CONSEJO CONSULTIVO
DE CASTILLA Y LEÓN

Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero y Ponente
Sr. Velasco Rodríguez, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero

Sra. García Fonseca, Secretaria

La Sección Primera del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 3 de abril de 2014, ha examinado el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx,* 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 27 de febrero de 2014 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios sufridos por la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con la misma fecha, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 84/2014, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, previa ampliación de éste, tal como dispone el artículo 52 del Reglamento de Organización y Funcionamiento del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por Resolución de 5 de febrero de 2014, de la Mesa de las Cortes de Castilla y León. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Rey Martínez.

Primero.- El 12 de noviembre de 2012 Dña. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Administración Autonómica,

debido a los daños y perjuicios sufridos a consecuencia de la deficiente asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh de xxxx1.

Afirma que "se ha producido una denegación de asistencia o error de diagnóstico", ya que la patología que padecía requería desde el mes de octubre de 2011 una revascularización del miembro inferior derecho, tratamiento que le fue denegado por el Hospital hhhh, al darle el alta médica y citarle tres meses después. Ello "originó que tuviera que acudir a la sanidad privada para evitar una posible amputación del miembro inferior derecho", con los consiguientes gastos que tuvo que sufragar.

Reclama una indemnización de 11.372,72 euros por los gastos abonados en la sanidad privada y de 4.000,00 euros por daños morales.

Adjunta a su reclamación copia de un informe médico pericial, de informes médicos, de documentación clínica y de las facturas por los gastos médicos.

Segundo.- Obra en el expediente la siguiente documentación:

a) Historia clínica de la paciente.

b) Informe de la Inspección Médica de 10 de mayo de 2013, en el que se concluye que "(…) en el Hospital hhhh de xxxx1 se llevaron a cabo todos los procedimientos diagnósticos necesarios para el estudio de la patología que sufría Dña. xxxx. No obstante, se considera que la actitud terapéutica establecida no fue del todo correcta, a la vista de la información proporcionada por las pruebas diagnósticas y confirmadas por las actuaciones llevadas a cabo posteriormente.

»No obstante, todo lo anterior no justifica que Dña. xxxx acudiera a la medicina privada para realizar el seguimiento y tratamiento de su patología, ya que tenía a su alcance todos los recursos proporcionados por la sanidad pública, entre los que se incluyen los utilizados posteriormente en la privada, los cuales no utilizó para realizar una nueva valoración".

Por todo ello, la Inspección Médica considera que la reclamación debe estimarse parcialmente.

c) Escrito del Jefe del Servicio de Inspección de 23 de septiembre de 2013, en el que se comunica a la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxx1 que la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad "ha considerado que, inicialmente, no procede acceder a la solicitud indemnizatoria planteada en la reclamación".

Tercero.- Consta en el expediente la interposición por la reclamante de un recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio administrativo de su reclamación (que ha dado lugar al Procedimiento Abreviado 147/2013, cuya vista está señalada para el 29 de abril de 2014) y la remisión del expediente administrativo al Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de xxxx1 el 18 de octubre de 2013.

Cuarto.- En el trámite de audiencia se reitera la pretensión resarcitoria.

Quinto.- El 7 de noviembre de 2013 la Inspección Médica, vistas las alegaciones presentadas, ratifica el criterio expuesto en su informe anterior.

Sexto.- El 10 de diciembre de 2013 se formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación. En ella se considera que la asistencia que se prestó a la paciente "fue correcta y acorde a la *lex artis ad hoc*, siendo adecuados los tiempos de asistencia a la patología que presentaba (…), determinándose el tratamiento en atención a los resultados y datos obtenidos, decidiendo acudir voluntariamente, de manera unilateral y sin justificación clínica, a la sanidad privada, no agotándose las posibilidades terapéuticas que el sistema sanitario público le podía ofrecer".

Séptimo.- El 4 de febrero de 2014 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 Primera emitir el dictamen según lo establecido en el apartado tercero, 1.f) del Acuerdo de 31 de mayo de 2012, del Pleno del Consejo, por el que se determina la composición y competencias de las Secciones, aplicable en el momento en que se turnó el expediente.

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 (12 de noviembre de 2012) hasta que se formula la propuesta de orden (10 de diciembre de 2013). Esta circunstancia constituye un incumplimiento de los plazos previstos en el artículo 13.3 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, y por tanto 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 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 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 aquél que pueda producirse.

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.

Finalmente, debe mencionarse la reiterada jurisprudencia 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.- En cuanto al fondo del asunto, este Consejo discrepa del criterio de la Administración consultante y considera que la reclamación debe estimarse.

Resulta determinante a estos efectos el informe de la Inspección Médica que, tras afirmar que se pusieron al alcance de la paciente "todos los medios

precisos para el diagnóstico de la patología que sufría", añade, sin embargo, que "no parece del todo adecuada la decisión final de realizar tratamiento conservador y citar en tres meses, por lo siguiente:

»Tanto los datos clínicos como los referentes al valor del ITB derecho, indican cuando menos, la presencia de una EAP moderada, incluso calificado en su informe por la Dra. Ibáñez como grado IV.

»Se puede observar que no se corresponden los datos clínicos con los resultados obtenidos en la arteriografía, lo que debería haberse tenido en cuenta a la hora de determinar la actitud terapéutica, con un control más exhaustivo de la paciente y en un intervalo de tiempo más corto. Como se ha visto posteriormente, en la arteriografía realizada el 23 de enero de 2012 (2 meses después) y como se ha descrito en los hechos [del informe], la paciente presentaba obstrucciones importantes en las arterias que irrigan la extremidad inferior derecha.

»No parece aceptable, tal y como señala la Dra. Ibáñez en la hoja de evolución relativa a la revisión realizada en marzo de 2012, que la condición de fumadora activa de la paciente fuese motivo suficiente para no realizar el tratamiento quirúrgico".

Sin perjuicio de ello, rechaza la alegación de la reclamante de que se haya producido denegación de asistencia por parte del Hospital, ya que "en todas las ocasiones en que la paciente solicitó asistencia, tanto a nivel de Atención Primaria como de Atención Especializada, fue atendida de forma correcta".

De acuerdo con este informe, puede considerarse, por tanto, que no hubo denegación de asistencia o error de diagnóstico, sino que lo que existió fue un tratamiento inadecuado por parte de los facultativos, ya que la actitud conservadora en este caso no fue la adecuada, según la Inspección Médica, ante los datos clínicos que resultaban de las pruebas realizadas.

Ello permite concluir que la asistencia sanitaria prestada no se ajustó a la *lex artis ad hoc*, por lo que la reclamación debe estimarse.

6ª.- Respecto al importe de la indemnización, la reclamante solicita 11.372,72 euros por los gastos abonados en la sanidad privada y 4.000,00 euros por daños morales.

En relación con los gastos reclamados, el informe de la Inspección Médica señala que "la decisión de la paciente de acudir a la medicina privada para el tratamiento de su patología no puede fundamentarse en esa supuesta denegación de asistencia, ya que, ante la persistencia y posible empeoramiento de su sintomatología, [la interesada] debería haber recurrido de nuevo a los recursos que le proporciona la sanidad pública, bien a través de su médico de Atención Primaria o bien acudiendo a los servicios de urgencias, en el caso de que la patología así lo hubiese requerido".

Este Consejo discrepa de este criterio y considera, a la vista de los hechos reflejados en el expediente, que procede el resarcimiento de los gastos sufragados en la sanidad privada.

Según se señala en el informe de la Inspección Médica, el 15 de octubre de 2011 la paciente acudió a Urgencias del Centro de Salud, donde se le diagnosticó insuficiencia venosa y se sugirió descartar la existencia de una insuficiencia arterial. El 18 de octubre acudió a su médico de Atención Primaria, quien solicitó consulta preferente con el Servicio de Cirugía Vascular del Hospital hhhh por posible claudicación intermitente. El 3 de noviembre volvió de nuevo a Urgencias del Centro de Salud por hormigueo en el pie derecho y, tras realizarle una exploración, se le mantuvo el tratamiento pautado.

El 11 de noviembre la reclamante consultó su dolencia con la Clínica Podológica qqqq, donde se sugirió la presencia de "enfermedad vascular periférica en grados de isquemia crítica (tibial posterior y pedia) y moderada (peronea) del pie derecho, con claudicación intermitente", y se recomendó a la paciente "consultar de manera preferente con el Servicio de Cirugía Vascular de su hospital de referencia".

El 14 de noviembre acudió al Servicio de Urgencias del Hospital hhhh, donde ingresó con el diagnóstico de "isquemia crónica grado IV". El Servicio de Cirugía Vascular, tras realizar los pertinentes estudios, dio el alta a la paciente con el diagnóstico de "Enfermedad arterial periférica". Se indica en el informe de alta que, "ante la arteriografía sin hallazgos relevantes, se decide continuar

tratamiento con curas (…), se extirpan las uñas del primer y quinto dedo", y se le citó para revisión en tres meses.

El 7 de diciembre acudió de nuevo a la clínica privada, donde se obtuvo idéntico diagnóstico que el alcanzado el 11 de noviembre anterior, por lo que se derivó a la paciente a la Unidad de Pie Diabético de hhhh1 de xxxx2 para la determinación de la presión transcutánea de oxígeno, con el fin de valorar un posible tratamiento quirúrgico.

El 14 de diciembre se le realizó una exploración vascular en la Unidad del Pie Diabético y, al observar signos compatibles con isquemia, se le recomienda valoración por Cirugía Vascular para realizar posible vascularización.

Podría pensarse que, ante el diagnóstico alcanzado en la Unidad del Pie Diabético y la recomendación de "valoración por Cirugía Vascular para realizar posible vascularización", la paciente pudo y debió poner en conocimiento del Servicio de Cirugía Vascular del Hospital hhhh tal información, a fin de que este Servicio valorara dicha actuación y la posibilidad de llevar a cabo la vascularización. Sin embargo, no puede obligarse a un paciente valorado ya por la sanidad pública a que, con base en un informe de la sanidad privada, reitere la consulta ante el mismo servicio médico que ya le examinó por los mismos síntomas y datos clínicos, con el único fin de obtener un tratamiento distinto al inicialmente pautado (en este caso, quirúrgico en lugar de conservador), ya que es fácilmente comprensible que en estos supuestos la paciente haya perdido la confianza en el tratamiento dispensado por la sanidad pública.

Este es el criterio mantenido por la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sala de Valladolid) del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León en Sentencia de 11 de febrero de 2011, al señalar que "salirse en el presente caso del ámbito de la sanidad pública no puede volverse contra quien, pacientemente, ha acudido ante ella y no ha encontrado remedio a su mal. Es evidente que la sanidad pública, y con ella la administración, no pueden sufragar gastos sanitarios que se originen fuera de ellas de manera general, pues ni social, ni económicamente ello es posible, y así lo ha venido afirmando reiteradamente esta Sala. Pero que esto sea así en línea de principio, no significa que lo sea por principio, de tal manera que se imponga a los administrados una cruel e inhumana obligación de perseguir la atención de la sanidad pública cuando ésta repetidamente no se la proporciona, no sólo no

remediando sus males, lo cual entra dentro del ámbito de lo admisible, al no ser la medicina una ciencia de la certeza y de lo cierto, sino ni siquiera proporcionándoles una atención inmediata en los dolores que se padecen, al dilatar en el tiempo la atención. Del mismo modo, no haber acudido nuevamente al sistema sanitario público cuando un médico de la sanidad privada diagnosticó certeramente la enfermedad padecida, puede servir de excusa a la responsabilidad reclamada, pues la perentoriedad de la atención que se precisaba impide racionalmente imponer al paciente, seguramente, por ser humano, muy conmocionado por la advertencia de su grave mal, una vuelta al lugar donde ya ha sido rechazado anteriormente cuando se le abre un camino de inmediata atención. Cuando don Isidro es diagnosticado de su enfermedad y se le indica la urgencia de intervenir, no puede ser compelido, precisamente por las propias circunstancias del caso y la premura en el actuar a que vuelva al redil del servicio sanitario y vuelva a ser tratado por el mismo. La perentoriedad y urgencia en la actuación en el caso que se contempla determina que deba entenderse que no le fuera exigible otra conducta al actor y que resolviese sus problemas de vista como lo hizo".

En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia de 29 octubre de 2010 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Asturias: "en todo caso, el daño que se podía provocar con el retraso afectaba a la integridad e incluso supervivencia, y aunque no haya existido en sí misma una denegación de asistencia, el retraso e indicaciones de intervención supusieron que estuviese indicado acudir a la sanidad privada, y en cuanto a que una vez diagnosticado correctamente el tratamiento se podía haber realizado en la sanidad pública de la misma forma que en la privada, no puede exigirse al paciente que perdió justificadamente la confianza en el tratamiento de la medicina pública (Sentencia del TS de 25 de junio de 2007), que vuelva a la misma para excluir gastos derivados del cambio de clínica (…)".

Cabe concluir que el tratamiento pautado por la sanidad privada fue adecuado y evitó a la paciente daños mayores en su extremidad, que el informe pericial concreta en la posible amputación (circunstancia no desvirtuada por la Administración). Como pone de manifiesto la Inspección Médica, la decisión de la sanidad pública de instaurar un tratamiento conservador no fue adecuada, ya que los datos clínicos no se correspondían con los resultados obtenidos en la arteriografía y ello aconsejaba un control más exhaustivo de la paciente y en un intervalo más corto, lo que no se hizo, máxime cuando, como se comprobó

después, las dolencias persistían. Tampoco se atendió a la paciente en la consulta programada del 1 de marzo de 2012 (en la reclamación se alega que se negaron a prestarle atención médica y que le invitaron a marcharse de la consulta).

Esta actuación de la sanidad pública determinó que la paciente acudiera a la medicina privada para tratar de obtener curación de su dolencia –como así ocurrió-; decisión justificada, como se ha expuesto, en la inadecuada actuación de la Administración y que le causó daños al tener que sufragar los gastos derivados de la sanidad privada.

En virtud de lo expuesto, se considera que concurren todos los requisitos para el resarcimiento de todos los gastos satisfechos a la medicina privada, cuyo importe total asciende, de acuerdo con la documentación obrante en el expediente, a la cantidad de 11.100,31 euros.

A esta cantidad debe sumarse los gastos por 7 días de desplazamiento y manutención que se han reclamado, considerándose adecuadas unas cuantías resarcitorias de 196 euros por desplazamiento (200 kilómetros entre xxxx1 y xxxx2, a 0,07 euros/km) y de 35 euros por manutención.

No procede, sin embargo, resarcir los daños morales reclamados, en cuanto no se ha acreditado su realidad.

La reclamación ha de estimarse, por tanto, parcialmente.

En cualquier caso, el importe de esta indemnización deberá actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

7ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, al constar que la interesada ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que en el caso de que en dicho proceso o en otro hubiera recaído sentencia firme, no procedería ya dictar resolución alguna en vía administrativa, sino dar cumplimiento en sus propios términos al fallo de la sentencia. Por ello se considera conveniente que, en el caso de dictar

resolución estimatoria en el presente procedimiento, el Tribunal que juzga el asunto tenga conocimiento de la resolución adoptada, a los efectos oportunos.

III
CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 11.331,31 euros, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios sufridos por la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh de xxxx1.

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