



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, 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 30 de septiembre de 2010, 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 30 de agosto de 2010 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 que le fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 2 de septiembre de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 985/2010, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 31 de marzo de 2008 D. xxxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1.



En su escrito expone que el paciente, de 29 años y con una enfermedad neurológica llamada Charcot Marie Tooth que le obliga a caminar con dificultad y a moverse despacio, el día 6 de abril de 2007, cuando se encontraba bajando la rampa de un garaje nota que su pierna se desgarraba a la altura de la rodilla, sufriendo fuertes dolores, por lo que procede a llamar al servicio de ambulancia y es trasladado al Hospital hhhh1 de xxxx1. El facultativo que le atiende, tras explorarle, le comunica que la rótula se encuentra en su sitio, lo que no convence al reclamante por haber sufrido con anterioridad diversas lesiones de rótula. El mismo facultativo pauta inmovilización de la pierna con media férula y reposo durante tres semanas y le recomienda intervención quirúrgica de liberación del alerón externo de la rótula derecha, a lo que el paciente contesta que dicha intervención fue desaconsejada por su traumatólogo debido a la enfermedad que padece.

Considera que la indebida colocación de la férula y el no habersele suministrado Heparina (Fragming) desde el principio de su tratamiento derivó en padecer fiebres, insuficiencia respiratoria y herida en carne viva de la pierna, con resultado de una trombosis en su pierna derecha. Estima, además, que la recomendación de intervenir quirúrgicamente, dada por el traumatólogo que le asistió tras el accidente, se convirtió posteriormente en una advertencia de posibles complicaciones por la enfermedad que padecía y sin garantía de resultados, con el añadido de que la lista de espera era como mínimo de siete meses. Ante el desconocimiento de la situación real de su lesión decide acudir, para obtener una segunda opinión médica, a la clínica hhhh2 de xxxx2.

Reclama una indemnización de 25.000 euros, en concepto de los días de hospitalización y secuelas, y 10.000 euros por los gastos derivados de la asistencia prestada en la clínica privada. Incorpora a su reclamación diversos informes acreditativos de la asistencia recibida y certificado acreditativo del reconocimiento de minusvalía expedido el 9 de agosto de 2005.

Segundo.- Al expediente se incorporan el informe de los diversos facultativos que atendieron al paciente, el dictamen médico elaborado a instancia de la compañía aseguradora y el informe de la Inspección Médica de 16 de septiembre de 2008. Dicho informe concluye que la opinión de los dos traumatólogos que atendieron al paciente en el sistema público y privado son coincidentes en el tratamiento a seguir y que el particular reclamante debió solicitar la segunda opinión médica en el ámbito del sistema público de salud,



pidiendo el cambio de facultativo especialista o solicitando una orden de canalización de pacientes dirigida al hospital de referencia del Área de Salud de xxxx1.

Tercero.- Consta en el expediente un escrito del reclamante en el que se interesa por el estado de su reclamación.

Obra, asimismo, escrito del Jefe de Servicio de Inspección de 27 de enero de 2010, en el que comunica el rehúse de la petición indemnizatoria por la comisión de seguimiento del seguro de responsabilidad civil.

Cuarto.- Concedido trámite de audiencia, el 1 de marzo el reclamante presenta un escrito en el que, tras formular las alegaciones oportunas, reitera la pretensión indemnizatoria y manifiesta haber acudido a un perito especialista del que sólo aporta factura. Manifiesta también haber deducido demanda contencioso administrativa por los mismos hechos.

Quinto.- El 15 de junio de 2010 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Sexto.- El 13 de agosto la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente.

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, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que se presenta la reclamación (31 de marzo de 2008) hasta que se formula propuesta de orden (15 de junio de 2010). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración del artículo 12.b) del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, que consagra el derecho de los ciudadanos a la resolución de los asuntos que les conciernan en un plazo razonable; e igualmente como una infracción de los principios y criterios que han de regir 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 parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la 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.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

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, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio.



Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la reiterada doctrina del Consejo de Estado, así como la de este Consejo Consultivo, 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.

No obstante, la jurisprudencia modula el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial, al rechazar que la mera titularidad del servicio determine la responsabilidad de la Administración respecto de cualquier consecuencia lesiva relacionada con él que se pueda producir.

En el ámbito de la responsabilidad sanitaria, el parámetro que permite apreciar el grado de corrección de la actuación sanitaria a la que se imputa el daño viene determinado por el criterio de la *lex artis*. La teoría de la *lex artis ad hoc* en la actuación médica parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración Sanitaria y sus agentes estén 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 ad hoc* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

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

Finalmente debe mencionarse la reiterada jurisprudencia (por todas, Sentencias de 16 de marzo de 2005 y de 7 y 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), según la cual "a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida".

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, este Consejo Consultivo, al igual que el resto de los órganos que han informado a lo largo del procedimiento, considera que la reclamación planteada debe desestimarse. Tal afirmación tiene apoyo en el conjunto de la documentación examinada y, sobre todo, en el contenido y conclusiones del informe de la Inspección Médica y de los informes médicos obrantes en el expediente. Analizadas todas sus observaciones y conclusiones, no cabe inferir una vulneración de la *lex artis* que produjera los daños alegados por el interesado.



Como señala la Inspección Médica y al margen de considerar que las opiniones de los facultativos de los sistemas públicos y privados son coincidentes, no existen datos en el expediente que permitan dar por acreditada que la asistencia sanitaria recibida pudiera ser inadecuada o insuficiente. Así, en el informe del traumatólogo que asiste al paciente se hace constar que “la inmovilización en férula de escayola es el tratamiento indicado en un paciente que ha sufrido luxación de rótula, debiéndose mantener durante tres semanas para permitir la curación de las lesiones agudas”. Asimismo, y en cuanto a la negativa a pautarle tratamiento con heparina, el mismo facultativo señala que la heparina de bajo peso molecular se usa como profilaxis del tromboembolismo, según protocolos que tienen en cuenta diferentes factores, como edad por encima de 40 años, obesidad, antecedentes de trombosis venosa, etc., y que el paciente, al padecer una afectación neurológica periférica y no central y dado que se permite la movilización en la medida que lo tolere por el dolor, no reúne ninguno de los criterios anteriores. Además, puesto que el paciente refiere traumatismo importante en la rodilla derecha, la anticoagulación puede empeorar la lesión local por sangrado en la zona traumatizada. El informe del traumatólogo añade que es habitual en la práctica clínica que pacientes, a pesar de ser tratados con heparina de bajo peso molecular, sufran tromboembolismo. Tampoco constan datos en el expediente que acrediten la defectuosa colocación de la escayola o férula en la pierna del paciente.

Por otro lado, se reclama el importe correspondiente a las facturas abonadas en la medicina privada como consecuencia de la asistencia sanitaria prestada en ella, sin que aparezca justificado en modo alguno el abandono de la sanidad pública por la denegación de asistencia, que por otra parte ni alega ni prueba debidamente.

Para valorar el posible reintegro de gastos originados mediante el reconocimiento de la responsabilidad patrimonial de la Administración, es necesario examinar si se ha producido una denegación de asistencia que haya producido en el paciente la necesidad de acudir a la medicina privada para el restablecimiento de su salud. No obstante, de los documentos obrantes en el expediente lo único que puede deducirse es que no se produjo una denegación de asistencia por parte de los servicios médicos públicos, sino que el reclamante, voluntariamente, los abandonó y acudió a los de la medicina privada.



No puede considerarse, tal y como se refiere en los informes incorporados al expediente, que se haya producido una situación de abandono o desatención del paciente por parte del Hospital de hhhh1.

En este sentido 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 aparece así justificado que el reclamante acudiera a la medicina privada siguiendo los protocolos establecidos, pues no hay base 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. Tampoco ha quedado probado que se trate de 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 Real Decreto 1.030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la carta de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud.

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, que disponen de medios técnicos y humanos muy cualificados, y ser éstos marginados o dejados de lado, en la mayoría de las ocasiones, con base en decisiones arbitrarias o por intereses profesionales, o de excesivo, aunque humanamente comprensible, afán familiar de agotar todo tipo de posibilidades terapéuticas. En este sentido, pueden citarse 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.

No obstante, el interesado, en pleno ejercicio de su libertad, decidió acudir a la medicina privada para recibir la asistencia que se le pudo prestar en el sistema público sanitario, opción que, si bien es perfectamente legítima, no justifica que los gastos devengados deban ser indemnizados por la Administración.

De todo lo expuesto, resulta claro que el paciente fue debidamente tratado, dentro de las posibilidades existentes en una medicina de medios y no de resultados, por lo que queda acreditado que la asistencia sanitaria prestada por la sanidad pública era la adecuada.

Esta actuación no se desvirtúa por las alegaciones de la parte reclamante, que aunque cuestiona la asistencia médica practicada y con ello la observancia de la *lex artis*, no son avaladas por informe alguno, informe y ceden, por tanto, frente a la rotundidad con que las opiniones técnicas señaladas dictaminan a favor de la corrección del tratamiento dispensado en todo momento al paciente; juicios que tienen, además, la garantía de haber sido emitidos por profesionales médicos.

6ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, al haber manifestado el interesado que ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la desestimación, por silencio administrativo, de la reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que, en el caso de que en dicho proceso o, en otro, hubiera recaído sentencia firme, no procedería ya dictar resolución alguna en vía administrativa, sino dar cumplimiento en sus propios términos al fallo de la sentencia.

Este Consejo se ve igualmente en la obligación de poner de manifiesto que la demora injustificada en resolver el presente procedimiento de responsabilidad patrimonial y la consiguiente ausencia de causas expresas denegatorias de su reclamación -la desestimación se produce por silencio administrativo-, ha llevado al interesado a acudir a la vía judicial, con los gastos que esto conlleva de procurador y abogado, entre otros. Si bien es cierto que el cumplimiento por parte de la Administración de su obligación de resolver en plazo no hubiera impedido, en este caso, que el interesado acudiera a la vía



judicial, también lo es que los argumentos en que se fundamenta la desestimación es posible que le hubieran hecho desistir de esta opción.

7ª.- Debe por último advertirse que es necesario hacer una corrección de carácter formal al texto de la propuesta de resolución remitida: en la página nueve, primer párrafo, cuando se reproduce el contenido del informe de 14 de abril de 2008, del Dr. ddddd, la palabra 'inmovilización' debe ser sustituida por 'movilización'.

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 que le fue prestada en el Hospital hhhh1 de xxxx1.

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