



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero
Sr. Velasco Rodríguez, 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 16 de mayo de 2012, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de 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 16 de febrero de 2012 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. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia prestada a su perra en la Facultad de Veterinaria de la Universidad de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 20 de febrero de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 111/2012, 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, vigente en el momento de la admisión. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 9 de septiembre de 2011 Dña. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial ante la Universidad de xxxx1, debido a los daños y perjuicios



derivados de la deficiente asistencia prestada a su perra el 25 de febrero de 2011 en la Facultad de Veterinaria de la Universidad de xxxx1, al operarle por error el ojo izquierdo en lugar del derecho. Expone lo siguiente:

“Que el 25 de febrero de 2011 se llevó a operar a la Facultad de Veterinaria a la perra xxxx1, labradora de 6 años (...) de una catarata en el ojo derecho, hipermadura pero operable, según le dijeron en la propia facultad en consulta una semana antes. En todo momento se habló del ojo derecho y el día de la operación, ni antes, ni durante, ni después, se informó a la propietaria de ningún cambio (ni tampoco se le dio ningún documento a firmar dando su consentimiento). Ya en casa, cuando la perra empezó a despertar, se percató con incredulidad del terrible error: le habían operado el ojo izquierdo. Inmediatamente avisó a su veterinaria, Dña. mmmm, que se personó el domicilio constatando que efectivamente se habían equivocado de ojo.

»Puestos al habla con el doctor D. gggg, quien había realizado la operación (especialista en huesos según se supo después), alegó que el ojo izquierdo tenía una catarata incipiente y creyó conveniente operarla primero. El informe de la doctora cccc (especialista en Oftalmología), quien había visto a la perra 15 días antes y es quien ha seguido el postoperatorio junto con la veterinaria mmmm, determina que no había ninguna catarata en el ojo izquierdo”.

Manifiesta que, transcurridos seis meses desde la operación y debido a una mala *praxis*, ha sufrido “graves episodios de glaucoma y subidas de tensión que le han restado mucha visión”, lo que obligará a extirpar a corto plazo el ojo izquierdo. Añade que el mal estado del ojo izquierdo obligó a posponer la cirugía del ojo derecho, que “se realizó en mayo en la clínica del Dr. vvvv de xxxx2, quien no aseguró que pudiese recuperar la visión ya que se había esperado demasiado y tenía afectada la retina” y que la perra “no recuperó la vista después de la intervención”, por lo que quedará ciega.

Reclama, por ello, una indemnización de 10.000 euros.

Se adjunta a la reclamación copia de la siguiente documentación:

- Escrito de 6 de septiembre de 2011 en el que la reclamante apodera a la compareciente para que la represente en el procedimiento (el escrito está firmado por ambas personas).



- Documento de la Clínica Veterinaria Centro xxxx1, sin firmar (si bien figura el nombre de Dña. mmmm), en el que consta el historial de la mascota.

- Informe, sin fechar, de Dña. cccc, veterinaria del Hospital hhhh.

- Informe del Centro Oftalmológico Veterinario del Dr. vvvv, realizado el 16 de julio de 2011.

Posteriormente propone la prueba testifical y aporta varias facturas por los gastos sufragados en conceptos de revisiones oftalmológicas, servicios veterinarios, operación en la clínica de xxxx2 (incluyendo transporte, estancia y manutención) y productos farmacéuticos entre abril y noviembre de 2011.

Segundo.- El 17 de noviembre se practica la prueba testifical de Dña. cccc y de Dña. mmmm.

Tercero.- Obran en el expediente los siguientes informes, todos ellos de 16 de diciembre:

1.- Informe del Dr. gggg (responsable de la operación), profesor titular del Área de Medicina y Cirugía de la Universidad de xxxx1, del que procede destacar lo siguiente:

“Que (...) no se presta desde el Departamento de Medicina, Cirugía y Anatomía Veterinarias servicio clínico directo a particulares sino a otros profesionales y clínicas, incluida la propia Fundación Hospital hhhh. (...).

»Que actualmente es profesor responsable de la asignatura `Cirugía Oftalmológica´ del Máster Universitario en Investigación en Veterinaria y Ciencias y Tecnología de los Alimentos, Máster oficial de la Universidad de xxxx1.

»Que no existe en España una especialidad en Oftalmología Veterinaria con competencias reconocidas. De tal forma que cualquier licenciado en veterinaria puede considerarse especialista en oftalmología veterinaria. (...)



»Que en el contexto de la impartición de esta asignatura en el curso 2010-2011 se puso en contacto con varias clínicas veterinarias que le proporcionaron casos clínicos que se operaron en presencia de los alumnos del máster, en su mayor parte licenciados en veterinaria. Entre estas clínicas se encuentra el Hospital Veterinario del hhhh1, que proporcionó la perra objeto de reclamación.

»Que no hemos tenido contacto hasta el momento en relación a esta paciente con ninguno de los veterinarios que, según los informes que presenta la reclamante, han atendido este caso antes y después que nosotros. Esta información no nos fue facilitada en el momento de la cirugía y ello habría sido de gran utilidad, especialmente a la hora de informar a los dueños del animal. (...).

»Preoperatoriamente se explora a la perra el día 14 de febrero de 2011 (...). El examen del ojo derecho puso de manifiesto una catarata hipermadura (...). El ojo derecho se considera prácticamente perdido para la visión, a falta de realizar una retinografía, técnica que no se encuentra disponible en la Facultad de Veterinaria de xxxx1". (...).

»(...) En la exploración [del ojo izquierdo] por medio del oftalmoscopio pudimos observar signos de opacificación incipiente. (...).

»Dos semanas más tarde el animal regresa al Departamento para someterse a cirugía de cataratas en el contexto de las clases prácticas de la asignatura `Cirugía Oftalmológica` del Máster Universitario en Investigación en Veterinaria y Ciencias y Tecnología de los Alimentos.

»En este momento y con el animal sometido a anestesia, observamos con la ayuda del microscopio quirúrgico una catarata subcapsular posterior en el ojo izquierdo. En base a (sic) esta exploración discutimos los veterinarios presentes, alumnos del máster, anestesta (Dra. rrrr), apoyo técnico del Instituto de Oftalmología Aplicada de la Universidad de xxxx3 (IOBA) (Dr. ffff), y se toma la decisión de intervenir el ojo con mejor pronóstico".

A continuación se expone la técnica empleada y se afirma que se informó al dueño del animal sobre el desarrollo de la cirugía y los cuidados



posteriores del animal; y que se le citó a revisión el lunes siguiente pero que no acudió.

Se concluye que “En ningún momento se ha producido un error o equivocación en el ojo a operar. Ante el estado clínico de ambos ojos y la segura pérdida del ojo derecho para la visión, se opta por intentar salvar la visión del ojo izquierdo y se decide la intervención del mismo ante el estado de la catarata que presentaba”.

2.- Informe de la investigadora de la Fundación Investigación Sanitaria en xxxx1 y colaboradora honorífica del Departamento de Medicina, Cirugía y Anatomía Veterinaria de la Facultad de Veterinaria de xxxx1, en el que señala que actuó como anestesta en las operaciones que se realizan en el contexto del máster antes citado y ratifica lo expuesto en el informe anterior.

3.- Informe del investigador del Instituto Universitario de Oftalmología Aplicada (IOBA) de la Universidad de xxxx3, en el que afirma que colabora en el desarrollo de la asignatura `Cirugía Oftalmológica´ antes citada, que prestó asistencia técnica en la cirugía y que “una vez inducida la anestesia, el animal se exploró bajo el microscopio quirúrgico y se optó por intervenir el ojo con mejor pronóstico”.

Cuarto.- En el trámite de audiencia la interesada alega que “una buena *praxis* hubiera sido suspender la operación para consultar con los profesionales veterinarios que habían hecho el diagnóstico y aconsejado la operación del ojo derecho, y por supuesto, antes de tomar ninguna decisión, informar y obtener el consentimiento” de los dueños de la perra. Finalmente, reitera la pretensión resarcitoria.

Quinto.- El 13 de enero de 2012 se formula propuesta de resolución desestimatoria de la reclamación, al no existir relación de causalidad entre la actuación de la Universidad y los daños y perjuicios reclamados.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para que emitiera dictamen.



Sexto.- Mediante Acuerdo del Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León de 1 de marzo de 2012 se requiere a la Universidad de xxxx1 para que complete el expediente con la siguiente documentación:

a) La que acredite la relación jurídica entre la Facultad de Veterinaria de la Universidad de xxxx1 y la clínica veterinaria que remitió al animal "como caso clínico" para su intervención (Hospital Veterinario del hhhh1), en virtud de la cual se realizó por aquélla la cirugía de cataratas al animal, en la que consten las obligaciones que asume cada una de las partes como consecuencia de dicha actividad.

b) La que acredite la propiedad del animal.

En la misma fecha se suspende el plazo para la emisión del dictamen.

Séptimo.- El 19 de abril de 2012 se recibe en este Consejo Consultivo la siguiente documentación:

- Contrato suscrito entre la Universidad de xxxx1 y el Hospital Veterinario del hhhh1 el 10 de septiembre de 2008, así como las sucesivas prórrogas suscritas en 2009, 2010 y 2011, para la prestación del servicio "Aplicación y puesta a punto de las últimas técnicas quirúrgicas en cirugía veterinaria", en virtud del cual se remitió el animal "como caso clínico" para su intervención.

- Documentación acreditativa de la propiedad del animal facilitada por la reclamante.

Recibida dicha documentación, se reanuda el plazo para la emisión del dictamen.

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- Como primera cuestión, es preciso analizar si la responsabilidad que se reclama es de naturaleza contractual o extracontractual, cuestión que no es baladí pues ello determinará la preceptividad o no del dictamen del Consejo Consultivo en el expediente objeto de consulta.



De acuerdo con la documentación obrante en el expediente, la asistencia veterinaria prestada por la Facultad de Veterinaria de la Universidad de xxxx1 trae causa de un "contrato para la realización de servicios técnicos/asistencia o asesoramiento", celebrado entre la Universidad y el Hospital Veterinario hhhh1 el 10 de septiembre de 2008 (su duración era de un año pero se acordaron prórrogas anuales en septiembre de 2009, de 2010 y de 2011). El objeto del contrato es la realización por parte del personal investigador de la Universidad de "actividades de apoyo tecnológico y servicios" y la contraprestación a abonar por el hospital asciende a 1.200 euros más IVA por 24 servicios técnicos. Según el anexo del contrato, los servicios técnicos se concretan en la "puesta a punto y posterior aplicación de las últimas técnicas quirúrgicas en cirugía veterinaria, especialmente en el campo de la cirugía mínimamente invasiva".

La intervención quirúrgica se realizó, según afirma el Dr. gggg, profesor titular del Área de Medicina y Cirugía de la Universidad de xxxx1 y responsable de la cirugía, en el contexto de la impartición de la asignatura "Cirugía Oftalmológica" del Máster Universitario en Investigación en Veterinaria y Ciencias y Tecnología de los Alimentos, Máster oficial de la Universidad de xxxx1] en el curso 2010-2011. Señala que "varias clínicas veterinarias (...) le proporcionaron casos clínicos que se operaron en presencia de los alumnos del máster, en su mayor parte licenciados en veterinaria. Entre estas clínicas se encuentra el Hospital Veterinario del hhhh1, que proporcionó la perra objeto de reclamación".

Así pues, la cirugía se realizó por personal investigador de la Facultad de Veterinaria en virtud de una relación contractual existente entre la Universidad y el Hospital Veterinario hhhh1, sin que conste en la documentación remitida las obligaciones ni la responsabilidad que cada parte asume frente al cliente de la clínica (cuya anuencia a la intervención, aunque se presume, tampoco consta).

Por otra parte, no cabe obviar que entre la reclamante y la clínica veterinaria existe también una relación contractual de carácter privado. Si bien tal documentación no figura en el expediente, ha de presumirse que se trata de un contrato de arrendamiento de servicios ya que, por aplicación analógica de la teoría de la *lex artis ad hoc*, la asistencia veterinaria, como la asistencia sanitaria, se considera una obligación de medios y no de resultado.



Por tanto, los daños y perjuicios reclamados derivan de una asistencia veterinaria prestada en el ámbito de dos relaciones contractuales (una, entre la reclamante y la clínica; y otra, entre la clínica y la Facultad de Veterinaria).

Como ha señalado el Consejo de Estado, “el mecanismo resarcitorio que prevén los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992 puede tener su origen en cualquier tipo de actividad administrativa (actividades administrativas formales, actividades materiales e incluso la inactividad administrativa), con la única excepción de la actividad contractual de la Administración. La responsabilidad que eventualmente pudiera surgir para la Administración en el seno de una relación contractual en la que sea parte podría ser exigida por la vía jurisdiccional correspondiente (contencioso-administrativa o civil, según la naturaleza del contrato en cuestión), pero no mediante el mencionado mecanismo de los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992” (Dictamen 2703/2004, de 28 de octubre).

A la vista de lo expuesto, puede afirmarse que es objeto del presente dictamen un supuesto de responsabilidad derivada de un contrato y no son, por tanto, aplicables los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (que regulan la responsabilidad extracontractual de la Administración).

Por esta razón, este Consejo considera que no procede dictaminar sobre el fondo del asunto, ya que la consulta formulada no encaja en el supuesto previsto en el artículo 4.1, letra h), 1º, de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, para la emisión de dictamen preceptivo, al tratarse de una reclamación de responsabilidad derivada de una relación contractual y no de una responsabilidad patrimonial o extracontractual.

Este Consejo Consultivo ya manifestó en el Dictamen 228/2008 que, a diferencia de lo establecido para el Consejo de Estado (el artículo 22.13 de su Ley Orgánica dispone la audiencia preceptiva en los casos de “reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado”), la intervención preceptiva del Consejo Consultivo de Castilla y León se exige únicamente en los expedientes relativos a reclamaciones de responsabilidad patrimonial de naturaleza extracontractual, y no en los supuestos de reclamaciones de responsabilidad contractual.



Así, el Consejo de Estado (Dictamen nº 1.699/1996, de 7 de noviembre, y otros posteriores), en relación con su propia competencia para dictaminar en estos supuestos, señaló:

“En efecto, el artículo 22.13 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado dispone la audiencia preceptiva en los casos de reclamaciones que, en concepto de indemnización de daños y perjuicios, se formulen ante la Administración del Estado, sin que tal precepto explicita el título jurídico que sirve de amparo a la pretensión de resarcimiento deducida frente a la Administración Pública. Así pues, la intervención preceptiva de este Cuerpo Consultivo se exige en todos aquellos casos en que se formula una reclamación indemnizatoria ante la Administración, abstracción hecha del título jurídico en que objetivamente pudiera fundarse, ya fuere éste de naturaleza contractual o extracontractual. (...)

»Por ello, si bien es cierto que los daños sufridos por el contratista con ocasión de una relación contractual administrativa informa el posible contenido resarcitorio y el procedimiento legalmente establecido para sustanciar la pretensión indemnizatoria que eventualmente pueda deducirse, y consiguientemente, no resultan aplicables las normas relativas al régimen de la responsabilidad extracontractual de la Administración, ello no obsta para afirmar la preceptividad del dictamen del Consejo de Estado en estos casos”.

De acuerdo con esta argumentación y teniendo en cuenta que el artículo 4.1.h).1º de la Ley reguladora del Consejo Consultivo exige la consulta preceptiva únicamente para los expedientes que versen sobre reclamaciones de responsabilidad patrimonial (de naturaleza extracontractual), cabe concluir que las reclamaciones por daños derivados de una actividad prestada en el seno de una relación contractual de la Administración no requieren dictamen preceptivo de este Órgano Consultivo, sin perjuicio de la posibilidad de formular consulta facultativa (artículo 5 de la citada Ley 1/2002, de 9 de abril).

2ª.- No obstante lo anterior, este Consejo Consultivo, sin prejuzgar el fondo del asunto, considera conveniente exponer su criterio en relación con dos cuestiones que plantea el expediente:

A) En primer lugar, si la actuación veterinaria objeto de la reclamación puede encuadrarse o no en el concepto de servicio público.



La Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 18 de abril de 2007, ha señalado en relación con esta cuestión lo siguiente: "A los fines del art. 106.2 de la Constitución, esta Sala se ha pronunciado en reiteradas ocasiones sobre qué cabe entender por servicio público, y así hemos dicho (por todas, SS. de 5 de Junio de 1.989 y 22 de Marzo de 1.995):

»`Segundo.- Se sigue de ello que el problema que en esta ocasión se suscita radica en concretar lo que, a tales efectos, quepa entender por servicio público y por su funcionamiento, y, en trance tal, ante cualquier supuesto dudoso o tan excepcional como el que es objeto del proceso, dado ese designio de las normas, hay que decidir atribuyendo a expresados conceptos el sentido más amplio que su abstracta acepción merece, a fin de que el acto u omisión, determinante del perjuicio que dimana de un Órgano de la Administración pueda incardinarse en el primero de dichos conceptos, con tal de que sea inherente al natural quehacer de aquél y tenga un destinatario plural o individualizado llamado a servirse de él, lo que supone identificar al servicio público con toda actuación, gestión, actividad o tarea propias de la función administrativa que se ejerce, incluso con la omisión o pasividad, con resultado lesivo, cuando la Administración tiene el concreto deber de obrar o comportarse de determinado modo, y ello porque de lo que la normativa invocada por la actora se preocupa es de que en todo caso el perjudicado quede indemne ante cualquier acto u omisión de los poderes públicos que puedan serle lesivos´". Este concepto se recoge también, entre otras, en la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de 21 de junio de 2010.

A la vista de ello, este Consejo Consultivo considera que, en este caso, la actividad veterinaria realizada por personal investigador de la Facultad no puede encuadrarse en este concepto de servicio público, habida cuenta de que no se trata de una actividad propia de la función administrativa sino de una actividad prestada en virtud de un contrato celebrado con la clínica privada.

B) La segunda cuestión que se plantea es la de la aplicación o no al ámbito veterinario de la doctrina del consentimiento informado, a la que parece aludir la reclamante.

La legislación española (Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, y Ley 41/2002, de 14 de noviembre, de autonomía del paciente y



derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica) regula el derecho a la información sanitaria y el consentimiento informado, de acuerdo con lo previsto en los convenios internacionales sobre esta materia ratificados por España, entre ellos, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 y el Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en xxx4 el 4 de abril de 1997 y ratificado por España el 23 de julio de 1999. Este último “trata explícitamente, con detenimiento y extensión, sobre la necesidad de reconocer los derechos de los pacientes, entre los cuales resaltan el derecho a la información, el consentimiento informado” (exposición de motivos de la Ley 41/2002 de 14 de noviembre).

De ello se infiere que el derecho a la información y el consentimiento informado se configuran como derechos del paciente como persona física, consecuencia necesaria del derecho a la vida, a la integridad física y a la dignidad humana. Como tal derecho personal, es el paciente el que debe recibir la información sanitaria y prestar el consentimiento a la actuación médica propuesta, salvo en los supuestos excepcionales en que carezca de capacidad, en cuyo caso la información se ofrecerá a las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho y el consentimiento se otorgará por representación (artículos 5.3 y 9.3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre).

En virtud de lo expuesto, se considera que no es adecuado trasladar a la práctica veterinaria la exigencia de prestar el consentimiento informado en el sentido previsto para la actuación sanitaria ya que, como se ha expuesto, se trata de un derecho reconocido al paciente en cuanto persona física, y no a los animales. Por otra parte, no cabe obviar que no existe mención alguna ni se deduce tal derecho de la Declaración Universal de los Derechos de los Animales proclamada el 15 de octubre de 1978 (aprobada por la UNESCO y por la ONU).

En conclusión, a juicio de este Consejo Consultivo, el consentimiento prestado por el propietario del animal en el ámbito de la práctica veterinaria no puede entenderse otorgado “en representación del paciente-animal”, sino que se trata del consentimiento exigido por el artículo 1.261 del Código Civil como elemento esencial del contrato de arrendamiento de servicios que vincula al cliente (dueño del animal) con la clínica veterinaria.



III CONCLUSIONES

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

No procede emitir dictamen en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia prestada a su perra en la Facultad de Veterinaria de la Universidad de xxxx1.

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