



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Rey Martínez, Consejero
Sr. Velasco Rodríguez, 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 3 de mayo de 2012, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx*, 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 13 de abril de 2012 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. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 18 de abril de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 260/2012, 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 7 de septiembre de 2009 D. xxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial, debido a los daños derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh de xxxx1, en relación con el retraso existente en la lista de espera del Servicio de Oftalmología, que le



obligó a acudir a un centro privado en el que fue intervenido quirúrgicamente el 15 de enero de 2009 de desprendimiento de retina grave. Solicita el reintegro de los gastos de la operación cifrados en 4.000 euros.

Acompaña a su escrito informe de la clínica oftalmológica que practicó la intervención, la solicitud de consulta con el especialista de Oftalmología efectuada por el Centro de Salud el 30 de diciembre de 2008 y la citación efectuada a través del Servicio de Admisión del Hospital para consulta en el Servicio de Oftalmología el 18 de septiembre de 2009.

Segundo.- Al expediente se incorporan, además de la historia clínica, informe del Coordinador de Admisión del Hospital hhhh de xxxx1 de 7 de octubre de 2009, informe de Coordinador del Equipo de Atención Primaria del Centro de Salud de xxxx2 (xxxx1) de 16 de diciembre de 2009 e informe de la Inspección Médica de 10 de junio de 2010.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia el 1 de febrero de 2011, no consta la presentación de alegaciones.

Cuarto.- El 19 de enero de 2012 se formula propuesta de orden estimatoria de la reclamación.

Quinto.- El 21 de marzo de 2012 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 inicia el procedimiento de responsabilidad patrimonial (7 de septiembre de 2009) hasta que se formula la propuesta de orden (19 de enero de 2012). 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, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que, como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración, se vaya a conceder a la reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución

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 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.

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 aquel 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.

Quiere con ello decirse que, incluso en aquellos supuestos en los que pudiera producirse un error de diagnóstico, de tal circunstancia no cabe derivar automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que pueden producirse situaciones en las que la evolución silente de la dolencia u otras circunstancias hayan impedido acertar con el diagnóstico, a pesar de la correcta actuación seguida a tal fin por los servicios sanitarios.

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 comparte el criterio de la propuesta de orden que conduce a estimar la reclamación.

Como resulta del expediente, el 30 de diciembre de 2008 el interesado acude a su médico de Atención Primaria del Centro de Salud de xxxx2, donde se le facilita un modelo para solicitar interconsulta de Atención Especializada en Oftalmología, en el que se aportan los siguientes datos clínicos: “Paciente que refiere pérdida de visión en ojo derecho (nota como un estorbo). Refiere centelleo, moscas volantes”. Tal petición es tramitada con carácter ordinario. Ese mismo día se tramita esta solicitud desde el Centro.

El 2 de enero de 2009 se recibe una solicitud de consulta en el Servicio de Oftalmología para este paciente, procedente de su Centro de Atención Primaria con carácter ordinario, que se incorpora en Lista de Espera para pacientes ordinarios, con el fin de programarla en su turno por orden de antigüedad. El paciente es citado para la consulta solicitada el viernes 18 de septiembre de 2009.

El 15 de enero de 2009, el reclamante acude a consulta particular y es intervenido ese mismo día por desprendimiento de retina grave.

El 18 de agosto de 2009 se comunica al paciente por el Servicio de Admisión del Hospital hhhh de xxxx1 que la consulta con Oftalmología solicitada el 30 de diciembre de 2008, quedaba fijada para el 18 de septiembre de 2009, sin que el paciente acudiera a dicha cita.

Del relato que reflejan las actuaciones obrantes en el expediente resulta que el paciente acudió a los servicios médicos de Atención Primaria por presentar una sintomatología sugerente de desprendimiento de retina, que no fue valorada de acuerdo a la *lex artis*, por lo que no se formuló ningún diagnóstico de sospecha y fue remitido con carácter ordinario a la consulta especializada de Oftalmología.



Señala el informe de la Inspección Médica al respecto que “Este error inicial, sumado a la incapacidad del Servicio de Admisión del Hospital hhhh de xxxx1 para programar la asistencia a medio/largo plazo, probablemente motivada por la falta de un diseño funcional adecuado a la demanda del propio Servicio de Oftalmología, tuvo como consecuencia que, en primer lugar, no se diera la respuesta asistencial urgente que la patología del paciente requería, y en segundo lugar, que no se le facilitase una fecha ni siquiera aproximada para la consulta solicitada, lo que podría haber orientado al enfermo sobre la conducta a seguir. De forma que cuando el cuadro se agrava y éste solicita información sobre la demora, ya han transcurrido sobradamente los plazos recomendados por los protocolos para la asistencia médica.

»Ante la información recibida del propio Hospital hhhh de xxxx1 de que la cita podría demorarse hasta un año, el paciente recurre a un centro privado donde es diagnosticado de desprendimiento de retina e intervenido con la celeridad que debió ser aplicada inicialmente”.

En cuanto a si soportar o no una lista de espera constituye un daño antijurídico, la Sentencia de 29 de febrero de 2008, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Sala de Valladolid), señala lo siguiente:

“Sobre las denominadas listas de espera, cuya existencia ha de considerarse inevitable, la [Sentencia de la Audiencia Nacional] de 24 de noviembre de 2004 recoge su doctrina -que compartimos- comenzando por citar la Sentencia del Tribunal Supremo, Sección 6ª, de 24 de septiembre de 2001, que declara que “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. Posteriormente la [Sentencia de la Audiencia Nacional] que venimos citando reproduce la suya de 31 de mayo de 2000, señalando que `para la prestación del servicio sanitario la Administración tiene un deber de puesta de medios, pero dispone de unos 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 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad, en relación con el artículo 28.2 del Real Decreto 521/1987, 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.

»Que desde la juricidad (sic) 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´, declarando la [Sentencia del Tribunal Superior de Justicia] de La Rioja, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sentencia de 27 de mayo de 2004, que `En principio debe indicarse que el Sistema de Asistencia Sanitario Público tiene unos recursos limitados que implican la necesidad de existencia de lista de espera, y en principio esta circunstancia no genera responsabilidad patrimonial, siempre y cuando dicha espera deba considerarse razonable y adecuada, para lo cual deberá de atenderse a las circunstancias concretas de cada caso´. (...)

Expuesta esta doctrina, se considera que en el caso sometido a dictamen existe un daño antijurídico puesto que, a juicio de este Consejo Consultivo, la



espera a que se sometió al reclamante tuvo una duración excesiva originada por un inadecuado diagnóstico inicial de la patología del paciente, que condujo a su vez a un error en la clasificación de la prioridad del enfermo y, consecuentemente, a una deficiente gestión de la lista de espera en la que fue incluido.

No concurre por lo demás un ánimo del reclamante de optar por la sanidad privada y prescindir del tratamiento de su enfermedad por los servicios sanitarios públicos. Así lo indica expresamente la Inspección Médica: "No se aprecia en la conducta del enfermo una pretensión *ab initio* de recurrir a los servicios de la medicina privada, sino que esto se produce ante la falta de respuesta adecuada a su dolencia por parte del sistema público, y la información recibida desde éste de que la asistencia podría demorarse hasta un año, por lo que no cabría cuestionar el principio de buena fe".

Concluye por ello el referido informe que "La inobservancia de la *lex artis* en el diagnóstico y orientación terapéutica de la patología que presentaba el enfermo, unido a una inadecuada respuesta del Servicio de Admisión tanto en la programación asistencial como en la información facilitada al paciente, pusieron en riesgo la funcionalidad de órganos de suma importancia para el desenvolvimiento de la persona, entre los que cabe incluir los ojos, y le ocasionó un perjuicio que, a juicio de esta Inspección, no tenía el deber jurídico de soportar".

A la luz de todo lo expuesto, de los datos y las consideraciones recogidas en los informes obrantes en el expediente, puede concluirse que se incurrió por parte de los profesionales médicos de la sanidad pública en una actuación contraria a la *lex artis ad hoc*, que obligó al paciente a acudir a la sanidad privada, con los perjuicios que de ello se derivan. Por ello la reclamación debe estimarse.

6ª.- Respecto al importe de la indemnización, se comparte la cuantía indemnizatoria de la propuesta de resolución que, con base en la factura de la intervención quirúrgica obrante en el expediente, la fija en 4.000 euros.

Ello se entiende sin perjuicio de que dicho importe deba actualizarse a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.



III CONCLUSIONES

En mérito a lo expuesto, el Consejo Consultivo de Castilla y León informa:

Procede dictar resolución estimatoria en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por D. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh de xxxx1.

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