

Sr. Amilivia González, Presidente
Sr. Estella Hoyos, Consejero
Sr. Fernández Costales, Consejero y Ponente
Sr. Pérez Solano, 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 4 de septiembre 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 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 D. xxxxx, debido a los daños sufridos por la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh de xxxx1*.

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 645/2008, 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. Fernández Costales.

Primero.- El 15 de diciembre de 2006, D. xxxxx, de 63 años de edad, presenta en el registro de la Delegación Territorial de la Junta de Castilla y León en xxxx1, un escrito en el que solicita el abono de los gastos ocasionados al ser intervenido quirúrgicamente del hombro en la Clínica hhhh1 de xxxx2, así como los perjuicios sufridos como consecuencia de la paralización de su actividad

laboral junto con los daños morales padecidos como consecuencia de la actuación de los profesionales de la Administración Sanitaria.

Expone que tras ser diagnosticado de una tendinitis de hombro derecho y tratamiento con AJNC, reposo y rehabilitación, y no presentar mejoría, fue sometido a varias infiltraciones que resultaron totalmente ineficaces. Añade que ante la falta de respuesta alguna que pudiera entenderse satisfactoria sobre las posibilidades de curación o mejoría, acudió a la Clínica hhhh1 de xxxx2, donde el 19 de diciembre de 2005 se le practicó "sutura y desbridamiento del manguito rotador, así como acromioplastia artroscópica".

Solicita el pago de una indemnización de 7.520,64 euros por los gastos de la operación, adjuntando la correspondiente factura y copia de diversos informes médicos; y de 21.000 euros por los daños morales y perjuicios derivados del cese de su actividad laboral.

Acompaña al escrito de reclamación copia de diversos informes médicos, así como de facturas justificativas de los gastos derivados de la intervención quirúrgica realizada.

Segundo.- Consta en el expediente, además de la historia clínica del reclamante, informe emitido por la inspección médica el 3 de julio de 2007. De este último procede destacar lo siguiente:

"1.- Se considera que la atención médica dispensada a D. xxxxx Jiménez en el CEP por (...) y en el Hospital Ntra. Sra. de hhhh es correcta en todo momento y ajustada a las recomendaciones de la S.E.C.O.T. y de la mayoría de los autores, entre ellos, Neer, quien aconseja un mínimo de un año con tratamiento conservador antes de valorar una posible cirugía".

»2.- El tratamiento quirúrgico no estaría indicado en este paciente, mayor de 60 años, con un proceso degenerativo de la articulación del hombro y sin signo alguno de rotura del manguito rotador, ya que la mala calidad de los tendones no garantizaría una reparación eficaz.

»3.- La afirmación que realiza D. xxxxx de tener el brazo prácticamente inmovilizado para justificar su decisión a la clínica privada para

intervención, no coincide con las exploraciones realizadas por los especialistas y que se reflejaron en la historia clínica cada vez que le atendieron”.

»4.- El paciente, por iniciativa propia, acudió a la Clínica hhhh1 y se sometió a la intervención quirúrgica que allí se le propuso, adelantándose a una decisión que también estaba contemplada en la Seguridad Social tras agotar las vías previas, tal como anotó (...) en la historia clínica.

»5.- Por todo lo expuesto, no se considera justificada la reclamación sobre la existencia de un supuesto de responsabilidad patrimonial de la Administración en el caso de D. xxxxx, al no haberse producido *mala praxis* médica en su asistencia, ni denegación de tratamiento quirúrgico en ningún caso.

»6.- El reintegro de gastos solicitado corresponde a una asistencia médica en la Clínica hhhh1 de xxxx2, a la que decidió someterse el paciente de forma voluntaria, sin que existieran causas objetivas que lo justificaran”.

Tercero.- Por otro lado, en un informe emitido por la Asesoría Médica qqqqq el 4 de septiembre de 2007, expresamente se señala que “En la última consulta de COT a la que acudió, quedó escrito en la historia que si no mejoraba se valoraría la intervención quirúrgica. No volvió a consulta y decidió libremente acudir a la asistencia privada”, y que “La asistencia del enfermo en la Sanidad Privada es un hecho voluntario en relación con el principio de autonomía del paciente, pero a nuestro criterio, innecesario.

Cuarto.- El 19 de noviembre de 2007 se concede trámite de audiencia a la parte reclamante, que no formula alegación alguna.

Quinto.- El 26 de mayo de 2008, el Director General de Administración e Infraestructuras formula propuesta de orden de la Consejería de Sanidad, desestimatoria de la reclamación, por considerar que la asistencia recibida por el paciente ha sido en todo momento ajustada a la *lex artis*.

Así, se argumenta que “No pueden, por tanto, imputarse a la actuación de la administración sanitaria los daños morales y económicos referidos por el reclamante, daños que derivarían de la propia dolencia y de la baja médica asociada, así como de la decisión que el paciente toma, por iniciativa propia, de

acudir a una clínica privada para someterse a una cirugía abandonando el tratamiento rehabilitador y anticipándose a una decisión que también estaba contemplada en la Seguridad Social tras agotar las vías previas”.

Sexto.- El 6 de junio de 2008 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad emite un informe favorable sobre propuesta de orden.

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 Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

3ª.- Concurren en el interesado 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 Autónoma de Castilla y León.

El interesado ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, citada. En efecto, la intervención quirúrgica tuvo lugar el 19 de diciembre de 2005, siendo

presentada la reclamación el día 15 de diciembre de 2006, antes pues de transcurrir un año.

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, 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 Autónoma 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.

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, este Consejo comparte el criterio de la propuesta de orden de 26 de mayo de 2008, del Director General de Administración e Infraestructuras, reflejado en sus fundamentos de derecho cuarto y quinto, que conduce a desestimar la reclamación del interesado.

Para valorar el posible resarcimiento de gastos que se le han originado al reclamante, así como de los supuestos perjuicios económicos y morales mediante el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario examinar si se ha producido una denegación de asistencia o un error de diagnóstico que haya provocado en el paciente la necesidad de acudir a la medicina privada para el restablecimiento de su salud, con el consiguiente perjuicio económico que ello implica.

Llegados a este punto, ha de fijarse un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño. Este criterio básico o *lex artis ad hoc* se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados; es decir, la obligación es de prestar la debida asistencia médica y no de garantizar en todo caso la curación del enfermo. Es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida.

Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de mayo de 1986, que marcó el comienzo de considerar generalizada la obligación de medios al establecer: "La naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una `obligación de medios`, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere según el estado actual de la ciencia médica".

En ese mismo sentido se han pronunciado otras Sentencias del Tribunal Supremo tales como la de 9 de marzo y 9 de diciembre de 1998, 9 de mayo de 1999, 7 de junio de 2001, 5 de marzo de 2002 y 14 de octubre de 2002; así como la constante doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 81/2002, 3.657/2002 y 3.623/2003).

A la luz de este criterio se puede concluir que existe responsabilidad cuando no se realizan las funciones que las técnicas de la salud aconsejan y emplean como usuales, en aplicación de la deontología médica y del sentido común humanitario.

Precisamente, actuar con corrección en la actuación médica es el parámetro para determinar si ha existido desatención, inasistencia o un diagnóstico erróneo, razones que motivarían la asistencia a la medicina privada, pero que no concurren en el caso que nos ocupa.

De este modo, de los documentos que forman parte del expediente se desprende que ante la patología presentada por el paciente, se optó por pautar reposo, Aines, rehabilitación e infiltraciones, tratamiento ajustado a las recomendaciones de la Sociedad Española de Cirugía Ortopédica y Traumatología y de la mayoría de los autores, entre ellos de Neer, quien aconseja un mínimo de un año con tratamiento conservador antes de valorar una posible cirugía.

Además, tal y como constata la Inspección Médica, el paciente, por iniciativa propia, acudió a la Clínica hhhh1 y se sometió a la intervención quirúrgica que allí se le propuso, adelantándose a una decisión que también estaba contemplada en la Seguridad Social tras agotar las vías previas, tal como se anotó en la historia clínica.

6ª.- De todo lo hasta aquí expuesto puede concluirse que los gastos que se originaron al reclamante como consecuencia de su intervención en una clínica privada son una consecuencia de la decisión que libremente adoptó de someterse a la misma.

No resulta lógico pretender imputar tales gastos a un mal funcionamiento de los servicios públicos sanitarios, pues no resulta acreditado que no

se le haya prestado la asistencia médica debida por el hecho de que, en virtud de su libre decisión, considerara más oportuno someterse a una intervención en un centro privado. La decisión de acudir al centro de medicina privado responde a su propia voluntad y no a la necesidad de hacerlo como consecuencia de la falta de asistencia, o asistencia deficiente, de los servicios públicos sanitarios.

Por ello, tal y como viene siendo doctrina de este Consejo Consultivo (Dictamen 98/2006), no procede el reintegro de los gastos derivados de la intervención quirúrgica, ni en consecuencia, de los supuestos perjuicios económicos y morales alegados por el reclamante en su escrito.

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 sufridos por la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh de xxxx1.

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