



Sr. Amilivia González, Presidente y Ponente

Sr. Rey Martínez, Consejero
Sr. Velasco Rodríguez, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Valladolid el día 21 de junio de 2012, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. 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 16 de mayo 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 Dña. María Mercedes Fernández Alonso, en nombre y representación de Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial de xxxx1*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 17 de mayo de 2012, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 315/2012, iniciándose previa ampliación, el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 55 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo de Castilla y León, aprobado por el Decreto 17/2012, de 3 de mayo. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Amilivia González.

Primero.- El 21 de octubre de 2009 Dña. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx, presenta una reclamación de responsabilidad



patrimonial, debido a la asistencia sanitaria que le fue prestada a esta última en el Complejo Hospitalario de xxxx1.

En su escrito expone que sufrió la fractura del escafoides tarsiano de un pie que fue incorrectamente diagnosticada como una simple contusión, por lo que no fue intervenida quirúrgicamente a tiempo, lo que le obligó a acudir a la sanidad privada.

A requerimiento de la Administración, presenta copias de los DNI de la representante y la representada y del Libro de Familia. Posteriormente aporta copia del poder notarial acreditativo de la representación.

El 27 de enero de 2010 la parte reclamante presenta un escrito en el que solicita que se inicie un procedimiento de responsabilidad patrimonial de la Administración.

Segundo.- Al expediente se incorporan, además de la historia clínica, entre otros, los siguientes documentos:

- Informe de responsabilidad patrimonial realizado por la Inspección Médica el 6 de abril de 2010, en el que se recoge la siguiente conclusión: "Que ha existido un error diagnóstico, dado que tenía: Fractura conminuta de escafoides con luxación astrágalo escafoidea. (...) Que existe una relación causa-efecto. La causa error diagnóstico; el efecto, intervención quirúrgica (...)".

-Informe médico pericial de valoración del daño corporal emitido a instancia de la compañía aseguradora de la Administración, elaborado colegiadamente el 10 de diciembre de 2010, que concluye que "tanto las posibles secuelas, como el tratamiento quirúrgico y rehabilitador hubieran sido las mismas, por lo que sólo cabe indemnizar los 15 días de retraso diagnóstico".

Tercero.- El 16 de diciembre de 2009 se nombra instructor del procedimiento.

Cuarto.- Constan en el expediente copias de diversos escritos de queja presentados por Dña. yyyy, dirigidos a Atención al Paciente, y diversas facturas



relativas a la atención médica practicada a Dña. xxxx en centros sanitarios privados.

Quinto.- Concedido trámite de audiencia, el 20 de enero de 2011 la parte reclamante presenta alegaciones en las que se insiste en que la paciente no recibió del Sistema Público de Salud la debida asistencia sanitaria y por ello acudió a la sanidad privada. Cuantifica la indemnización en 8.805,85 euros.

Sexto.- Mediante escrito de 17 de febrero de 2011 la Inspección Médica se reafirma en el criterio seguido en su informe de 6 de abril de 2010.

Séptimo.- El 6 de febrero de 2012 la Dirección General de Asistencia Sanitaria de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden estimatoria parcial de la reclamación por importe de 773,78 euros.

Octavo.- El 18 de abril 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 la parte interesada presenta la reclamación (21 de octubre de 2009) hasta que se formula la propuesta de orden (6 de febrero 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.

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 parte interesada ha ejercitado su derecho a reclamar en tiempo hábil de acuerdo con 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, nexos causales que implican 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 aquél 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 medi-



cina 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 comparte el criterio de la propuesta de orden que conduce a estimar parcialmente la reclamación de la interesada. No obstante no se comparten los mismos criterios indemnizatorios.

El presente procedimiento 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.

En cuanto al reintegro de gastos médicos, el artículo 4, apartado 3, del Real Decreto 1.030/2006, de 15 de septiembre, por el que se establece la carta de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud y el procedimiento para su actualización, dispone: "La cartera de servicios comunes únicamente se facilitará por centros, establecimientos y servicios del Sistema Nacional de



Salud, propios o concertados, salvo en situaciones de riesgo vital, cuando se justifique que no pudieron ser utilizados los medios de aquél. En estos 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 o abusiva de esta excepción. Todo ello sin perjuicio de lo establecido en los convenios internacionales en los que España sea parte o en normas de derecho interno reguladoras de la prestación de asistencia sanitaria en supuestos de prestación de servicios en el extranjero”.

En este sentido cabe mencionar la siguiente Sentencia de 11 de abril de 2008 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, Sala de lo Contencioso-Administrativo en Valladolid: “En relación específica al posible reintegro de los gastos médicos satisfechos en el ámbito de la medicina privada, cabe señalar que dicha materia se reguló de modo tradicional por lo dispuesto en el artículo 18 del R.D. 2766/67, de 16 de noviembre (en la redacción dada por el Decreto 2575/73), que establecía la posibilidad de obtener el reintegro de los gastos ocasionados por la asistencia recibida fuera de la Seguridad Social en dos casos: denegación injustificada de asistencia (al que se asimilaba el error de diagnóstico) y el supuesto de urgencia vital que imposibilitaba que el tratamiento se recibiera por los medios dependientes del Servicio Nacional de Salud. En cualquiera de ambos supuestos la acción de reintegro de gastos era conocida por la jurisdicción social (en aplicación de lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley de Procedimiento Laboral) y ello porque se trataba de una reclamación en materia de prestaciones de Seguridad Social.

»No obstante, esta regulación fue sustancialmente modificada por el R.D. 63/95, de 20 de enero, de Prestaciones de Asistencia Sanitaria, que tras señalar en el artículo 5.1 que “La utilización de las prestaciones se realizará con los medios disponibles en el Sistema Nacional de Salud, en los términos y condiciones previstos en la Ley General de Sanidad y demás disposiciones que resulten de aplicación y respetando los principios de igualdad, uso adecuado y responsable, y prevención y sanción de los supuestos de fraude, abuso o desviación”, su apartado 3 estableció 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 ó abusiva de esta excepción'. A partir de la entrada en vigor del R.D. 63/95, pues, los dos supuestos de reintegro de gastos que recogía la regulación tradicional (denegación de asistencia y urgencia vital) quedaron reducidos solo a uno, el último: urgencia vital, y éste sigue siendo susceptible de reclamación ante los órganos de la jurisdicción social, señalando la STS, Sala de lo Social, de 20 de octubre de 2003 que 'Del texto de la norma reglamentaria se deduce que son cuatro los requisitos exigidos para que el reintegro de gastos por asistencia sanitaria ajena al sistema público sea procedente. Dos positivos: que se trate de urgencia inmediata, y que sea de carácter vital. Y los otros dos, negativos: que no hubiera posibilidad de utilización de los servicios de la sanidad pública y que el caso no constituya una utilización abusiva de la excepción'.

»Sin embargo, los supuestos que antes se encuadraban en lo que se llamaba denegación de asistencia o error de diagnóstico han venido siendo objeto de reclamaciones por la vía contencioso administrativa mediante la responsabilidad patrimonial de la Administración, incluyéndose supuestos de retraso injustificado en prestar la asistencia debida, retraso que lleva al beneficiario de la Seguridad Social a buscar que la asistencia le sea prestada por la medicina privada que, generalmente, es mas rápida y carece, en buena medida, de listas de espera, todo ello sin perjuicio de considerar con carácter general que el Sistema de Asistencia Sanitario Público tiene unos recursos limitados que implican la necesidad de existencia de lista de espera, por lo que 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, siendo posible, por tanto, que por vía de responsabilidad patrimonial pueda verse resarcido el particular de un perjuicio padecido si ha existido un retraso injustificado en la asistencia que debía ofrecérsele o que dicha espera no pueda considerarse razonable".

A juicio del Consejo Consultivo, no concurren en el presente caso los requisitos de urgencia, inmediatez y carácter vital que podían haber determinado el resarcimiento de la pretensión del reclamante. De los informes que obran en el expediente puede concluirse que, ante la posibilidad de un mal diagnóstico y ante el retraso en solucionar sus dolores, la reclamante acudió a un centro privado.



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 298/2009, de 21 de abril, Dictamen 290/2009, de 7 de mayo y Dictamen 903/2009, de 1 de octubre).

6ª.- No obstante, de los informes obrantes en el expediente se desprende que en la primera asistencia médica realizada en el Servicio de Urgencias el Hospital de xxxx1 se produjo un error en la interpretación de las radiografías -se diagnostica como una contusión lo que en realidad se comprobó que era una rotura-. Posteriormente, tras el diagnóstico correcto de un médico privado, la paciente acude de nuevo al hospital donde, conocida la nueva valoración, se comprobó el error y se optó por inmovilizar el pie con una bota de yeso. Sin embargo, la paciente consideró que no debía esperar y decidió optar por la intervención quirúrgica en un centro privado.

A la luz de todo lo expuesto y de los datos y consideraciones recogidas en los informes obrantes en el expediente, se desprende que se prestó una asistencia médica incorrecta, ya que hubo un error de diagnóstico, lo que genera responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

La propuesta de resolución considera así acreditado en el expediente un retraso en el diagnóstico correcto de 14 días, por lo que debe indemnizarse por ese retraso. Se olvida sin embargo que también debe abonarse la factura del médico privado, sin cuya intervención el Servicio Público de Salud y la paciente no hubieran tenido la certeza de la rotura. Esta valoración es determinante dado que, como se pone de manifiesto en la reclamación, en su Centro de Salud se negaron a revisar las radiografías.

7ª.- Respecto al importe de la indemnización, se comparte la cuantía indemnizatoria de la propuesta de resolución que, con base en el baremo de la Ley sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor, texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2004, de 29 de octubre, y su actualización por Resolución de 20 de enero de 2011, de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, fija en 773,78 euros.



No obstante, esa cuantía debe incrementarse con las facturas abonadas en la medicina privada, radiografías realizadas y otros gastos efectuados para la consecución directa del diagnóstico correcto, pero no las consecuencias económicas referidas a su decisión -legítima pero voluntaria- de acudir a la sanidad privada para ser intervenida quirúrgicamente. Estas cantidades no aparecen desglosadas en el expediente, por lo que no pueden valorarse y, por ello, su importe deberá determinarse en expediente contradictorio instruido al efecto, sin perjuicio de su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad, de acuerdo con lo previsto en 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 parcial, en los términos contenidos en el cuerpo del presente dictamen, en el procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Complejo Asistencial de xxxx1.

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