



Sr. Madrid López, Presidente en funciones

Sr. Estella Hoyos, Consejero
Sr. Fernández Costales, Consejero y Ponente

Sr. Pérez Solano, Consejero
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 5 de mayo de 2011, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de Dña. xxxx1, D. xxxx2 y Dña. xxxx3 y Dña. xxxx4*, 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 24 de marzo de 2011 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. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx1, D. xxxx2 y Dña. xxxx3 y Dña. xxxx4, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a Dña. xxxx1 en el Complejo Asistencial de xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 31 de marzo de 2011, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 372/2011, 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 de Castilla y León, aprobado por Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Fernández Costales.

Primero.- El 6 de marzo de 2009 D. yyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx1, D. xxxx2 y Dña. xxxx3 y Dña. xxxx4, presenta una reclamación



de responsabilidad patrimonial, debido a la asistencia sanitaria que le fue prestada a Dña. xxxx1 en el Complejo Asistencial de xxxxx.

En la reclamación se expone que Dña. xxxx1 fue diagnosticada de carcinoma indiferenciado nasofaríngeo en abril de 2003, cuando contaba con 49 años de edad, y sometida a tratamiento de quimioterapia y radioterapia radical en nasofaringe y área ganglionar cervical.

Se añade que en 2006 presentó lesión medular a nivel cervical secundaria a radiación, por lo que se le reconoció un grado de minusvalía del 94%.

Considera que las lesiones que padece la paciente "muy posiblemente sean debidas a mala *praxis*" y que existe falta de información. Se solicita una indemnización total de 1.497.143,86 euros y se adjunta a la reclamación copia del poder de representación.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informes de los Servicios de Oncología Radioterápica y de Radiofísica y Protección Radiológica del Hospital de xxxxx que atendieron a la paciente y de la Inspección Médica de 19 de junio de 2009, que concluye que "tras el estudio realizado se infiere que las lesiones medulares parecen secundarias al tratamiento de radioterapia aplicado" y que "La planificación de la radioterapia cumplía los criterios de intención curativa del tumor y minimización de riesgos de lesión de médula espinal".

Tercero.- Consta en el expediente documentación acreditativa de haberse interpuesto recurso contencioso administrativo contra la desestimación por silencio de la reclamación de responsabilidad patrimonial, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo de xxxx5 del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.

Cuarto.- Obra asimismo escrito de 11 de marzo de 2010 del Jefe de Servicio de Inspección, en el que comunica el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.



Quinto.- Concedido trámite de audiencia a la parte reclamante, presentan un escrito en el que comunican haber interpuesto recurso contencioso administrativo. Asimismo adjuntan copias de la demanda, de informes médicos, de la valoración de obras de adaptación del domicilio familiar, de diversas facturas y de la declaración de la renta.

Sexto.- El 27 de enero de 2011 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

Séptimo.- El 7 de marzo de 2011 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad emite informe jurídico favorable sobre la 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 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 (6 de marzo de 2009) hasta que se formula la propuesta de orden (27 de enero de 2011). 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 los reclamantes, 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 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 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, los interesados fundamentan su reclamación en una mala *praxis* y una falta de información.

En primer lugar, en relación con la asistencia médica prestada, se alega en la reclamación que las lesiones que presenta la paciente son secundarias a la radioterapia, muy posiblemente debidas a mala *praxis* y, en todo caso, desproporcionadas al tratamiento aplicado.

Para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de poner de manifiesto que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante, es preciso verificar si en el presente caso se produjo un ejercicio inadecuado de la *lex artis*, para lo cual hay que partir del análisis de los informes médicos incorporados al expediente.

El informe de la Inspección Médica de 19 de junio de 2009 señala que el cáncer de *cavum* consiste en la transformación maligna de la mucosa que tapiza dicha cavidad y la formación de un tumor, que es poco frecuente en



España y que gran parte de los pacientes son diagnosticados con tumores grandes pues apenas producen sintomatología en el inicio. El tratamiento más efectivo es la radioterapia de la zona del tumor y del cuello y los riesgos asociados dependen de la ubicación del tumor, su extensión y cuáles son las estructuras normales alrededor.

Por su parte, en el informe del Servicio de Radiofísica y Protección Radiológica del Complejo Asistencial de xxxxx de 3 de abril de 2009, obrante en el expediente, se señala que los sistemas de planificación llamados 3D surgieron en la década de los 90 y supusieron un avance considerable en el tratamiento de pacientes de radioterapia ya que el cálculo de dosis absorbida se realiza sobre todo el volumen del paciente. Además ofrecen numerosas herramientas de visualización de los haces de radiación sobre el paciente y ambas características aumentan sustancialmente la calidad de los tratamientos. Se precisa que no obstante están en continua y rápida evolución, afinando cada vez más la precisión de cálculo.

Señala, además, que en los tratamientos radicales de otorrinolaringología, en los que se pretende erradicar el tumor con una dosis alta, como es el caso que se examina, la proximidad de la médula al tumor hace que ésta sea especialmente sensible a los cambios del modelo y que, aunque el sistema de cálculo de 2003 cumplía todas las tolerancias establecidas por la ley y los documentos reconocidos internacionalmente, presentaba una serie de limitaciones que se han ido mejorando con el tiempo.

La Inspección Médica añade que, en el caso de la reclamante, que no presenta en la actualidad evidencia de recaída tumoral, se planificó un tratamiento de intención curativa, dadas las características del tumor que presentaba, y se planificó la radioterapia a efectos de minimizar los riesgos de la lesión de la médula espinal, aunque del análisis dosimétrico se desprende que se aplicó una dosis algo mayor que la calculada a la luz de los conocimientos actuales sobre radioterapia. A los tres años de finalizado el tratamiento comenzó a padecer síntomas de mielopatía cervical que, descartado el origen tumoral, se presume que son debidos a efectos secundarios tardíos de la radiación aplicada; patología que ha sido correctamente valorada y tratada. Concluye, por tanto, que "La planificación de la radioterapia cumplía los criterios de intención curativa del tumor y minimización de riesgos de lesión de médula espinal".



De todo ello se evidencia que la paciente tuvo un adecuado tratamiento de la dolencia que presentaba con la utilización de las técnicas aplicables en el momento, por lo que existe una actuación médica acorde a la *lex artis ad hoc*.

Como se ha indicado anteriormente, la obligación de los profesionales de la medicina es de medios y no de resultados, lo que se traduce en prestar la mejor asistencia posible y asumir las limitaciones de la propia medicina en el diagnóstico de todas las patologías y curación de enfermedades. Así, el artículo 141 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, dispone que no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquellos.

Tal y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de enero de 2004: "(...) el daño sufrido por el recurrente no pudo calificarse de antijurídico, ya que la intervención practicada se llevó a cabo con total corrección y la conveniencia de la intervención quirúrgica no se pone en duda, según expresamente declara como hecho probado la Sala de instancia en su fundamento jurídico sexto. No hay, por otra parte, en autos constancia alguna en los informes médicos emitidos, que la técnica utilizada fuera incorrecta y que el resultado hubiera sido distinto de haberse seguido otro método. Faltó, pues, el nexo causal entre la actuación sanitaria y el daño producido".

En segundo lugar y por lo que respecta a la falta de información, debe analizarse si la paciente, diagnosticada de carcinoma nasofaríngeo, recibió información adecuada sobre el tratamiento médico de radioterapia al que iba a ser sometida y las posibles complicaciones de él derivadas.

Tal y como consta en el expediente, el 21 de abril de 2003 la paciente suscribió el correspondiente documento de consentimiento informado para tratamiento médico de radioterapia externa sobre lecho del tumor y cadenas ganglionares. En este documento se informó a la paciente de forma suficiente y comprensible del tratamiento, alternativas, beneficios y riesgos que de él se derivan. En el documento se recoge expresamente que los riesgos o efectos secundarios de la radioterapia pueden ser agudos (aparecen durante la radioterapia y hasta un periodo de 6 meses después) y crónicos o tardíos (que pueden aparecer hasta años después de haber finalizado el tratamiento). Entre



aquellos efectos secundarios se contemplan expresamente la afectación de la médula ósea y los neurológicos.

El artículo 3 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica, define el consentimiento informado como “La conformidad libre, voluntaria y consciente de un paciente, manifestada en el pleno uso de sus facultades después de recibir la información adecuada para que tenga lugar una actuación que afecte a su salud”.

Por lo tanto, la actuación médica se llevó a cabo previa información y consentimiento de la paciente. Así, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 2000, siempre que no resulte probado que existió negligencia, la conjunción de un riesgo no extraño a la intervención y el consentimiento informado determinan que el daño no sea antijurídico.

Procede traer a colación la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, entre otras, en la Sentencia de 2 de noviembre de 2007, en la que se sostiene que “Como señala la sentencia de 20 de abril de 2005, con referencia a la de 4 de abril de 2000, toda persona tiene con respecto a las distintas Administraciones Públicas sanitarias, y entre otros aspectos, derecho a que se le de en términos comprensibles, a él y a sus familiares o allegados información completa y continuada verbal o escrita sobre el proceso, incluyendo diagnóstico, pronóstico y alternativas de tratamiento de conformidad con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 10 de la Ley General de Sanidad vigente en el momento de la realización de la prueba, así como a la libre elección entre las opciones que le presenta el responsable médico de su caso, siendo preciso el previo consentimiento escrito del usuario para la realización de cualquier intervención, de conformidad con lo que dispone el apartado 6 de dicho precepto excepto, entre otros casos que ahora no interesan, cuando no esté capacitado para tomar decisiones, en cuyo supuesto, el derecho corresponderá a sus familiares o personas a él allegadas; y, finalmente, a que quede constancia por escrito de todo su proceso”.

A la luz de todo lo expuesto y a la vista de los datos y las consideraciones recogidas en los informes obrantes en el expediente, ha de entenderse que se prestó una asistencia médica correcta, sin que el informe pericial aportado desvirtúe dicho extremo, y que el daño invocado, al no tener



la consideración de antijurídico, no genera responsabilidad patrimonial de la Administración Pública.

6ª.- Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, al constar que los interesados han 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.

Por último, este Consejo se ve igualmente en la obligación de poner de manifiesto que, la demora injustificada en resolver el presente expediente de responsabilidad patrimonial, y la consiguiente ausencia de causas expresas denegatorias de su reclamación -la desestimación se produce por silencio administrativo-, ha llevado 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 se acudiera a la vía judicial, también lo es que los argumentos en que se fundamenta la desestimación es posible que hubieran hecho desistir de esta opción.

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. yyyyy, en nombre y representación de Dña. xxxx1, D. xxxx2 y Dña. xxxx3 y Dña. xxxx4, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a Dña. xxxx1 en el Complejo Asistencial de xxxxx.

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