



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Quijano González, 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 28 de junio de 2007, 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 24 de mayo de 2007 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 Dña. xxxxx, representada por D. yyyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo hhhhh de xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 30 de mayo de 2007, se procedió a darle entrada en el Registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 509/2007, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión de dictamen, 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. Nalda García.

**Primero.-** Con fecha 25 de febrero de 2004, tiene entrada en la Gerencia de Salud de Área de xxxxx una reclamación de indemnización presentada por Dña. xxxxx, representada por D. yyyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo hhhhh de xxxxx.



La reclamante expone en su escrito que, como consecuencia del retraso de la sanidad pública en la realización de la intervención quirúrgica que tenía programada y la larga lista de espera, tuvo que acudir a la medicina privada. Solicita una indemnización de 3.342,42 euros, que corresponde a los gastos desembolsados por la atención sanitaria recibida en la Clínica xxxxx.

Acompaña a su escrito informes médicos, así como diversas facturas de la asistencia recibida en la Clínica xxxxx y de otros especialistas que intervinieron en la intervención quirúrgica practicada.

**Segundo.-** Al expediente administrativo se ha incorporado la siguiente documentación:

I.- Informe de Servicio de Otorrinolaringología que atendió a la reclamante, de fecha 2 de abril de 2004, en el que se señala lo siguiente:

“1º.- Esta paciente fue incluida en lista de espera quirúrgica por el servicio de O.R.L. con fecha 30 de julio de 2003 para intervención quirúrgica de su oído izquierdo, bajo anestesia general, con el diagnóstico de colesteatoma de oído izquierdo.

»2º.- Con fecha 20 de noviembre de 2003 Dña. xxxxx fue avisada por la Secretaría del Servicio de O.R.L. para proceder a realizar la intervención quirúrgica referida. La paciente alegó motivos familiares para rechazar la intervención quirúrgica en esos momentos (...) Con esa misma fecha, 20 de noviembre de 2003, quedó incluida de nuevo en la lista de espera.

»3º.- Dña. xxxxx fue programada por el servicio de O.R.L. para ser intervenida de su oído izquierdo el día 2 de febrero de 2004.

»4º.- Con fecha 30 de enero de 2004, el marido de Dña. xxxxx se personó en el servicio de O.R.L. y comunicó que su esposa renunciaba a la intervención quirúrgica programada para 3 días después porque ya había sido intervenida por lo privado el día anterior”.

II.- Informe del Dr. ggggg del Hospital xxxxx, de fecha 30 de enero de 2004, en el que se hace constar que “con fecha 29.01.04 se practica timpanoplastia con mastoidectomía de oído izquierdo (...) Buen curso



postoperatorio, la paciente es dada de alta hospitalaria con fecha 30.01.04, debiendo seguir en régimen ambulatorio hasta su alta definitiva”.

III.- Informe emitido por el Subdirector Médico de Atención Especializada del Complejo hhhhh de xxxxx, con fecha 5 de agosto de 2004, en el que se señala como fecha de inclusión de la reclamante en lista de espera quirúrgica el 31 de julio de 2003; así como que, con fecha 24 de septiembre de 2003, la intervención se pospone a voluntad del paciente y se le vuelve a incluir en lista de espera el 10 de noviembre de 2003.

IV.- Informe emitido por la Inspección Médica con fecha 29 de noviembre de 2004, en el que se hace constar, en sus conclusiones, que “La asistencia de ORL del Hospital hhhhh pudo ser mejor en lo referente a los meses de enero a julio de 2002. Posteriormente la asistencia fue adecuada y dentro de los plazos normales”.

V.- Informe emitido a instancia de la compañía aseguradora de la Administración sanitaria, de fecha 14 de enero de 2005, en cuyas conclusiones se recoge lo siguiente:

“El diagnóstico de Colesteatoma se realizó en plazo adecuado y se propuso un tratamiento quirúrgico que era correcto.

»El tiempo de espera hay que considerarlo adecuado.

»La necesidad de ser intervenida en otro centro no existía, parece obedecer a razones personales de la paciente, no justificadas por un error de diagnóstico del servicio de ORL de xxxxx o a una espera fuera de lo normal.

»La paciente rechazó en una ocasión su ingreso para ser intervenida.

»No existen motivos médicos que, a mi juicio, hagan necesario atender su demanda de reembolso”.

VI.- Historia clínica de la paciente



**Tercero.-** Mediante oficio de fecha 9 de febrero de 2005, notificado el 16 de febrero, se concede trámite de audiencia a la parte reclamante, quien presenta escrito de alegaciones el 4 de marzo en el cual "se interesa se proceda a un careo entre los médicos del servicio y mi representada por ser la única forma de demostrar fehacientemente cuanto esta parte ha expuesto en su escrito de reclamación".

**Cuarto.-** Con fecha 10 de abril de 2007, la Dirección General de Desarrollo Sanitario emite propuesta de resolución de carácter desestimatorio, que remite al Servicio de Normativa y Procedimiento de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León.

El Director General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León formula Propuesta de Orden desestimatoria, mediante escrito de 20 de abril de 2007, por entender que no ha existido retraso en la práctica de la intervención quirúrgica y por considerar que se ha producido un abandono voluntario del tratamiento por parte de la reclamante.

**Quinto.-** El 2 de mayo de 2007, 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, es preciso destacar negativamente que se ha producido una demora injustificada en la tramitación del presente expediente, puesto que la reclamación fue formulada en febrero de 2004, el trámite de audiencia fue concedido en febrero de 2005 y la propuesta de orden fue elaborada en abril de 2007. Este retraso necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración de principios y criterios relativos a 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 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.

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 de daños y perjuicios formulada por Dña. xxxxx, representada por D. yyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo hhhhh de xxxxx.



La 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, esto es, antes de transcurrir un año desde la fecha del hecho causante.

**6ª.-** 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 procedemos a exponer y analizar.

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.

En el presente caso, la reclamante alega en su escrito de reclamación que, como consecuencia del retraso en la sanidad pública en la realización de la intervención quirúrgica que tenía programada y la larga lista de espera, tuvo que acudir a la medicina privada.

Hay que tener en cuenta que, conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, el hecho de que la responsabilidad de la Administración sea objetiva, no convierte a la misma en responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple hecho de que ocurran en sus instalaciones. Así, en Sentencia, entre otras, de fecha 5 de junio de 1998, ha declarado que el "concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo –y así ocurre en el presente caso– se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal. El problema se reduce a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final. De las soluciones brindadas por la doctrina la teoría de la condición o de la equivalencia de las causas que durante tanto tiempo predominó en el Derecho Penal, según la cual es causa del daño toda circunstancia que de no



haber transcurrido hubiera dado lugar a otro resultado, está hoy sensiblemente abandonada”.

Continúa diciendo la Sentencia: “La doctrina administrativista se inclina más por la tesis de la causalidad adecuada, que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una *conditio sine qua non*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada. Es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo. Sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño (*in iure non remota causas, sed proxima spectatur*). De esta forma quedan excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios determinantes de Fuerza Mayor”.

En orden a las listas de espera, debe determinarse en cada asunto si soportar una lista de espera constituye o no un daño antijurídico, ya que ello -según la jurisprudencia- va a depender del caso concreto. Así, 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: “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 limitada 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 unas 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 4/86, de 25 de abril, General de Sanidad en relación con el artículo 28.2 del Real Decreto 521/87, 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.”

Continúa diciendo la sentencia “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”,



pasamos a examinar si, en el expediente remitido, concurren o no los requisitos exigidos para dar lugar a la responsabilidad que se reclama.

Del informe emitido a instancia de la Compañía Aseguradora se extrae que no estamos ante un supuesto de urgencia vital que precisara de una actuación sanitaria inmediata. Concretamente señala en su informe que “los plazos razonables de espera para la intervención de esta patología, se recomiendan que no sean de años, pero casos como éste se pueden dejar en listas de espera que duren varios meses, salvo si han existido complicaciones. En este caso los plazos fueron razonables y se vieron incrementados por la negativa de la enferma a ser intervenida en noviembre de 2003”.

A mayor abundamiento, hemos de recordar que la interesada fue apuntada en lista de espera en julio de 2003 para intervención del colesteatoma demostrado clínica y radiológicamente, abandonó la lista de espera en septiembre al llamarla para intervención quirúrgica (por razones familiares) y volvió a la lista de espera en noviembre de 2003, pasando al último lugar según la norma, y fue llamada nuevamente para someterse a la intervención el 2 de febrero de 2004. Finalmente la reclamante fue intervenida en la sanidad privada el 29 de enero de 2004.

Por tanto, la espera no fue desde julio como alega en su reclamación, sino desde noviembre de 2003, siendo llamada nuevamente el 2 de febrero de 2004 (esto es, en un plazo inferior a tres meses) y unos días antes de la fecha en la que fue intervenida en la medicina privada. Ello evidencia que no estaba justificado que la reclamante acudiera a la sanidad privada y que no hay base legal para justificar el haber elegido la medicina privada y pretender que ello sea a costa de la sanidad pública, a través de una indemnización de daños y perjuicios. Por otra parte, tampoco ha quedado probado que estemos ante 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.

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, al recordar 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 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 que pudieron ser prestados en instituciones de la Seguridad Social, las cuales disponen de medios técnicos y humanos muy cualificados que son marginados o dejados de la 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 podemos 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, así como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de 14 de octubre de 1997.

De todo lo expuesto, resulta claro que no queda acreditado que haya existido un retraso en el tratamiento que justifique que la reclamante hubiera acudido a la medicina privada sin agotar previamente todas las capacidades del sistema público de salud, habiendo renunciado por causas familiares en las fechas en que fue programada su operación con anterioridad a que acudiera a un centro privado. Por ello, hemos de entender 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 era la adecuada y que no se han producido retrasos que no tengan su origen en la propia decisión de la paciente, por lo que no puede ser reconocido derecho a indemnización alguna.

### **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, representada por D. yyyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo hhhhh de xxxxx.

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