



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero y

Ponente

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 22 de abril de 2008, 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 11 de marzo de 2008, 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 atención sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh, de xxxxx.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 24 de marzo de 2008, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 214/2008, 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. Pérez Solano.

Primero.- En escrito de reclamación de responsabilidad patrimonial presentada en el Hospital hhhhh de xxxx1 el 14 de junio de 2004, D. xxxxx reclama una indemnización, por los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de una intervención quirúrgica realizada de forma privada.



Solicita una indemnización de 2.000 euros en concepto de reintegro de gastos, como consecuencia de los gastos ocasionados al acudir a un cirujano privado para el tratamiento de lo que había sido diagnosticado de un bulto de grasa en el Hospital hhhhh.

Se justifica el uso de la medicina privada por la existencia de un previo error médico, ya que le fue diagnosticado un linfoma de Hodgkin grupo b (LNH-b) de bajo grado, recibiendo tratamiento quimioterápico y confirmándose posteriormente que nunca había existido dicho linfoma.

El reclamante puntualiza en su reclamación:

“Como quiera que lo que se pretende es únicamente la reparación del daño patrimonial derivado del mal funcionamiento de la Administración Sanitaria, ésta debe consistir en la indemnización en dinero del desembolso que se ha tenido que efectuar en la medicina privada para intentar subsanar los daños causados por la pública.

»(...) En cuanto al daño personal, nos reservamos el ejercicio de las oportunas acciones legales en función de que se satisfaga o no la pretensión deducida en el presente escrito”.

El reclamante había pedido anteriormente (el 20 de febrero de 2004) el reintegro de los gastos médicos ocasionados, siendo desestimada su reclamación el 5 de mayo de 2004.

Adjunta a su escrito la referida reclamación, documentación sobre el tratamiento médico realizado en un centro privado y una factura, por 2000 euros, de honorarios médicos.

Segundo.- De acuerdo con los informes y documentos de la historia clínica que obran en el expediente, el proceso asistencial del interesado puede resumirse del siguiente modo:

D. xxxxx, nacido el 3 de diciembre de 1967, ingresa en agosto de 1997 en el Hospital hhhhh por un cuadro de fiebre y dolor abdominal, siendo intervenido quirúrgicamente mediante laparotomía media, donde se describe un intestino delgado con signos inflamatorios y múltiples adenopatías a nivel



mesentérico. Se le realiza apendicetomía profiláctica y biopsia ganglionar, diagnosticándose por anatomía patológica de esclerolipomatosis apendicular y adenitis reactiva inespecífica.

En abril de 1998 vuelve a ingresar por una gastroenteritis aguda; y tras un nuevo reingreso en agosto del mismo año, se le diagnostica de linfoma de Hodgkin- b de bajo grado intestinal (III-E-A). Tras la realización de 6 ciclos de quimioterapia, se considera, en marzo de 1999, que el paciente está en remisión completa.

En enero de 2000 se inicia nuevo estudio, ante sospecha de recidiva intestinal, derivándose al paciente al Hospital hhhh1 para la realización de estudio de enteroscopia. Con el diagnóstico de posible recaída, se considera necesario remitir al paciente al centro de referencia, para la realización de una posible laparotomía exploratoria con biopsia intraoperatoria. El paciente es evaluado en el Hospital hhhh2 de xxxx2, revisándose la pieza de anatomía patológica que había motivado el diagnóstico de linfoma (ganglio axilar de agosto de 1998) que es informado como hiperplasia linfoidea reactiva.

Solicitado por el Servicio de Anatomía Patológica del Hospital hhhhh una tercera opinión "a xxxx3", confirman el diagnóstico. De todos estos hechos se emite informe médico el 24 de mayo de 2000 por el Servicio de Hematología del Hospital hhhhh. Este informe es conocido por el reclamante.

El paciente realiza revisiones en el Servicio de Digestivo del Hospital hhhhh, con una periodicidad aproximadamente semestral, realizando, entre otros estudios, TAC abdominales de control.

En la revisión de 13 de agosto de 2003 se aprecia en la exploración un bultoma en fosa iliaca izquierda, que se le diagnostica como lipoma, pautando tratamiento médico.

El paciente acude a un especialista de cirugía de un centro privado (Clínica hhhh3 de xxxxx), que, en informe de 16 de febrero de 2004, señala como motivo de consulta la presencia de un abultamiento irregular en el flanco izquierdo de pared abdominal, de consistencia media, doloroso. En la exploración reseñada se aprecia una cicatriz media supraumbilical



perfectamente cerrada, un abdomen muy globuloso y en vacío izquierdo una masa irregular de 3x4 cm.

Se le interviene quirúrgicamente en el centro privado el 22 de diciembre de 2003, siendo el diagnóstico de hernia encarcerada sobre trocar de laparoscopia, corregida quirúrgicamente. El informe anatomopatológico emite un diagnóstico final de lipoma.

Tercero.- Constan en el expediente, además de la historia clínica de la reclamante, un informe de la inspección médica de xxxxx fechado el 6 de mayo de 2005, que concluye:

“D. xxxxx padecía una hernia incisional a nivel del orificio del trocar de enterolaparoscopia, por la que protuía un lipoma. Por lo cual precisó intervención quirúrgica el 22/12/2003 mediante la que se cerró el orificio herniario y se extirpó la grasa protuida.

»La hernia incisional es consecuencia de la menor resistencia de la pared abdominal que supone la cicatriz del punto de entrada de un trocar de cirugía laparoscópica previa.

»La cirugía laparoscopia realizada a este paciente fue causada por un intento de descartar una recidiva tumoral como consecuencia del diagnóstico previo de un LNH-b que en mayo del año 2000 se confirmó que había sido erróneo.

»Si bien la confirmación del error diagnóstico se evidencia y se pone de manifiesto al paciente en informe de 24/5/2000, las consecuencias del mismo por las que se reclama en el presente procedimiento no se evidencian hasta el 22/12/2003”.

Cuarto.- Concluida la instrucción del expediente, se concede trámite de audiencia a la parte interesada, a efectos de que formule las alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime oportunos.

En este trámite el reclamante concede su representación al letrado D. yyyyy, que comparece el 20 de mayo de 2005 para consultar el expediente administrativo.



En escrito fechado el 2 de junio de 2005, la parte reclamante realiza nuevas alegaciones, señalando que "(...) lo único cierto es que la grave negligencia médica de la que mi representado ha sido víctima le ha desaconsejado continuar en manos de unos profesionales que le han causado unos daños físicos y psicológicos de difícil reparación". En este escrito se eleva la reclamación a 18.000 euros, por los sufrimientos padecidos, en previsión de un eventual acuerdo con la Administración.

Quinto.- El 14 de enero de 2008 se formula la propuesta de resolución, en el sentido de que procede desestimar la reclamación formulada.

Sexto.- El 15 de febrero de 2008 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente 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.

No obstante, debe ponerse de manifiesto la excesiva tardanza en la resolución del procedimiento, ya que la solicitud inicial de indemnización se



presenta el 14 de junio de 2004 y hasta el 11 de marzo de 2008 no se recibe el expediente en este Consejo Consultivo. Ello vulnera el principio de eficacia que debe presidir la actuación de la Administración, de acuerdo con el artículo 3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, así como el criterio de celeridad en la tramitación del procedimiento (artículo 74 de la misma ley), sin perjuicio de considerar que, de acuerdo con la obligación que tiene la Administración de dictar resolución expresa en todos los procedimientos, proceda ahora a dictar la resolución que corresponda en este expediente de responsabilidad patrimonial.

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

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 citada 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, 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 3.583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3.251/2002) y de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 1.008/2005, de 1 de diciembre; 1.134/2005, de 12 de enero de 2006; 59/2006, de 19 de enero; y 300/2006, de 23 de marzo), 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.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación formulada por D. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de una intervención quirúrgica, realizada de forma privada, la cual se justifica en la existencia de un previo error médico, que le produjo desconfianza de los médicos de su hospital de referencia.

Es de señalar que no consta que se presentara reclamación de responsabilidad patrimonial por el error médico referido en el informe de 24 de mayo de 2000; y que, en la presente reclamación, la pretensión va dirigida únicamente al reintegro de los gastos médicos causados por un lipoma, no por la hiperplasia linfoidea reactiva padecida inicialmente, ni como una secuela de la misma.

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.

6ª.- El presente expediente suscita, en primer lugar, la distinción entre los reembolsos de los gastos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital en los casos que hayan sido atendidos fuera del sistema nacional



de salud, y los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración propiamente dichos. Esta distinción surge de los preceptos del Real Decreto 63/1995, de 20 de enero, sobre Ordenación de Prestaciones Sanitarias del Sistema Nacional de Salud, especialmente de su artículo 5.3, que dispone: "En los casos de asistencia sanitaria urgente, inmediata y de carácter vital, que hayan sido atendidos fuera del Sistema Nacional de Salud, se reembolsarán los gastos de la misma, una vez comprobado que no se pudieron utilizar oportunamente los servicios de aquél y que no constituye una utilización desviada de esa excepción".

Si se opta, como ocurre en el presente caso, por orientar la reclamación por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración, hay que atenerse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la Ley 30/1992. Así pues, ha de examinarse la pretensión indemnizatoria de la reclamante desde la perspectiva de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

A juicio del Consejo Consultivo, no concurren en el presente supuesto los presupuestos de urgencia, inmediatez y carácter vital que podían haber determinado el resarcimiento de la pretensión de la reclamante.

En efecto, la jurisprudencia ha entendido reiteradamente que el citado precepto únicamente faculta para exigir el reintegro de gastos ocasionados por la asistencia sanitaria privada, cuando tal asistencia venga exigida por un proceso de urgencia vital inmediata en que no se hayan podido utilizar los servicios públicos oportunamente (supuesto que ha de interpretarse de manera estricta), de modo que se trate de un proceso morboso que entrañe un grave riesgo para la vida o integridad física del beneficiario, que dicho riesgo sea inmediato y extremado y que, precisamente en razón de esa perentoriedad en la asistencia, no pueda demandarse ésta de los servicios públicos, por intensificarse el riesgo con la demora en acudir a estos últimos (Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1988).

Estas circunstancias no concurren en el presente supuesto, ya que los informes que obran en el expediente concluyen que se trata de una mera desconfianza del reclamante porque: "(...) la grave negligencia médica de la que mi representado ha sido víctima le ha desaconsejado continuar en manos de unos profesionales que le han causado unos daños físicos y psicológicos de difícil reparación".



7ª.- Así pues, encauzada ahora la solicitud de indemnización por la vía de la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, ha de examinarse la eventual concurrencia de esta responsabilidad, fundada en la circunstancia de que en la asistencia sanitaria prestada por aquélla -aunque no se trate de asistencia sanitaria de urgencia vital- se haya dado lugar a un funcionamiento de los servicios que ocasione perjuicios que el administrado no tenga obligación de soportar.

Señala la Inspección Médica que “la existencia de una cicatriz previa supone en sí misma un punto de menor resistencia de la pared abdominal por la que puede llegar a producirse una herniación, sin que por ello implique una mala técnica quirúrgica”, confirmando también que la intervención era necesaria dentro del proceso diagnóstico de este paciente.

El diagnóstico del bulto, realizado por el especialista de Anatomía Patológica del centro privado, es del lipoma, idéntico al reseñado en el Hospital hhhhh, si bien el paciente solicitó su extirpación de forma privada. Existe, por ello, un abandono voluntario del reclamante, al tratarse de una cirugía que podía haberse realizado perfectamente en el Hospital hhhhh.

Finalmente, respecto a los daños alegados en las alegaciones (no reflejados en la reclamación salvo una referencia a daño personal) no especifica el interesado en qué han consistido ni justifica documentalmente su existencia

Pues bien, desde esta perspectiva, comparte el Consejo Consultivo la propuesta desestimatoria, por considerar que no concurren en el presente caso los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria, puesto que en ningún momento ha existido denegación injustificada de una asistencia y las intervenciones médicas realizadas fuera del Sistema Nacional de Salud pudieron realizarse también a tiempo y satisfactoriamente por la sanidad pública.

En definitiva, a la vista de las circunstancias del presente caso, cabe entender que ha existido una asistencia sanitaria ajustada a los estándares de actuación razonablemente exigibles, sin que pueda imputarse causalmente al funcionamiento de la Administración el abandono de los servicios públicos sanitarios señalado por la interesada y, en consecuencia, el daño cuyo resarcimiento se pretende.



Todo ello sin negar, obviamente, el legítimo derecho del paciente a acudir a la sanidad privada, en cuyo caso las consecuencias económicas de tal decisión no pueden ser trasladadas, sin más, a la Administración titular del servicio sanitario público.

En este mismo sentido se viene pronunciado este Consejo Consultivo, (por todos Dictamen 145/2004, de 31 de marzo, y Dictamen 508 de 2007 de 28 de junio), y el Consejo de Estado en el Dictamen 2.850/2003, de 30 de octubre.

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 atención sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh, de xxxxx.

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