

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 4 de septiembre de 2008, 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 15 de julio 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 Dña. xxxxx, debido a los daños derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh de xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 24 de julio de 2008, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 644/2008, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión de 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 presentado en la Gerencia de Salud de Área de Castilla y León en xxxxx el 16 de octubre de 2006, Dña. vvvvv solicita el reintegro de gastos médicos, producidos como consecuencia de haber sido atendida en un centro médico privado debido a un error de diagnóstico.

Adjunta a la reclamación diversas facturas y documentación médica de la Clínica hhhh1 de xxxx1 y del Hospital hhhhh de xxxxx.

Solicita como indemnización la cantidad total de 12.889,98 euros, correspondientes a los gastos realizados en la medicina privada, más una cantidad a tanto alzado de 3.000 euros, por los perjuicios causados.

**Segundo.-** La reclamante es intervenida quirúrgicamente en el Hospital hhhhh de xxxxx el día 17 de octubre de 2000, para extirparle un nódulo en la pared torácica derecha.

En julio de 2002 y septiembre de 2003, es intervenida de nuevo por la recidiva de las tumoraciones. El 5 de octubre de 2004 se le extirpa el músculo pectoral mayor, por existir una nueva recidiva tumoral.

Tras una visita programada, el 12 de mayo de 2006, sospechándose una nueva recidiva tumoral, con una localización imprecisa, se le propone un nuevo tratamiento quirúrgico consistente en la nueva extirpación de la tumoración; para ello se solicita consulta terapéutica al Servicio de Oncología Radioterápica.

La paciente no acepta el nuevo tratamiento, ni acude a consulta de Oncología, dirigiéndose a la Clínica hhhh1 de xxxx1 el 26 de julio de 2006, "para una segunda opinión".

En el referido centro privado se confirma el diagnóstico, interviniendo a la paciente el 13 de septiembre de 2006, realizándose una nueva resección de la tumoración, diagnosticándola de fibromatosis.

La paciente es sometida a braquiterapia en la Clínica hhhh1 de xxxx1 y a radioterapia en el Hospital hhhhh de xxxxx, continuando el seguimiento de su enfermedad en ambos centros médicos.

**Tercero.-** Al expediente se incorporan, además de la historia clínica del paciente y documentación sobre la petición de canalización a la Clínica hhhh1 de xxxx1, los siguientes documentos:

- Informe del Servicio de Traumatología y Ortopedia del Hospital hhhhh de xxxxx, de 20 de diciembre de 2006, en el que se señala que el

diagnóstico ha sido correcto y el tratamiento exquisito, previendo que "dadas las características de la lesión es muy probable que vuelva a recidivar".

- Informe de la Inspección Médica, de 13 de febrero de 2008, en el que se propone que "no se acceda a la indemnización económica solicitada", porque "la paciente fue sometida en la Clínica hhhh1 de xxxx1 al mismo tratamiento quirúrgico planteado en el Hospital hhhh de xxxxx. Decidió libremente solicitar una segunda opinión y ser tratada en la Clínica hhhh1 de xxxx1, abandonando voluntariamente la línea terapéutica planteada por el Servicio de Traumatología y C. Ortopédica, y no acudiendo al Servicio de Oncología". Debe tenerse en cuenta que, según la Inspección Médica, la recidiva local en la fibromatosis extra-abdominal puede llegar al 40 % de los casos.

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

El 11 de marzo de 2008 comparece la reclamante para examinar el expediente, presentando el 16 de marzo un escrito en el que realiza diversas puntualizaciones a los informes médicos obrantes en el expediente e incrementa su solicitud de indemnización, siendo "a día de hoy" de 13.897,89 euros (inicialmente solicitó 12.889,98 euros)

**Quinto.-** El 29 de mayo de 2008, la Directora General de Administración e Infraestructuras formula propuesta de orden de la Consejería de Sanidad desestimatoria de la reclamación.

**Sexto.-** El 11 de junio de 2008 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta 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.

Es necesario hacer un reproche a la tramitación del expediente de responsabilidad patrimonial, toda vez que existe una evidente tardanza en la misma. 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, sin olvidar el incremento que habría de conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder al reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

**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 referida 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, 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 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* para 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 derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada. Acudió a la medicina privada al considerar que había un error de diagnóstico y, según la reclamante, no se pusieron en funcionamiento los medios sanitarios precisos para evitar las continuas recidivas de sus tumores. Por ello considera que le deben reintegrar los gastos realizados.

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.

**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 establece que "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, de 26 de noviembre.

A juicio de este Consejo Consultivo, no concurren en el presente caso los presupuestos de urgencia, inmediatez y carácter vital que podían haber determinado el reintegro de los gastos solicitados por la reclamante.

En efecto, la jurisprudencia ha entendido reiteradamente que el precepto antes citado 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 Superior de Justicia de Castilla y León de 11 de marzo de 2003).

Estas circunstancias no concurren en el presente supuesto, ya que los informes que obran en el expediente concluyen que “la paciente fue sometida en la Clínica hhhh1 de xxxx1 al mismo tratamiento quirúrgico planteado en el Hospital hhhhh de xxxxx”.

**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, aunque no se trate de asistencia sanitaria de urgencia vital, se haya dado lugar a un funcionamiento de los servicios públicos sanitarios que ocasione perjuicios que el administrado no tenga obligación de soportar.

En el asunto sometido a dictamen, de los informes que obran en el expediente se puede concluir que no hubo error ni diagnóstico defectuoso. Pues bien, también desde esta perspectiva, comparte el Consejo Consultivo la propuesta desestimatoria, por considerar que no concurren los presupuestos necesarios para declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración Sanitaria, ya que en ningún momento ha existido denegación injustificada de asistencia, y las intervenciones realizadas fuera del Sistema Nacional de Salud pudieron realizarse también, si hubieran estado justificadas, 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, Dictámenes 145/2004, de 31 de marzo, y 508/2007, de 28 de junio) y el Consejo de Estado (Dictamen 2.850/2003, de 30 de octubre, entre otros).

### **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 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.