



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, 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 14 de mayo de 2009, 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 1 de abril de 2009, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo, sobre *expediente de responsabilidad patrimonial por reclamación presentada por Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital Clínico hhhhh de xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 8 de abril de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 331/2009, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del 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 del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 13 de diciembre de 2005 Dña. xxxxx formula una reclamación de responsabilidad patrimonial debido a los daños y perjuicios derivados de la deficiente asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh de xxxxx.



La reclamante expone en su escrito que, como consecuencia del retraso para ser atendida en el Servicio de Ginecología del Hospital hhhhh de xxxxx, en consulta programada para el 20 de octubre de 2005, decide acudir a la medicina privada ante la pésima atención recibida en el Servicio de Urgencias y el empeoramiento de su estado de salud.

Solicita "Que al no haber sido atendida adecuadamente en el Hospital hhhhh, ser indemnizada por el importe de los gastos realizados en el Hospital hhhhh1 por la intervención quirúrgica en la que se me extirpó el útero y quistes de ambos ovarios. Total de las facturas 3.303,40 euros".

Adjunta a su reclamación los informes médicos sobre la asistencia recibida y facturas correspondientes a la intervención en la clínica privada en la que se somete a la intervención quirúrgica.

Segundo.- Se incorpora al expediente la siguiente documentación:

- Informe del Dr. (...) en el que, tras manifestar que no recuerda el caso concreto, se ratifica en lo escrito en el informe de Urgencias de 9 de octubre de 2005, en el que consta que la paciente no presenta patología urgente y que, no obstante, puede acudir al Servicio de Atención al Paciente tratando de adelantar su cita.

- Informe del Coordinador de Urgencias de 12 de enero de 2006, en el que se concluye que la atención dispensada fue siempre la correcta, descartando -en las dos ocasiones en que la interesada acude al Servicio de Urgencias- la existencia de patología urgente. Añade que, de los informes de la clínica privada donde fue finalmente intervenida, se colige que la intervención ha sido programada, por lo que concluye que la paciente acude voluntariamente a la medicina privada.

- Informe de la Inspección Médica de 27 de enero de 2006, en el que se concluye que no ha habido infracción de la *lex artis ad hoc*.

- Historia clínica.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia, Dña. xxxxx presenta escrito de alegaciones, en el que considera que los fuertes dolores que padecía son



constitutivos de un supuesto de urgencia y que por ello debería haber recibido la asistencia sanitaria requerida en el Servicio de Urgencias. Adjunta, asimismo, nueva factura por importe de 100 euros, por lo que eleva su reclamación a 3.403, 40 euros

Cuarto.- El 15 de enero de 2009 la Dirección General de Administración e Infraestructuras, de la Gerencia Regional de Salud, formula propuesta de orden desestimatoria, por entender que no se ha probado por la reclamante el daño insinuado ni la justificación y vinculación causal de los gastos soportados con respecto a la asistencia prestada en la sanidad pública.

Quinto.- El 25 de febrero de 2009 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 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 (13 de diciembre de 2005) hasta que se formula la propuesta de orden (15 de enero de 2009). 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 interesada 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 los artículos 142.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y 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 ejercitado en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, esto es, antes de transcurrir un año desde la fecha del hecho causante.

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 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 formulada por Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados por lo que considera una deficiente asistencia sanitaria que le fue prestada.

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 a continuación se exponen.



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.

Para una adecuada síntesis de los hechos que se valoran conviene acudir al informe de la Inspección Médica que, al margen de las discrepancias de menor entidad manifestadas por la interesada en cuanto a la descripción de los mismos, se relatan en sus consideraciones de la siguiente forma:

“- Se trata de una patología de miomatosis uterina y endometriosis quística bilateral de ovario, que presenta una clínica dolorosa. Pero no es una patología que precise intervención quirúrgica urgente.

»- La asegurada acudió al Servicio de Urgencias el día 26/09/2005 y se le aconsejó adelantar la cita para el ginecólogo, que tenía para el día 02/12/2005.

»- La paciente consiguió adelantar la cita para el día 20/10/2005.

»- El día 05/10/2005 fue valorada por un ginecólogo de forma privada y el día 09/10/2005 acudió nuevamente a Urgencias por dolor.

»- En esta ocasión, el diagnóstico fue de útero polimiomatoso, como en su anterior visita de 26/09/2005; no se trataba de una patología urgente, ni que debiera intervenir de inmediato, pero la enferma estaba preocupada porque la cita en Ginecología el día 20/10/2005 le parecía muy tardía, y por este motivo se le explicó la forma de solicitar un adelanto de cita en el Servicio de Atención al Paciente.

»- Como la asegurada ya estaba siendo valorada en una consulta de ginecología privada, donde le programaron una intervención para una fecha muy cercana a la de la consulta con el ginecólogo del Hospital hhhhh de xxxxx, ya no acudió a ésta.



»- Librementemente la asegurada decidió ser intervenida en un centro privado de un proceso ginecológico que no era urgente y que en ningún caso fue desatendida por el servicio público de salud.

»- Es más, incluso adelantándosele la cita, decidió no hacer uso de ella.

»- Tras la intervención en el centro privado tampoco queda demostrado que se tratase de un problema urgente”.

De lo expuesto sólo cabe concluir que no se produjo una denegación de la asistencia por parte de los servicios médicos públicos, sino que la reclamante los abandonó voluntariamente acudiendo a los de la medicina privada, sin que quepa considerar tampoco que se haya producido una situación de abandono o desatención de la paciente, toda vez que tenía una cita concertada para el día 20 de octubre, sin que haya presentado prueba que acredite la situación de urgencia vital en que se encontraba la reclamante. Desatención o abandono que tampoco cabe sostener en consideración a lo referido por la reclamante en el escrito de alegaciones.

Por otra parte, ha de señalarse que no existe en el expediente elemento probatorio alguno que permita cuestionar la acomodación a la *lex artis* de la asistencia sanitaria prestada a la interesada en el Hospital hhhhh de xxxxx, donde fue correctamente valorada y se le adelanta la cita con el Servicio de Ginecología.

Por todo lo expuesto este Consejo comparte, en lo fundamental, el criterio de la propuesta de resolución, en el sentido de que debe desestimarse la reclamación.

6ª.- Dña. xxxxx reclama el importe correspondiente a las facturas abonadas en la medicina privada como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en ella, sin que aparezca justificado en modo alguno el abandono de la sanidad pública por la denegación de asistencia, que por otra parte ni se alega ni se prueba debidamente.

Para valorar el posible reintegro de gastos 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 la paciente la necesidad de acudir a la medicina privada para el restablecimiento de su salud. Sin embargo, 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 la reclamante los abandonó voluntariamente acudiendo a los de la medicina privada.

Por otra parte, ha de señalarse que no existe en el expediente elemento probatorio alguno que permita cuestionar la acomodación a la *lex artis* de la asistencia sanitaria prestada al interesado en la sanidad pública. Al respecto, concluye el informe de la Inspección Médica que la asistencia prestada fue adecuada.

En este sentido ha de 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, en orden a las listas de espera, habrá de determinarse si, en el caso concreto, soportar o no una lista de espera constituye o no un daño antijurídico. La Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional en su Sentencia de 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 unos 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 4/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en relación con el artículo 28.2 del Real Decreto 521/1987, de 15 de abril, sobre Hospitales gestionados por el Insalud; también se refleja en la Orden Ministerial 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”, este Consejo considera que, en el caso sometido a dictamen, no concurre daño antijurídico relativo a la espera a que se sometió a la reclamante, o que la misma hubiese justificado el abandono de la sanidad pública.

Además, debe señalarse que en los supuestos de espera, como el presente, debe valorarse si el beneficiario se dirigió o realizó gestión alguna a fin de priorizar o ser hospitalizado con mayor prontitud, lo cual se le concedió



cuando lo solicitó, no constando, pese al ofrecimiento efectuado, que se hiciera cuando acude por segunda vez al servicio de urgencias, de conformidad con los informes que obran en el expediente.

Finalmente debe señalarse que no aparece justificado que la reclamante tuviera necesidad de acudir a la medicina privada. Ésta es una decisión libre y comprensible si se le ofrece la posibilidad de tener una más rápida respuesta a su dolencia, pero no se puede pretender que ello sea a costa de la sanidad pública, a través de una indemnización de daños y perjuicios. Debe señalarse que tampoco ha quedado probado que se trate de 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, vigente en el momento de producirse los hechos.

Al respecto, el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestar que los usuarios de los servicios del sistema sanitario público no tienen derecho a elegir entre la medicina privada y la pública, recordando 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 un 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; o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de octubre de 1997.

No obstante, si la interesada, 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 perfectamente legítima-, ello no justifica que los gastos devengados deban ser indemnizados por la Administración.

De todo lo expuesto, resulta claro que la paciente fue debidamente tratada, 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 fue 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 Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh de xxxxx.

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