



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero y  
Ponente

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 18 de enero de 2007, 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 4 de diciembre de 2006 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*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 5 de diciembre de 2006, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 1170/2006, 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 la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Fernández Costales.

**Primero.-** En el informe de la Inspección Médica se describen los hechos en los siguientes términos:



“El día 12 de mayo de 2003 es visto en consulta de Oftalmología y se le explora la agudeza visual siendo del O.D. nula y del O.I. de 0'8 difícil. Se dilató la pupila de O.I. y se ve cristalino casi transparente, se ve D.V.P. y la retina normal. No se pone ningún tratamiento y se indica revisión al año.

»El día 21 de octubre en el Instituto Oftalmológico de hhhh le ven un agujero retiniano en O.I. a las 7 horas y le tratan con fotocoagulación con láser de argón.

»En fecha de entrada 23 de diciembre de 2003 solicita el reintegro de los gastos ocasionados en este Centro privado por diagnóstico incorrecto”.

**Segundo.-** El 28 de octubre de 2003 D. xxxxx formula una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh2, por considerar que en la asistencia sanitaria prestada por los servicios públicos se produjo un “diagnóstico incorrecto”, lo que le abocó a acudir a la sanidad privada ocasionándole gastos por importe de 390 euros. Cantidad en la que solicita ser indemnizado.

Acompaña a la reclamación un informe, una receta y una factura, por importe de 390 euros, de 21 de octubre de 2003, del Instituto Oftalmológico de hhhh.

**Tercero.-** En el expediente constan, además de la historia clínica del interesado en el Hospital hhhh2, diversos informes de unidades médicas y profesionales:

- Informe del Dr. ggggg, Jefe del Servicio de Oftalmología del Hospital hhhh2, de fecha 5 de diciembre de 2003.

- Informe de 4 de febrero de 2004 de la Inspección Médica, emitido por Dña. pppppp.

**Cuarto.-** Con fecha 18 de febrero de 2004, de conformidad con el artículo 11 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, se acuerda la apertura del trámite de



audiencia, concediéndose un plazo de quince días para formular alegaciones y aportar documentos.

Notificado a la parte reclamante, ésta comparece el 20 de febrero en la Gerencia de Salud del Área de xxxxx tomando vista del expediente, sin que conste que aquella haya formulado alegación o presentado documento alguno.

**Quinto.-** Con fecha 3 de noviembre de 2006, el Director General de Administración e Infraestructuras firma la propuesta de resolución del expediente, formulada en el sentido de desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada.

**Sexto.-** El 17 de noviembre de 2006 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la propuesta de resolución 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.



**3ª.-** Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la 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.

**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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

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 de 1999; 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 3583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3251/2002), 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.

La parte interesada 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.

**5ª.-** Entrando en el fondo del asunto, este Consejo comparte el criterio de la propuesta de resolución de 3 de noviembre de 2006, del Director General de Administración e Infraestructuras, reflejado en sus fundamentos de derecho, que conduce a desestimar la reclamación presentada.

La cuestión que se suscita ha de analizarse desde la contemplación de la teoría de la *lex artis*, que desde hace años constituye un límite preciso de la objetiva responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Esta teoría se ha ido afinando por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 7 de junio de 2001, 5 de marzo de 2002 y 14 de octubre de 2002) y por la constante doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 81/2002, 82/2002, 3657/2002 y 3623/2003).

Parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios –recordamos aquí el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo que generaliza tal criterio, Sentencia de 26 de mayo de 1986–, en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración sanitaria y sus agentes están 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* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamiento no quirúrgico y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad, de modo que existe obligación de soportar el daño cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico), 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.

El reclamante alega, en relación con la asistencia sanitaria que se le prestó, que hubo un "diagnóstico incorrecto", cuestionando así la observancia de la *lex artis*; lo cierto es que es una afirmación formulada sin aval técnico alguno. Este Consejo considera que ha de entenderse que las actuaciones del personal sanitario que atendió al paciente fueron correctas, conforme a las reglas de la *lex artis ad hoc*, toda vez que no ha resultado acreditado que se produjera un error de diagnóstico.

Así, nada permite afirmar que el reclamante el 12 de mayo de 2003, último día que acude a la consulta de oftalmología del Hospital hhhhh2, padeciese ya la dolencia, agujero en la retina del ojo izquierdo, que meses más tarde, el 21 de octubre de 2003, se le diagnosticaría en el Instituto Oftalmológico de hhhhh, o que de existir ya entonces hubiera podido ser diagnosticada.

En este sentido el Jefe del Servicio de Oftalmología del Hospital hhhhh2 en su informe de 5 de diciembre de 2003, manifiesta:

"a. Ha podido suceder que a pesar de haberle explorado en mayo del presente año bajo midriasis medicamentosa me haya pasado desapercibido la existencia del agujero de retina que menciona el informe aportado por el paciente.



»b. También ha podido suceder que se haya hecho visible biomicroscópicamente en los meses transcurridos desde que yo le exploré en mayo hasta el mes de noviembre cuando acudió a la hhhh3”.

Criterio que resulta compartido por la Inspección Médica que en su informe señala: “Puede haber ocurrido que el día 12 de mayo de 2003 pasara desaparecida (sic) la existencia del agujero en la retina o que no fuera visible en ese momento biomicroscópicamente, según informa el facultativo que le asistió, y se haya hecho visible en los meses posteriores”, permitiéndole establecer entre sus conclusiones que “no se demuestra diagnóstico incorrecto” y que “la asistencia prestada en la Seguridad Social fue adecuada”.

En línea con las manifestaciones expuestas cabe concluir que no ha quedado acreditado que se vulnerase la *lex artis*, de modo que se puede considerar que por parte de los servicios públicos se emplearon los medios y conocimientos acordes con el estado de la ciencia, dándose cumplimiento a la obligación de medios que a la Administración sanitaria incumbe.

Por otra parte, aun en el supuesto de considerar que se hubiera producido un error de diagnóstico, tampoco resulta acreditado el otro presupuesto que necesariamente debiera concurrir para fundamentar la pretensión resarcitoria: la necesidad del tratamiento urgente proporcionado en el Instituto Oftalmológico de hhhh (fotocoagulación con láser de argón). Urgente necesidad que sólo resulta de las afirmaciones realizadas en el escrito de reclamación.

Al respecto, el citado informe de 5 de diciembre de 2003 entre sus consideraciones finales señala:

“El tipo de lesión que describe el informe de la hhhh3 no reúne las características, no solamente para que precise un tratamiento urgente, sino que muy probablemente para que no lo precise. Quizá el único factor influyente en un tratamiento profiláctico es el de ‘ser prácticamente ojo único’.

»La situación del agujero en la retina inferior disminuye, aún más, las posibilidades de desprendimiento de retina”.



Y la Inspección Médica, tras precisar que “el informe médico que aporta (el reclamante) no indica la urgencia de la situación que refiere el paciente”, establece entre sus conclusiones:

“No es un caso de urgencia vital.

»No se demuestra (...) necesidad de tratamiento urgente”.

Por último, 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.

No habiéndose acreditado ni el error de diagnóstico, ni la urgente necesidad del tratamiento aplicado al paciente, ha de considerarse que éste acudió voluntariamente a un centro privado donde se le ofreció un tratamiento que pudo haberse dispensado en la sanidad pública. Conclusión que conduce directamente a desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial planteada.

### **III CONCLUSIONES**

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

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxxx debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

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