



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero y
Ponente

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 27 de mayo de 2010, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. 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 28 de abril de 2010 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. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada por los servicios sanitarios públicos.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 30 de abril de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 500/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Madrid López.

Primero.- El 9 de mayo de 2008, Dña. xxxxx, de 30 años de edad, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a la deficiente asistencia sanitaria que le fue prestada por los servicios sanitarios públicos de xxxxx. Refiere que, por imposibilidad de encontrar soluciones en la salud pública por padecer obesidad mórbida, optó por la alternativa de la medicina



privada. Solicita el reintegro del gasto que le ha causado someterse en un hospital privado a un tratamiento de cirugía bariátrica.

En su escrito expone la evolución de su enfermedad desde los 11 años y manifiesta que "A partir de ese momento comienza mi peregrinaje por profesionales de todo tipo, los primeros años la ayuda prestada fue a través del médico de familia que una y otra vez me remetía a la enfermera quien probó todo tipo de dietas conmigo y tras varios fracasos decidieron prestarme un poco más de atención, enviándome a numerosos endocrinos, por el ejemplo el doctor (...) o el doctor (...) por no contar mis innumerables intentos a través de la medicina privada para encontrar una solución (...).

»A la edad de los 18 años todo esto desemboca en una enfermedad, llamada bulimia (...). Durante dos años recibí ayuda en el centro de salud mental que estaba situado en la C/xxxxx, sumando un fracaso más en mi vida y teniendo que recurrir a la medicina privada para buscar una solución que llegó 7 años más tarde (...). Superada esta enfermedad comienza una última etapa de 4 años, durante la cual mi elevado sobrepeso se ve aumentado en otros 30 kilos con todas las consecuencias que esto podía suponer. Durante estos 4 años, sus profesionales sabían que había un problema pero no me daban soluciones (...).

»(...) en junio de 2007 y tras una visita rutinaria a mi ginecólogo, descubre a través de una exhaustiva analítica, que mis índices de insulina son muy altos y por primera vez alguien me habla de la posibilidad de padecer obesidad mórbida. (...) Comienza de nuevo la cadena, acudo a mí médico de cabecera, quien no me niega que padezca esta enfermedad, pero me advierte a la vez de que como no soy un 'caso grave' mi espera ante una operación de este tipo puede oscilar entre 2 y 4 años (...).

»Ante la imposibilidad de encontrar soluciones en la salud pública me decidí a buscar alternativas por mi cuenta, y he de comunicarles que además en ese momento mi situación económica era muy precaria, me encontraba en una situación de desempleo por lo tanto la alternativa de la medicina privada iba a ser mi última opción".

Reclama, por ello, las cantidades satisfechas a la medicina privada, concretamente al Hospital hhhhh de xxxxx, cuyas facturas aporta y que



corresponden a la intervención, cuidados médicos, hospitalización y gastos de farmacia.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informe del endocrinólogo de cupo de 26 de junio de 2008, informe del médico de Atención Primaria de 3 de junio de 2008, informe de la Inspección Médica de 4 de septiembre de 2008, que concluye que "A la vista de los hechos reseñados y de las anteriores consideraciones, quien suscribe no aprecia negligencia alguna en la asistencia sanitaria prestada a Dña. (...) tanto a nivel de Atención Primaria como Especializada por lo que propone que no se acceda a su solicitud de indemnización económica" e informe médico pericial emitido a instancia de la Compañía Aseguradora sssss, de 15 de enero de 2009, que señala: "De acuerdo a la documentación analizada los profesionales intervinientes actuaron conforme a la *lex artis ad hoc* no existiendo indicios de mala praxis en las actuaciones analizadas".

Tercero.- Consta en el expediente escrito del Jefe de Servicio de Inspección de 18 de mayo de 2009, en el que comunica el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.

Cuarto.- Concedido el trámite de audiencia, la reclamante presenta un escrito de alegaciones en el que se ratifica en lo manifestado en su escrito de reclamación.

Quinto.- El 3 de marzo de 2010 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación presentada.

Sexto.- El 12 de abril la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la referida 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 de acuerdo con lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno, 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, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (9 de mayo de 2008) hasta que se formula propuesta de orden (3 de marzo de 2010). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente como una infracción de los principios y criterios que han de regir 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 la parte reclamante 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 reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Consta que se formuló el 9 de mayo de 2008, es decir, antes de transcurrir un año



desde la intervención realizada en la medicina privada, que tuvo lugar el 4 de octubre de 2007.

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.

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 3.583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3.251/2002) y de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 1.008/2005, de 1 de diciembre; 1.134/2005, de 12 de enero de 2006; 59/2006, de 19 de enero; y 300/2006, de 23 de marzo), 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 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.

No obstante, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con aquél que se pueda producir.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño viene determinado por el criterio de la *lex artis*. La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración Sanitaria y sus agentes estén obligados a poner a disposición del usuario todos los medios disponibles que hagan posible la protección de la salud, protección que no siempre alcanza un diagnóstico cierto rápido, una curación sin secuelas o una atención sanitaria en un determinado tiempo y sin espera. El paciente tiene derecho a que se le dispense una atención adecuada, según la *lex artis ad hoc*, y no a obtener un resultado curativo determinado, toda vez que la medicina no es una ciencia exacta; la *lex artis ad hoc* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño –por no ser éste antijurídico– cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, es necesario valorar si la asistencia prestada a la reclamante resulta ajustada a las exigencias de la *lex artis*, ya que alega que existió por parte de los servicios médicos una denegación de la



asistencia debida, lo que le obligó a acudir a la medicina privada, motivo, por lo tanto, de su pretensión indemnizatoria.

Es preciso tener en cuenta que la reclamación se interpone por denegación de asistencia debida, pero lo que realmente persigue es el reintegro de los gastos ocasionados por la intervención llevada a cabo en la medicina privada, lo que no debe efectuarse, al no tratarse de una asistencia inmediata, urgente y de carácter vital.

Para determinar si existe una responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de señalar que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante, es preciso verificar si en el presente caso se produjo una pérdida de oportunidad, esto es, si se ha agravado la situación de la paciente por la tardanza en su tratamiento, así como determinar si el tratamiento que recibió era el adecuado a la patología que presentaba.

Por parte de la reclamante no se ha logrado acreditar que existiese denegación de la asistencia debida, puesto que todas las actuaciones que se llevaron a cabo en la sanidad pública fueron las correctas según la patología que presentaba, siendo la decisión de acudir a la medicina privada libremente adoptada por aquélla, sin que se viese obligada o abocada a ello por el tratamiento dispensado en la sanidad pública.

El informe del médico de Atención Primaria de 3 de junio de 2008 expone que: "Cuando decidió operarse en la Sanidad Privada hacía poco que había pasado a mi cupo. Yo le comenté que este tipo de intervención era mejor realizarla en la sanidad pública pues si ocurría alguna complicación, la Sanidad Pública hoy por hoy, está mejor preparada y además si surgen ciertos problemas se encarecen los tratamientos cosa que no ocurre en la sanidad pública.

»No obstante la paciente ya estaba decidida y yo hube de respetar su decisión procurándole la mejor atención médica y de enfermería de acuerdo con las posibilidades de la Atención Primaria".

En la historia clínica que consta en el expediente se pone de manifiesto que las actuaciones llevadas a cabo, tanto en la Atención Primaria como en la Especializada, desde el 17 de noviembre de 1997, fueron correctas. Se detectó



el sobrepeso de la paciente, que fue estudiada y controlada analíticamente en diversas ocasiones en las que se descartó patología orgánica causante de su sobrepeso y de su daño consecuente. Dado que ya había abandonado voluntariamente los programas de adelgazamiento en los que había sido incluida por el Servicio de Endocrinología y Nutrición de la Sanidad Pública, la reclamante decidió abandonar a su vez voluntariamente la medicina pública y acudir a un centro privado donde se sometió a cirugía bariátrica, sin que esta cirugía, según manifiesta la SECO (Sociedad Española de Cirugía de la Obesidad), tal y como recoge el informe de la Inspección Médica, fuera la opción más indicada si se atiende a la situación clínica de la paciente en el momento en que estaba siendo tratada en la sanidad pública.

El informe de la Inspección Médica, en relación con la cirugía bariátrica, indica que, tal y como señala la SECO, debe realizarse en hospitales que dispongan de unidades especializadas con endocrinólogos, cirujanos generales, anestelistas y psiquiatras en coordinación con los equipos de Atención Primaria.

Esta cirugía está indicada exclusivamente en aquellos pacientes con un índice de masa corporal mayor de 40 o con un índice superior a 35 que presentan enfermedades graves en relación con la obesidad (cardiopulmonar grave, diabetes, mellitus, enfermedad articular potencialmente tratable o apnea del sueño), con una historia clínica de al menos 5 años de obesidad y fracaso de tratamientos médicos bien controlados.

El informe indica en relación con la paciente que: "Estas circunstancias no se daban en las fechas en las que la paciente reclamante ha sido atendida en el Servicio de Endocrinología y Nutrición, cuyos programas de adelgazamiento y seguimiento abandonó voluntariamente".

En el informe elaborado a instancia de la compañía aseguradora sssss se señala expresamente que la paciente abandonó en reiteradas ocasiones el seguimiento que de su patología se hacía en la medicina pública y que la cirugía de la obesidad no es una urgencia vital; y menos en el presente caso, en el que la paciente presenta una obesidad con un IMC inferior a 40m y sin otras complicaciones asociadas. El citado informe indica que el médico de Atención Primaria manifestó a la paciente que este tipo de intervenciones no solo estaban disponibles en la medicina pública sino que su recomendación era realizarla en el seno de la misma.



La reclamante alega que tendría que esperar de dos a cuatro años para que en la sanidad pública se realizara esta intervención. Es cierto que existe una lista de espera que genera retrasos en la programación, pero esto no implica que en este caso se generara un retraso injustificado que motivara la decisión de la reclamante de acudir a la medicina privada, pues tal y como se deduce de los informes de sssss y de la Inspección Médica, dicha intervención no tenía carácter de urgente, por lo que no existía una necesidad perentoria de someterse a ella.

Por todo lo expuesto, puede concluirse que las actuaciones llevadas a cabo en la sanidad pública fueron realizadas conforme a la *lex artis* y la patología que presentaba la paciente quien decidió libre y voluntariamente acudir a la medicina privada, por lo que en ningún momento puede hablarse de denegación de asistencia.

Tal y como manifiesta numerosa jurisprudencia, en nuestro sistema sanitario no existe derecho de opción entre la sanidad pública y la privada, que tiene carácter excepcional por lo que debe justificarse por el beneficiario ante los tribunales, quienes debieron proceder con criterio cauteloso para evitar conceder el reintegro de unas cantidades devengadas por cuidados médicos que pudieran prestarse en instituciones de la Seguridad Social que disponen de medios técnicos y humanos cualificados.

En conclusión, debido a la ausencia de relación causal entre los daños alegados por la reclamante y el funcionamiento del servicio público sanitario, no debe declararse la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Todo ello sin negar, obviamente, el legítimo derecho del paciente a acudir a la sanidad privada, en cuyo caso las consecuencias económicas de tal decisión no pueden ser trasladadas, sin más, a la Administración titular del servicio sanitario público.

III CONCLUSIONES

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



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

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

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