



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, 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 30 de septiembre de 2010, 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 30 de agosto 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 D. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 2 de septiembre de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 988/2010, 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. Pérez Solano.

**Primero.-** El 11 de diciembre de 2008 D. xxxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Junta de Castilla y León, debido a los daños y perjuicios derivados de la deficiente asistencia sanitaria prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1.



Expone que el 3 de mayo de 2007 ingresó en el hospital tras sufrir un *ictus* isquémico y se le pautó tratamiento farmacológico. Con posterioridad sufrió "otros tres accidentes isquémicos, siendo el último, el más grave, el día 4 de diciembre de 2007", que es diagnosticado como "infarto frontal izquierdo de etiología embólica" y "foramen oval permeable con shunt derecha izquierda", y para cuyo tratamiento se prescriben diversos fármacos.

Ante la repetición de los problemas vasculares, solicitó información sobre un posible tratamiento quirúrgico de su dolencia; afirma que el Servicio de Neurología le comunicó que no existía la operación quirúrgica a que aludía ni tratamiento médico distinto del prescrito. Señala que, ante ello, acudió a la Clínica hhhh2 de xxxx2, donde confirmaron el diagnóstico y le practicaron un cateterismo y un cierre percutáneo del foramen.

Considera que no se pusieron a su disposición todos los medios precisos para la recuperación de su salud -en concreto, la cirugía reclamada-, por lo que tuvo que desplazarse a un centro privado para ser intervenido quirúrgicamente. Reclama, por ello, el abono de 11.700,18 euros por los gastos sufragados en dicho centro.

Adjunta a la reclamación copia de los informes de alta del Servicio de Neurología de 11 de mayo y 12 de diciembre de 2007, de dos informes médicos de la Clínica hhhh2 de xxxx2 de 31 de enero de 2008, de las facturas expedidas por dicho centro médico, de la solicitud de reintegro de gastos y de la Resolución de 11 de marzo de 2008, denegatoria de la petición.

**Segundo.-** Obra en el expediente la historia clínica del reclamante, el expediente tramitado ante la solicitud de reintegro de gastos médicos, un informe de la Sección de Neurología de 23 de enero de 2009 y un informe de la Inspección Médica carente de fecha.

**Tercero.-** Concedido el trámite de audiencia, no consta la presentación de alegaciones.

**Cuarto.-** El 14 de junio de 2010 la Directora General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula una propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.



**Quinto.-** El 11 de agosto de 2010 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente.

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, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (11 de diciembre de 2008) hasta que se efectúa la propuesta de orden (14 de junio 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 el reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la 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.

**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, 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.

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 aquel 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, que está, 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.

Quiere con ello decirse que, incluso en aquellos supuestos en los que pudiera producirse un error de diagnóstico, de tal circunstancia no cabe derivar automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez



que pueden producirse situaciones en las que la evolución silente de la dolencia u otras circunstancias, hayan impedido acertar con el diagnóstico, a pesar de la correcta actuación seguida a tal fin por los servicios sanitarios.

Finalmente debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 16 de marzo de 2005 y de 7 y 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), según la cual "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida".

**5ª.-** El presente expediente suscita, en primer lugar, la distinción entre los reembolsos de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, en los casos que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, y los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración propiamente dichos.

El reintegro de los gastos médicos satisfechos en el ámbito de la sanidad privada se encuentra regulado actualmente en el artículo 4 del Real Decreto 1.030/2006, 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, que deroga el Real Decreto 63/1995, de 30 de enero, sobre ordenación de prestaciones sanitarias del Sistema Nacional de Salud. Dicho precepto en su apartado 3 dispone:

"La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En estos casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma 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. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que



España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero”.

A juicio del Consejo Consultivo, no concurren en el presente caso, como luego se expondrá, los requisitos de urgencia, inmediatez y carácter vital que podían haber determinado el resarcimiento de la pretensión de la reclamante por la vía del reintegro de gastos.

En efecto, la jurisprudencia ha entendido, de forma reiterada, que el citado precepto únicamente faculta para exigir el reintegro de gastos ocasionados por la asistencia sanitaria privada, cuando tal asistencia venga exigida por un proceso de urgencia vital inmediata en que no se hayan podido utilizar los servicios públicos oportunamente (supuesto que ha de interpretarse de manera estricta), de modo que se trate de un proceso morbosos que entrañe un grave riesgo para la vida o integridad física del beneficiario, que dicho riesgo sea inmediato y extremado y que, precisamente en razón de esa perentoriedad en la asistencia, no pueda demandarse ésta de los servicios públicos por intensificarse el riesgo con la demora en acudir a estos últimos (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1988).

Sobre el concepto de urgencia vital, el Tribunal Supremo tiene declarado que “siendo dos acepciones que el término «vital» tiene en el Diccionario de la Real Academia Española («pertenciente o relativo a la vida» y «de suma importancia o trascendencia»), el problema interpretativo que presenta el art. 5 R.D. 63/1995 consiste en precisar si la urgencia vital se refiere únicamente al peligro de muerte inminente o si debe también incluir la pérdida de funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona. Conclusión esta última que es la que se impone, pues si el autor de la norma reglamentaria hubiera querido restringir los supuestos a los propios de la primera acepción, así lo hubiera indicado (por ejemplo, con la expresión «peligro inminente de muerte»), de manera que la utilización de una fórmula más amplia ha de interpretarse acorde a la segunda de las acepciones («suma importancia o trascendencia»), indudablemente comprensiva de los riesgos relativos a la funcionalidad de órganos importantes (entre los que incluir los ojos); máxime teniendo en cuenta que el mandato constitucional sobre el derecho de protección a la salud (art. 43.1 CE ) «no permite una interpretación



mezquina del precepto que nos ocupa» (Sentencias de 20 de octubre de 2003 y de 4 de julio de 2007, de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo).

Es también reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencia de 4 de julio de 2007) según la cual “la asistencia urgente a estos efectos se define no por la mera urgencia de la atención, sino por el hecho de que esa urgencia determine la imposibilidad de acceso del beneficiario a los servicios de la Seguridad Social, al tratarse de «la aparición súbita de un cuadro clínico que requiere una inmediata atención, imposibilitando acudir al servicio médico asignado» (STS de 25/10/99 -rcud 760/99-, con cita de los precedentes de 25/09/86, 31/10/88, 13/10/94 -rec. 1.141/94-, 30/11/94 -rec. 293/94-, 08/02/95 -rec. 2.392/94-, 21/12/95 -rec. 1.967/95-, 08/03/96 -rec. 2.637/95- y 07/10/96 -rec. 109/96-; doctrina recordada en el voto particular de la STS 20/10/03 -rcud 3.043/02-); a lo que añade que es “razonable asimilar a tales supuestos aquellos otros en los que -mediando la referida urgencia, entendida en los términos amplios que se han precisado- la imposibilidad de atención por la medicina oficial venga determinada por la existencia de saturación de beneficiarios necesitados de las concretas prestaciones sanitarias [las llamadas «listas de espera»], obstativa de la prestación de los servicios médicos al interesado «en un plazo justificable desde el punto de vista médico», «habida cuenta de su estado de salud en ese momento y de la evolución probable de la enfermedad» (en tal sentido, la STJCE 2006/141 -Asunto Watts, de 16/Mayo-, remitiendo al art. 20 del Reglamento CE 83/2004 )”.

Por otra parte, como ya señaló el Consejo de Estado (*a.e.*, Dictámenes 269/2001, de 8 de noviembre de 2001; y 3.122/2004, de 20 de enero de 2005), los supuestos de denegación injustificada de asistencia (así como los errores en el diagnóstico o en el tratamiento), antes encuadrados dentro del régimen de reintegro de gastos, deben ahora tramitarse a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sentencias de 11 de abril, 17 de octubre y 17 de noviembre de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Valladolid), que incluye también en estos procedimientos los supuestos de retraso injustificado en prestar la asistencia debida.

Si se opta, como ocurre en el presente caso, por orientar la reclamación por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, hay que atenerse a lo dispuesto en 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, y examinar la pretensión indemnizatoria del reclamante desde esta perspectiva.

**6ª.-** En cuanto al fondo del asunto, este Consejo Consultivo comparte el criterio recogido en la propuesta de orden y considera que la reclamación debe desestimarse.

El reclamante, de 49 años de edad, alega que no se pusieron a su disposición todos los medios sanitarios disponibles, ya que, tras sufrir varios accidentes isquémicos, le fue pautado tratamiento farmacológico en vez de quirúrgico, por lo que tuvo que acudir a un centro médico privado para someterse a la cirugía.

Sin embargo, a la vista de los informes médicos emitidos, se considera adecuado a la *lex artis* el tratamiento farmacológico pautado al paciente.

En los informes del Servicio de Neurología (folios 35, 36 y 54 del expediente) se pone de manifiesto la inexistencia de consenso sobre el tratamiento de un paciente con ictus cuando se encuentra la presencia de un foramen oval permeable (aunque, en general, se aconseja tratamiento antiagregante o anticoagulante, también existe la posibilidad de cierre por cirugía abierta -que no se usa dados los riesgos que presenta- y de cierre percutáneo). También se afirma que no se dispone de datos fiables sobre cuál de los tres tratamientos es más eficaz para evitar la recurrencia de los ictus en paciente con foramen oval permeable, que no hay suficientes datos en la literatura que apoyen el beneficio del cierre percutáneo -ni por cirugía abierta- (aunque algunos autores apoyen su realización en determinadas circunstancias) y que existen ensayos clínicos en marcha para evaluar dicho procedimiento. Ante esta situación, dado que el cierre percutáneo es un tratamiento invasivo, las guías de actuación nacionales e internacionales no recomiendan su uso generalizado y limitan su uso a ensayos clínicos que pueden ayudar a aclarar la cuestión. No obstante, se indica que esta técnica sí se realiza en determinados centros a criterio del médico y en casos concretos y que está también disponible en varios servicios de cardiología del Servicio de Salud de Castilla y León.

La médico inspector corrobora el criterio del Servicio de Neurología y afirma que el paciente recibió la debida asistencia sanitaria en sus dos ingresos



hospitalarios y que el tratamiento pautado fue médico y no quirúrgico “por no considerar ese servicio, según las guías clínicas, como primera opción el cierre percutáneo (tratamiento quirúrgico)”.

En cualquier caso, fue el interesado quien, de forma voluntaria y por su propia iniciativa, acudió al centro médico privado y requirió expresamente abandonar el tratamiento con anticoagulantes, por lo que se practicó el cierre percutáneo el 30 de enero de 2008. Y esta actitud la adoptó sin que existiera motivo urgente que lo hiciese necesario y sin esperar a las alternativas que le pudiera haber ofrecido la sanidad pública ante la solicitud de orden de asistencia a petición propia para acudir a la clínica privada presentada el 25 de enero anterior (el 5 de febrero se le comunicó que se le prestaría asistencia sanitaria en xxxx1 o en el centro público de referencia correspondiente).

Por ello, la reclamación debe desestimarse.

### **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 fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1.

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