



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 29 de julio de 2010, 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 1 de julio 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 Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su madre, Dña. vvvvv, en el Hospital hhhh1 de xxxx1.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 7 de julio de 2010, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 804/2010, 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 27 de julio de 2007 Dña. xxxxx presenta una solicitud de reintegro de gastos debido a la asistencia sanitaria que le fue prestada a su madre, Dña. vvvvv, en el Hospital hhhh1 de xxxx1.



En su escrito expone que a la paciente se le realizó el 21 de julio de 2004 nefrectomía radical derecha por adenocarcinoma de células claras y posteriores consultas de revisión periódica. Posteriormente y tras empeorar su estado, se le realizan nuevas pruebas y es ingresada. El 23 de marzo de 2007 le realizan biopsia, sin que le detecten la recidiva tumoral, por lo que, de forma privada, decidió realizar el 11 de mayo siguiente la prueba PET con resultados positivos y, con base en dicho informe, el Servicio de Oncología del Hospital hhhh1 rápidamente inició el tratamiento.

Solicita el reintegro de los gastos privados ocasionados. Adjunta las facturas correspondientes, copia de informes médicos y documentación clínica.

El 3 de octubre de 2007 se desestima el reintegro de gastos solicitado y la Administración acuerda iniciar de oficio un procedimiento de responsabilidad patrimonial.

Segundo.- A las actuaciones se incorporado el expediente de reintegro de gastos tramitado, los informes del Servicio de Urología del Hospital de xxxx1 que atendió a la paciente y el informe de la Inspección Médica de 8 de febrero de 2008, que concluye que procede el abono solicitado ya que la atención que se le estaba prestando no subsanaba *motu proprio* el error en la toma de la muestra que se realizó en la primera punción-biopsia.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia, se comunica verbalmente el fallecimiento de la paciente y se aporta copia del testamento y escrito de subrogación de los herederos.

Cuarto.- El 4 de mayo de 2010 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden estimatoria de la reclamación por importe de 1.568,95 euros.

Quinto.- El 7 de junio de 2010 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente; no obstante reseña que la cuantía de la indemnización no se ha actualizado conforme a lo dispuesto en el artículo 141.3 de la Ley 30/1992.

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 (3 de octubre de 2007) hasta que se formula la propuesta de orden (4 de mayo 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, 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 20 de diciembre, 20 de marzo y 7 de marzo de 2007 y de 16 de marzo de 2005), 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 planteada.

El informe de la Inspección Médica de 8 de febrero de 2008, obrante en el expediente, señala que es evidente la existencia de un error en la toma de la muestra de la punción-biopsia realizada el 23 de marzo de 2007 ya que lo que se pretendía biopsiar era músculo psoas y se biopsió colon, por lo que la prueba lógicamente dio negativa; pero en la consulta de 3 de mayo siguiente no se dan por enterados de dicho error y se propone un nuevo TAC para el 19 de octubre siguiente. Añade que la paciente, al realizarse el PET de forma privada consigue reconducir la situación para que se decida realizar una nueva punción-biopsia del psoas y esta vez sí se confirme el diagnóstico de sospecha. En efecto, el 26 de julio de 2007 se confirmó el resultado de recidiva de hipernefroma. Concluye el Inspector Médico que "(...) la atención que se le estaba prestando, no subsana de motu proprio el error en la toma de la muestra que se realizó en la primera punción-biopsia".

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 a la paciente a acudir a la sanidad privada, con los perjuicios que de ello se derivan y que, por tanto, procede indemnizar.

6ª.- Respecto al importe de la indemnización, se comparte la cuantía indemnizatoria de la propuesta de resolución, que, con base en las facturas



obrantes y su actualización, fija en 1.568,95 euros. Queda excluida por tanto, como señala la propuesta de resolución, la factura correspondiente a la consulta privada de oncología del día 23 de enero de 2007, toda vez que, como se ha expuesto, el error padecido arranca de la biopsia realizada el 23 de marzo de 2007.

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 expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada por Dña xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su madre, Dña. vvvvv, en el Hospital hhhh1 de xxxx1.

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