



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y

Ponente

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 le 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 990/2010, 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. Nalda García.

Primero.- El 6 de marzo de 2008 D. xxxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a la defectuosa asistencia sanitaria recibida y los perjuicios económicos derivados de la necesidad de acudir a un centro sanitario privado, al no haber sido atendido debidamente su problema ocular en la sanidad pública.



El reclamante considera que se le prestó una deficiente asistencia médica en el Hospital hhhh1 de xxxx1 al ser intervenido en su ojo derecho de desprendimiento de retina los días 15 de octubre y 23 de noviembre de 2007. Ante lo insatisfactorio del resultado de las intervenciones y las manifestaciones del médico que lo atendió decidió acudir a la Clínica hhhh2 de xxxx2, donde fue intervenido el 3 de enero de 2008.

Adjunta a la reclamación solicitud de prestación de reintegro de gastos, copias del DNI y de la tarjeta sanitaria, diversos informes médicos y una serie de facturas de un centro oftalmológico privado, de billetes de avión y de hoteles.

Solicita una indemnización de 5.546,34 euros.

Segundo.- De acuerdo con los informes y documentos de la historia clínica que obran en el expediente, el proceso asistencial de la interesada puede resumirse del siguiente modo:

D. xxxxx, nacido el 5 de junio de 1933, presentaba como antecedentes médicos de interés al tiempo de acaecer los hechos que motivan la reclamación los de cataratas en evolución y desprendimiento de vítreo posterior en ambos ojos desde el año 2006 y el de miodesopsias en ambos ojos desde hacía 4 meses.

El 8 de octubre de 2007 acude al Servicio de Urgencias del Hospital hhhh1 de xxxx1 por pérdida de visión en su ojo derecho. En la exploración se aprecia que existe un desprendimiento de retina con mínima vitreorretinopatía (VRP) posterior, por lo que el 15 de octubre de 2007 se realiza cirugía del desprendimiento con cerclaje, punción del líquido subretiniano y crioterapia. Con anterioridad, el 11 de octubre de 2007, el paciente firma documento de consentimiento informado.

En el postoperatorio se observa el empeoramiento de la vitreorretinopatía. El 29 de octubre de 2007 se describe agudeza visual inferior a 0,10, con tensión ocular 24 mmHg y fondo de ojo similar. El 14 de noviembre de 2007 se describe de nuevo la existencia de VRP y se anota que se programa realizar facoemulsificación con implante de lente intraocular (L10) de + de 22



dioptrías de potencia de cámara poste vitrectomía, más intercambio con silicona. Ese día el paciente firma el nuevo documento de consentimiento informado para la cirugía.

El 23 de noviembre de 2007 se realiza intervención facoemulsificación del cristalino, vitrectomía posterior+aceite de silicona. En la cirugía se intenta la delaminación de la proliferación vítreo-retiniana, pero no se consigue aplicar la retina en su totalidad, por lo que persiste el desprendimiento.

Al paciente se le explica que el cuadro era de difícil solución porque había que realizar retinotomías extensas que no mejoran el pronóstico visual y de las cuales no había experiencia en el Servicio.

D. xxxxx acude a la Clínica Privada hhhh2 de xxxx2, en la que se somete a intervención quirúrgica el 3 de enero de 2008 mediante técnica de vitrectomía, apretado del cerclaje en la zona inferior, extracción bimanual del aceite de silicona, delaminación del tejido proliferativo, retinotomía periférica, extracción de membranas subretinianas, extracción de la membrana limitante interna, endofotocoagulación panretiana y recambio de aceite de silicona pesado.

El 18 de enero de 2008 se anota que D. xxxxx está citado en la consulta de Oftalmología del Hospital hhhh1 de xxxx1, pero el paciente no acude a dicha consulta. El 25 de febrero acude a consulta donde se anota que ha sido intervenido quirúrgicamente en el centro privado hhhh2. Se describe una agudeza visual de bultos en el ojo afectado, con retina aplicada y pliegues en la zona temporal macular con tensión ocular de 7 mm Hg. Se indica revisión en un mes y medio.

El 10 de marzo de 2008 se describe situación similar, sin molestias, con tensión ocular 8 mm Hg. El 10 de abril de 2008 se describe agudeza visual de bultos y se encuentra en el fondo de ojo retina con desprendimiento inferior y pliegues subretinianos, con tensión ocular de 7 mmHg. Se mantiene tratamiento mediante colirio PredForte/12 horas.

Tercero.- Constan en el expediente, además de la historia clínica del reclamante, los siguientes informes de unidades médicas y profesionales:



- Informe del Servicio de Oftalmología del Hospital hhhh1 de xxxx1 de 20 de febrero de 2007, en el que se recoge lo siguiente:

"Al paciente se le explicó que el cuadro era de difícil solución porque había que realizar retinotomías extensas, que no mejoraban el pronóstico visual y de las cuales no había experiencia en este Servicio.

»Al preguntar si podía ir a otro sitio, le contesté que por mi parte no había ninguna objeción. En centro privado le han realizado retinotomía y cambio de silicona, sin mejoría de agudeza visual (visión de bultos), y persistiendo desprendimiento de retina inferior y con pliegues de VRP".

- Informe de la Inspección Médica de 13 de noviembre de 2008, en el que se recogen las siguientes conclusiones:

"A.- El resultado insatisfactorio de las intervenciones quirúrgicas realizadas por el Dr. (...) no fue debido a negligencia ni descuido en su actuación sino a la propia patología que presentaba el paciente, vitreorretinopatía proliferante, que como ya se ha indicado, en la actualidad la cirugía no consigue frenar su desarrollo. Es una patología que continúa en investigación.

»B.- Tras estudio de la documentación clínica y de la literatura médica se estima que la actuación del Dr. (...) se ajustó a la *lex artis*.

»C.- El Sistema Público, en nuestro ámbito SACYL, no denegó a D. xxxxx la posibilidad de ser atendido en otro Centro Sanitario del Sistema Público.

»D.- xxxxx acudió a la Medicina Privada por decisión propia.

»Propuesta:

»D. xxxxx acudió a la Medicina Privada por decisión propia, sin causa objetiva que justificase tal decisión: la actuación del profesional sanitario, Dr. dddd1 se ajustó a la *lex artis* y no ha existido denegación de asistencia en el Sacyl, por lo que propongo el sobreseimiento y archivo de actuaciones".



- Informe de la compañía aseguradora del Sacyl de 26 de diciembre de 2008, que llega a idénticas conclusiones.

Cuarto.- Consta en el expediente escrito del Jefe de Servicio de Inspección de 26 de marzo de 2009, en el que comunica el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.

Quinto.- Notificado el trámite de audiencia, el 21 de mayo de 2009 el interesado presenta escrito de alegaciones en el que se ratifica en su pretensión.

Sexto.- El 7 de junio de 2010 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Séptimo.- El 14 de julio de 2010 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, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que la parte interesada presenta la reclamación (6 de marzo de 2008) hasta que se formula la propuesta de orden (7 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 la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por 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.

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, 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, 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 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 el mismo 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 asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación formulada por D. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

El presente expediente suscita, en primer lugar, la cuestión de distinguir 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. Esta distinción surge de los preceptos 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, especialmente de su artículo 4.3, que dispone: “En esos 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”.

A juicio de este Consejo Consultivo, no concurren en el supuesto sometido a dictamen los requisitos de urgencia, inmediatez y carácter vital que podían haber determinado el resarcimiento de la pretensión de la reclamante.

En efecto, la jurisprudencia ha entendido reiteradamente 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 morboso 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).



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 recientemente (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.

Estas circunstancias no concurren en el presente caso, ya que los informes que obran en el expediente concluyen que al paciente se le atendió de modo adecuado y que no se le denegó la posibilidad de ser atendido en otro Centro Sanitario del Sistema Público.

6ª.- Encauzada la solicitud de indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, ha de examinarse la eventual concurrencia de esta responsabilidad, fundada en la circunstancia de que la asistencia sanitaria prestada por aquélla -aunque no se trate de asistencia sanitaria de urgencia vital- haya dado lugar a un funcionamiento de los servicios que ocasione perjuicios que el administrado no tenga obligación de soportar.

De los informes que obran en el expediente que se analiza puede concluirse que no se produjeron estas circunstancias, de modo que es el paciente quien ha de soportar los gastos económicos que le acarreó su decisión de abandonar la asistencia del Hospital hhhh1 de xxxx1 para acudir a una clínica privada.

A la vista de los informes médicos emitidos y de la doctrina anteriormente expuesta, no cabe apreciar que existiera una urgencia inmediata y de carácter vital ni una denegación de asistencia. Fue el propio reclamante el que, voluntariamente y por su propia iniciativa, acudió al centro médico privado, donde tampoco se obtuvieron los resultados esperados.

Por otra parte, la alegación de que la asistencia prestada fue insuficiente (afirma que tuvo que acudir a la medicina privada aunque reconoce que fue



informado de que las garantías de éxito serían las mismas, "nulas") tampoco puede encontrar favorable acogida, puesto que no consta que hubiese agotado los recursos disponibles en la sanidad pública, incluida la posibilidad de solicitar una segunda opinión médica (artículo 37 de la Ley 8/2003, de 8 de abril, sobre derechos y deberes de las personas en relación con la salud).

Además, ha de tenerse en cuenta que corresponde al reclamante la prueba de todos los hechos constitutivos de la obligación cuya existencia alega. En particular, tiene la carga de acreditar que se ha producido una violación de la *lex artis* médica y que ésta ha causado, de forma directa e inmediata, los daños y perjuicios finales cuya indemnización reclama.

En definitiva, a la vista de las circunstancias del presente caso, cabe entender que ha existido una asistencia sanitaria ajustada a los estándares de actuación razonablemente exigibles, sin que pueda imputarse causalmente al funcionamiento de la Administración el abandono de los servicios públicos sanitarios señalado por el interesado y, en consecuencia, el daño cuyo resarcimiento se pretende.

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.

En este mismo sentido se ha pronunciado este Consejo Consultivo (por todos Dictámenes 145/2004, de 31 de marzo y 508/2007, de 28 de junio) y el Consejo de Estado (Dictamen 2.850/2003, de 30 de octubre).

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



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

presentada por D. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1.

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