico de Traumatología de 30 de noviembre de 2004, en el que se señala:

“Paciente fue intervenido de cirugía artroscópica el 13-10-04 con el diagnóstico de presunción, tras la realización de R.M.N. el 27-1-04, de rotura localizada del cuerno posterior del menisco externo de la rodilla izquierda.

»En el acto quirúrgico y tras la realización de la artroscopia reglada, se objetiva una desinserción periférica extensa de gran parte del menisco externo sin observar otro tipo de lesiones del mismo. Al no disponer de los medios necesarios y considerar la gravedad de dicha lesión, se concluye el acto quirúrgico con la artroscopia diagnóstica. Se pone en conocimiento del paciente y de la familia dicha situación y se decide intentar canalización a otro Centro con experiencia en este tipo de lesiones.

»Una vez hablado y contactado personalmente con diferentes cirujanos ortopédicos, se comenta con la familia y se solicita R.M.N. para facilitar información completa y actualizada.

»Asimismo, la familia pone en mi conocimiento el contacto personal con un traumatólogo de hhhhh, a cuya situación no pongo objeciones, respetando siempre su decisión personal”.



III.- Informe emitido por la Inspección Médica, con fecha 22 de mayo de 2006, en el que se hace constar, en sus conclusiones, que "La asistencia prestada fue adecuada y no se demuestran daños y perjuicios".

IV.- Historia Clínica del paciente.

Quinto.- El 19 de septiembre de 2006 se concede trámite de audiencia al reclamante, presentando éste escrito de alegaciones el 10 de octubre de 2006, en el que manifiesta:

"Alegaciones al informe de la Inspección Médica sobre la Reclamación Patrimonial. (...).

»El informe aportado por el Jefe de Servicio de Traumatología del 21-12-2004 no me convence y será su palabra contra la mía. Como ya expusimos en su momento al hacer la reclamación de la intervención en la Privada, me reitero en el convencimiento de que nueve meses en lista de espera para una persona de 18 años es una vergüenza, teniendo además en cuenta, como bien exponen en el informe denegatorio, que mi mujer es D.U.E y trabaja en el Quirófano del Hospital General, cosa que ya hemos comprobado que no sirve para nada.

»Y dicho esto hacemos esta alegación convencidos de que servirá de poco por no decir que de nada y de que se ha cometido una irregularidad en todo este proceso.

»Referente al escrito recibido con fecha del 14-12-2004 del Jefe de Asistencia Sanitaria e Inspección para que pueda ser visto para una segunda opinión en un centro de referencia, les informo que ya fue operado el 29-11-2004 a causa de una rotura en la cara inferior del menisco externo en dicho centro privado".

Sexto.- Con fecha 22 de agosto de 2007, la Dirección General de Desarrollo Sanitario emite propuesta de resolución de carácter desestimatorio, que remite al Servicio de Normativa y Procedimiento de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.



El Director General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León formula Propuesta de Orden desestimatoria, mediante escrito de 3 de septiembre de 2007, "por entender que no se ha probado por el reclamante el daño insinuado ni la justificación y vinculación causal de los gastos soportados con respecto a la asistencia prestada en el Hospital General de xxxxx".

Séptimo.- El 5 de septiembre de 2007, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la Propuesta de Orden indicada.

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.

No obstante, es preciso destacar negativamente que se ha producido una demora injustificada en la tramitación del presente expediente, puesto que la reclamación fue formulada en noviembre de 2004, el trámite de audiencia fue concedido en septiembre de 2006 y la propuesta de orden fue elaborada en septiembre de 2007. Este retraso necesariamente debe considerarse como una



vulneración por parte de la Administración de principios y criterios relativos a su actuación recogidos en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, como los de eficacia, celeridad, eficiencia y servicio a los ciudadanos, entre otros.

3ª.- Concurren en el interesado los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992. 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.

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, 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, la reiterada doctrina del Consejo de Estado así como la de este Consejo Consultivo, 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.

Además, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria, no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites razonables), sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, con independencia del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de daños y perjuicios formulada por D. xxxxx en nombre y representación de su hijo ccccc, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Hospitalario de xxxxx.

El interesado ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la referida Ley 30/1992, esto es, antes de transcurrir un año desde la fecha del hecho causante.

6ª.- En cuanto al fondo de la cuestión planteada, estima este Consejo Consultivo, al igual que los órganos que han informado a lo largo del procedimiento, que procede desestimar la reclamación en los términos y por las razones que procedemos a exponer y analizar.

Es necesario destacar en primer lugar que, al tratarse de una responsabilidad en el ámbito sanitario, la obligación, como regla general, es de medios y no de resultados, lo que supone la utilización de aquellas medidas que conozca la ciencia médica y que se encuentren a disposición del profesional sanitario en el lugar donde se produce el tratamiento.



Se reclama el importe correspondiente a las facturas abonadas en la medicina privada como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en la misma, sin que aparezca justificada en modo alguno el abandono de la sanidad pública en la denegación de asistencia, que por otra parte el interesado ni alega ni prueba debidamente.

Tal y como se señala en la propuesta de resolución, 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 una denegación de asistencia que haya producido en el paciente la necesidad de acudir a la medicina privada para el restablecimiento de su salud. Pues bien, de los documentos obrantes en el expediente lo único que puede deducirse es que no se produjo una denegación de asistencia por parte de los servicios médicos públicos, sino que el reclamante los abandonó voluntariamente, acudiendo a los de la medicina privada.

No podemos considerar, tal y como se refiere en los informes incorporados al expediente, que se haya producido una situación de abandono o desatención del paciente por parte del Complejo Hospitalario de xxxxx.

No se acreditan por el reclamante los conceptos relativos a la asistencia prestada en el Centro Privado, sino que tan sólo presenta unos documentos que prueban el pago relativo a las facturas indicadas en los mismos; tampoco aporta informes o elementos probatorios de ningún tipo que permitan valorar la asistencia prestada y la situación en la que se encuentra.

Por otra parte, ha de señalarse que no existe en el expediente ninguna circunstancia que permita cuestionar la acomodación a la *lex artis* de la asistencia sanitaria prestada al interesado en el Complejo Hospitalario de xxxxx. Al respecto, concluye el informe de la Inspección Médica que "La asistencia prestada fue adecuada".

En este sentido debe recordarse que la carga de la prueba pesa sobre la parte reclamante de acuerdo con los viejos aforismos *necessitas probandi incumbit ei qui agit* y *onus probandi incumbit actori* y con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.



Por último, como destaca la jurisprudencia, en orden a las listas de espera habrá de determinarse si, en el caso concreto, el soportar o no una lista de espera constituye o no un daño antijurídico. Así, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en su Sentencia de fecha 29 de octubre de 2003, señala en su fundamento de derecho cuarto que “la lista de espera, no cabe duda que su existencia es inevitable. En este sentido vamos a traer a colación el texto del Fundamento de Derecho quinto de la sentencia del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 24 de Septiembre de 2001: Ello no obsta para dar la razón a la parte recurrente cuando afirma que los medios de la Administración no pueden ser ilimitados. Nadie pretende tal cosa. Ni respecto de la Administración sanitaria, ni respecto de ninguna otra. El llamado régimen “de cola”; es criterio -alumbrado de antiguo- que inspira la interpretación aplicativa de la regulación jurídica de los servicios públicos en general, y del servicio público sanitario, en particular. La disponibilidad de medios personales y materiales es siempre limitado, y con ello hay que contar (...) No se trata, pues, de exigir a la Administración que disponga de medios ilimitados -lo que sería antijurídico por ir contra la naturaleza de las cosas y hasta contra el mismo sentido común- sino de probar que los medios materiales y personales disponibles, dentro del sistema estaban operativos y ocupados en atender a pacientes que habían entrado antes en el sistema por ocupar un puesto anterior en la cola”.

Asimismo, en su fundamento de derecho quinto mantiene que “En concordancia con la doctrina expuesta, esta misma Sala y Sección de la Audiencia Nacional en sentencia de 31 de mayo de 2000 había establecido: (...) Que para la prestación del servicio sanitario la Administración tiene un deber de puesta de medios, pero dispone de unas medios materiales y humanos limitados, medios que gestiona y con los que tiene que atender, en función de la organización sanitaria cierto número de beneficiarios. En este contexto la llamada lista de espera es una realidad en sí jurídica y como tal tiene su previsión legal. Así se deduce, por ejemplo, del artículo 16.2 de la Ley 4/86, de 25 de abril, General de Sanidad en relación con el artículo 28.2 del RD 521/87, de 15 de abril, sobre Hospitales gestionados por el Insalud; también se refleja en la OM de 1 de marzo de 1999 o en el acuerdo 4º de la Resolución de 26 de octubre de 1998; es más, algunas normas autonómicas regulan esa realidad como es la Ley Foral 12/1999, de 6 de abril, o la Ley 2/1989, de 1 de abril del Servicio Aragonés de Salud. (...) Que desde la juridicidad de la lista de espera y al margen del reintegro de gastos, en centros privados, cabe entender que



serán daños jurídicos, luego existe el deber jurídico de soportarlos, los que se refieran a las molestias de la espera, precauciones y prevenciones que hay que tener en tanto llega el momento de la intervención, la desazón que implica o la rebaja que esto suponga en calidad de vida por controles o vigilancia del padecimiento hasta la operación. Por contra el daño que se sufra será antijurídico cuando venga dado por una lista en sí mal gestionada o irracional, de duración exagerada o cuando hubiere un error en la clasificación de la prioridad del enfermo o cuando en el curso de esa espera se produjesen empeoramientos o deterioros de la salud que lleven a secuelas irreversibles o que sin llegar a anular, sí mitiguen la eficacia de la intervención esperada”.

Expuesta la doctrina sobre la responsabilidad patrimonial derivada de la asistencia sanitaria en relación con las denominadas “listas de espera”, debe considerarse que en el caso presente no concurre daño antijurídico relativo a la lista de espera, o que la misma hubiese justificado el abandono de la sanidad pública.

Continuando con la cuestión relativa a la lista de espera aludida en el escrito inicial del reclamante, ha de precisarse que lo que señala es “mi profundo disgusto y malestar por el trato recibido por mi hijo estando tanto tiempo en espera; con el agravante de que se le realiza la artroscopia el día 13 de octubre de 2004 y se comprueba la desinserción total del menisco externo quedándome con la duda si habiéndosele realizado en su momento, es decir hace casi nueve meses, hubiera tenido mejor pronóstico del que ahora tiene que es bastante pesimista”.

Tal y como se subraya por el Consejo de Estado, entre otros en el Dictamen núm. 2.241/1999, de 23 de septiembre, la efectividad del daño, es *condictio sine qua non* de la pretensión indemnizatoria, que exige que aquél sea real y cierto, quedando excluidos del concepto de lesión resarcible los daños futuros hipotéticos o de producción incierta y cualquiera desprovisto de la más mínima certidumbre. En el presente supuesto, no existe la más mínima actividad probatoria respecto del daño producido; por otra parte, tan sólo se alude al malestar y disgusto ocasionado y a la duda de si hubiere tenido mejor pronóstico.

Además de no acreditarse daño alguno referido a las listas de espera, los informes que obran en el expediente, tal y como indica el Informe de



Inspección Médica de 22 de mayo de 2006, ponen de manifiesto que la gestión de la lista de espera fue correcta. Por otro lado, en los supuestos de existencia de listas de espera -como en el presente asunto- se debe valorar si el beneficiario se dirigió o realizó gestión alguna a fin de priorizar o ser hospitalizado con mayor prontitud, lo cual no consta que se hiciera en modo alguno con anterioridad a la realización de la artroscopia de 13 de octubre de 2004.

Finalmente, debe señalarse que no aparece justificado que el reclamante acudiera a la medicina privada; no existe base legal para justificar haber elegido la medicina privada y pretender que ello sea a costa de la sanidad pública, a través de una indemnización de daños y perjuicios. Además, tampoco ha quedado probado que se está ante una asistencia sanitaria de carácter urgente, inmediata y vital, que pueda dar lugar no ya a una indemnización de daños y perjuicios como tal, sino al derecho al reintegro de los gastos médicos ocasionados en la medicina privada, en los términos contenidos en el artículo 5.3 del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de las Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social.

Al respecto, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestar que los usuarios de los servicios del sistema sanitario público no tiene derecho a elegir entre la medicina privada y la pública, al recordar que la obligación asistencial tiene unos límites coherentes con los principios de eficacia, igualdad en los servicios prestados y limitación de medios, en un sistema de proyección a una cobertura de vocación universal. El acudir a la medicina privada tiene carácter excepcional, a justificar por el beneficiario ante los Tribunales, quienes deberán proceder con criterio cauteloso con la finalidad de evitar conceder el reintegro de cantidades devengadas por cuidados médicos en clínicas privadas, los que pudieron ser prestados en instituciones de la Seguridad Social, que disponen de medios técnicos y humanos muy cualificados, siendo éstos marginados o dejados de lado, en la mayoría de las ocasiones, en base a decisiones arbitrarias o por intereses profesionales, o de excesivo, aunque humanamente comprensible, afán familiar de agotar todo tipo de posibilidades terapéuticas. En este sentido se pueden citar, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1988, 6 de febrero de 1990 y 5 de marzo de 1991; así como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de octubre de 1997.



No obstante, si el interesado, en pleno ejercicio de su libertad, decidió acudir a la medicina privada para recibir la asistencia que se le pudo prestar en el sistema público sanitario -opción que es perfectamente legítima-, ello no justifica que los gastos devengados deban ser abonados por la Administración.

De todo lo expuesto, resulta claro que el paciente fue debidamente tratado, dentro de las posibilidades existentes en una medicina de medios y no de resultados, quedando acreditado que la asistencia sanitaria prestada por la sanidad pública era la adecuada.

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, en nombre y representación de su hijo ccccc, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Hospitalario de xxxxx.

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