



Sr. Pérez Solano, Presidente en funciones

Sr. Fernández Costales, Consejero
Sr. Quijano González, 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 2 de agosto de 2007, 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 3 de julio de 2007 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 sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh de xxxxx.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 11 de julio de 2007, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 667/2007, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente en funciones del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- Mediante escrito –que el interesado denomina “reclamación previa”- presentado el día 1 de abril de 2003 en el registro de la Gerencia de Salud de Área de xxxxx, D. xxxxx interpone reclamación de responsabilidad patrimonial, solicitando una indemnización de daños y perjuicios como consecuencia de haber tenido que acudir a una clínica privada en demanda de asistencia sanitaria, según el reclamante ante la pasividad y por el error de



diagnóstico de la sanidad pública en el tratamiento de su cáncer colorrectal, así como por el padecimiento sufrido en este periodo, al creerse en estado terminal.

Solicita como indemnización la cantidad de 98.948,45 euros, que desglosa en: reintegro de gastos médicos, 11.307,22 euros; daños morales 80.000 euros; secuelas 2.500 euros; días de baja 4.159,51 euros; e intereses y gastos del préstamo solicitado 981,72 euros.

El 30 de octubre 2003 el reclamante se dirige nuevamente a la Gerencia de Área de xxxxx reiterando y reproduciendo la reclamación previa, así como la petición de responsabilidad patrimonial de la Administración, solicitando certificación de actos presuntos en relación con la misma.

Sobre esta reclamación se han seguido dos procedimientos: Uno de reintegro de gastos sanitarios, posteriormente sustanciado ante la jurisdicción social, y otro de responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria.

Segundo.- D. xxxxx, contando con 67 años, acude en febrero de 2002 a la consulta de su ambulatorio con el especialista de digestivo, por un cuadro de rectorragias, estreñimiento y dolor abdominal de tres meses de evolución. Se le indican las siguientes pruebas diagnósticas: colonoscopia, que informa de estenosis mamelonada a 18 cm. del ano, con abundantes restos que impiden la correcta visualización, aunque parece claramente una neoformación; biopsia, que detecta mucosa de colon hiperplásica con focos de adenocarcinoma de colon en tres de los fragmentos recibidos; TAC, con hallazgos compatibles con neoplasia de colon sigmoide sugerente de extensión local.

Ingresa para valoración quirúrgica el 12 de marzo de 2002 en el Hospital hhhhh, de xxxxx, con diagnóstico inicial de neoplasia de recto sigma. Se le realizan las pertinentes pruebas preoperatorias, que son normales y no contraindican la intervención; a continuación el paciente firma el consentimiento informado correspondiente a la cirugía y anestesia.

En fecha 4 de abril de 2002 es intervenido quirúrgicamente de neoplasia de recto. Recibe el alta hospitalaria el día 11 de abril de 2002, en cuyo informe se indica: "laparotomía paramedia izquierda, gran tumoración de unos 20 cm. de longitud que invade estructuras vecinas, próstata y grandes vasos.



Adenopatías. Invade recto congelando paredes a su nivel. En hígado posterior a hilio hepático se palpa una dureza. Dado los hallazgos se considera inoperable, cerrando la herida laparotómica". Se remite al paciente a su médico de Atención Primaria para tratamiento sintomático.

Posteriormente el paciente, considerándose desahuciado por la Sanidad Pública, decide buscar una segunda opinión en un centro privado, acudiendo al Hospital hhhhh1 en xxxxx. El día 6 de junio de 2002 ingresa en el mencionado centro sanitario donde, tras repetir las pruebas anteriormente efectuadas, le diagnostican un adenocarcinoma infiltrante moderadamente diferenciado de recto-sigma.

El día 13 de junio de 2002 ingresa nuevamente para tratamiento quirúrgico, objetivándose durante la misma una "Tumoración que ocupa e infiltra peritoneo de pelvis menor y peritoneo vesical. No metástasis hepáticas"; todo ello se lleva a cabo mediante técnica consistente en la liberación del rectosigma, incluyendo peritoneo infiltrado y fijaciones laterales del mismo; se procede igualmente a la liberación del uréter derecho que está englobado en la tumoración. Por último, se realiza resección de recto-sigma con anastomosis colo-rectal-término-terminal.

El informe de Anatomía Patológica objetiva adenocarcinoma colo-rectal (T4NOMO) infiltrante moderadamente diferenciado, que infiltra todas las capas del órgano, alcanzando la grasa perivisceral. De la pieza se aíslan 22 ganglios linfáticos, todos ellos libres de colonización tumoral. Bordes quirúrgicos libres.

Tras la citada segunda intervención, el paciente evoluciona favorablemente, pautándose tratamiento de quimioterapia adyuvante, que recibe en el Servicio de Oncología del Hospital Clínico de xxxxx.

Tercero.- Al expediente administrativo se incorpora la historia clínica y otros documentos e informes, de los que se destaca:

- Informe Clínico de Alta Hospitalaria en el Hospital hhhhh, de 11 de abril de 2002, suscrito por el Dr. D. xxxx1.

- Informe Clínico de Alta Hospitalaria en el Hospital de la hhhhh1, de 25 de junio de 2002, suscrito por el Dr. D. xxxx2.



- Informes, documentación diversa y facturas correspondientes al tratamiento médico privado seguido por el reclamante, así como documentación del préstamo solicitado.

- Informe del Dr. D. xxxx3, F.E.A. de Cirugía del Hospital hhhhh en el que manifiesta que intervino en calidad de ayudante quirúrgico y que como tal no le corresponde la toma de decisiones a ningún nivel y tampoco dar información al enfermo o sus familiares.

- Informe del Dr. D. xxxx4, cirujano adjunto del Hospital hhhhh, en el que indica:

“Se me asignó, por el responsable de la programación de intervenciones quirúrgicas, realizar una laparotomía al reclamante. Constaban datos de exploraciones complementarias, y biopsia, de la existencia de un cáncer de recto de gran tamaño y que infiltraba estructuras vecinas. La participación en la I. Quirúrgica se me comunicó el mismo día de la misma. Se practicó un estudio de la historia clínica y, obedeciendo al orden de trabajo del Servicio de Cirugía General se practicó laparotomía exploratoria con el fin de beneficiar al paciente. El equipo quirúrgico asignado constaba de dos personas: Dr. xxxx4 y Dr. xxxx3.

»Una vez abierta la cavidad abdominal se constató la existencia de gran tumor adherido en pelvis a planos profundos y estructuras vecinas (aparato genitourinario), adherencias fuertes de asas de delgado a la tumoración, que se liberaron para ver el alcance y la extensión de la misma. Se confirmó que existía, “pelvis congelada”, no movilizándose el tumor. Así mismo se constataron gránulos blanquecinos en peritoneo, lenticulares, signos de carcinomatosis peritoneal. En hígado, cercano a hilio hepático e inabordable por dicha vía, se palpó tumoración dura que no pudo filiarse. Podría corresponder a metástasis, pero eso no puede asegurarse. Se siguió el criterio de irresecabilidad total del tumor y proceso neoplásico generalizado, actuando siempre con el criterio de no añadir morbilidad grave que empeorase el estado del paciente”.

- Informe del Dr. D. xxxx5, Jefe de Servicio de Cirugía del H. hhhhh, en el que se señala “Que el paciente no se consideró inoperable, se



operó, y según consta en la historia, se consideró que el tumor era irresecable debido a la extensión local y fijación a órganos y vasos vecinos.

»En el TAC que se realizó previo a la intervención, también se contempla la extensión local del tumor que contacta con la cúpula vesical.

»Así mismo se hace constar que el diagnóstico no fue erróneo, se había diagnosticado de adenocarcinoma de recto, mediante colonoscopia y biopsia, y como tal adenocarcinoma se operó.

»La decisión de resecabilidad o no siempre está en manos del Cirujano que a la vista del estado de la tumoración, de la extensión de la misma y situación en relación con órganos o estructuras vecinas, decide si seguir ó no la intervención.

»El Dr. xxxx4 y el Dr. xxxx3 que operaron a dicho paciente son cirujanos con muchos años de experiencia que actuaron de acuerdo a *lex artis*, habiéndose realizado todas las pruebas diagnósticas precisas antes de la intervención.”

- Informe de la inspectora médica, Dra. Dña. xxxx6, al que incorpora la demanda de reintegro de gastos presentada por el reclamante ante la Jurisdicción Social y el informe emitido por la Inspección Médica en el procedimiento de reintegro de gastos sanitarios.

Como conclusión de su informe señala: “Por todo lo anterior se considera que la atención sanitaria prestada a D. xxxxx en el Servicio de Cirugía fue la procedente en cada momento. Se realizaron las exploraciones y pruebas pertinentes para llegar a un diagnóstico y realizan el tratamiento oportuno.

»Tal como refiere el Jefe de Servicio de Cirugía el paciente no se consideró inoperable, se operó, y según consta en la Historia clínica se consideró que el tumor era irresecable debido a la extensión local y fijación a órganos y vasos vecinos. En el TAC que se realizó previo a la intervención también se contempla la extensión local del tumor que contacta con la cúpula vesical. Así mismo se hace constar que el diagnóstico no fue erróneo, se había diagnosticado adenocarcinoma de recto mediante colonoscopia y biopsia y como tal adenocarcinoma se operó. La decisión de resecabilidad o no siempre



está en manos del cirujano que a la vista del estado de la tumoración, de la extensión de la misma y situación en relación con órganos o estructuras vecinas, decide si seguir o no la intervención.

»Así mismo el Dr. xxxx4 refiere en su informe de enero del 2004 que se siguió el criterio de irsecabilidad total del tumor y proceso neoplásico generalizado, actuando siempre con el criterio de no añadir morbilidad grave que empeorase el estado del paciente.

»Respecto al Reintegro de gastos solicitado, según sentencia que se adjunta la Gerencia Regional de Salud reintegrará 11.307,22 euros a que ascendiera el costo de la asistencia sanitaria recibida por el interesado fuera de la Red Sanitaria Pública en un caso probado de urgencia vital”.

Cuarto.- La Sentencia de 24 de enero de 2005, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, sede de xxxxx, desestima el Recurso de Suplicación interpuesto por la Gerencia Regional de Salud contra la sentencia del Juzgado de lo Social de xxxxx de 30 de septiembre de 2004, y confirma el fallo de la sentencia recurrida, estimatorio de la solicitud de reintegro de gastos sanitarios formulada por D. xxxxx. Por este concepto se le reintegra la cantidad de 11.307,22 euros.

Quinto.- A la vista de la documentación aportada y por considerar que concurrían los requisitos precisos, se propone al reclamante la terminación convencional del procedimiento, conforme a lo dispuesto en el artículo 8 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo; al no llegar a un acuerdo, se continua la instrucción mediante la notificación del trámite de audiencia y vista del expediente al interesado, con fecha 29 de septiembre de 2005.

Sexto.- El reclamante presenta escrito de alegaciones en fecha 20 de octubre del 2005, en el que reargumenta el error diagnóstico que ha producido el daño alegado, y aporta copia de las sentencias que reconocen su derecho al reintegro de gastos médicos, obtenidas en la jurisdicción social, y adjunta un informe realizado por el Dr. xxxx7, sobre valoración del daño corporal.



Séptimo.- El día 5 de junio de 2007 la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud, propone estimar parcialmente la reclamación, reconociendo el derecho del interesado a percibir una indemnización de 8.095, 44 euros.

Octavo.- El 11 de junio de 2007, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de orden estimatoria por considerarla ajustada a derecho.

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 el interesado presenta la solicitud de indemnización (el 1 de abril de 2003) hasta que se formula la propuesta de orden (el 5 de junio de 2007). Esta circunstancia necesariamente ha de considerarse como una vulneración por parte de la Administración de principios y criterios relativos a 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.

A este respecto, debe tenerse presente que los titulares de las unidades administrativas y el personal al servicio de las Administraciones Públicas que tuviesen a su cargo la resolución o el despacho de los asuntos serán responsables directos de su tramitación y adoptarán las medidas oportunas para remover los obstáculos que impidan, dificulten o retrasen el ejercicio pleno de los derechos de los interesados o el respeto a sus intereses legítimos, disponiendo lo necesario para evitar y eliminar toda anomalía en la tramitación de procedimientos. Además, los términos y plazos establecidos en esta u otras leyes obligan a las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas competentes para la tramitación de los asuntos, así como a los interesados en los mismos. Todo ello en virtud de lo dispuesto en los artículos 41.1 y 47 de la Ley 30/1992, ya citada.

Por último, debe recordarse que conforme al artículo 89.3 de la referida Ley 30/1992, la resolución (y también su notificación, de acuerdo con el tenor literal del artículo 58.2 de la misma norma) debe indicar los recursos que procedan contra la misma, el órgano ante el que deben presentarse y el plazo para su interposición.

3ª.- Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992. 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.

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, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo



Común, a la que además se remite el artículo 82.1 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 1 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998; 28 de enero de 1999; 1 y 25 de octubre de 1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expte. nº 183/2003; 6 de febrero de 2003, expte. nº 3583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3251/2002) y de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 1008/2005, de 1 de diciembre; 1134/2005, de 12 de enero de 2006; 59/2006, de 19 de enero; y 300/2006, de 23 de marzo), 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.

En las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión (que llevaría la responsabilidad objetiva más allá de los límites razonables), sino que es preciso acudir al criterio



de la *lex artis* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, con independencia del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no le es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente.

5ª.- El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada por D. xxxxx, solicitando una indemnización de daños y perjuicios por haber tenido que acudir a una clínica privada en demanda de asistencia sanitaria -según el reclamante ante la pasividad y debido al error de diagnóstico de la sanidad pública en el tratamiento de su cáncer colorrectal- y por los padecimientos sufridos al creerse en estado terminal.

El interesado ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la citada Ley 30/1992, según el cual, “en todo caso, el derecho a reclamar prescribe al año de producirse el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo. En caso de daños, de carácter físico o psíquico, a las personas el plazo empezará a computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas”.

La cirugía objeto de reclamación se realizó el día 11 de abril de 2002, y el 13 de junio de 2002 se realiza nueva intervención en un centro privado. Con fecha 1 de abril de 2003, el perjudicado presenta escrito de reclamación previa ante la Gerencia Regional de Salud, que reproduce con fecha 30 de octubre de 2003, ahora con la denominación de responsabilidad patrimonial.

6ª.- En cuanto al fondo del asunto que se dirime en el presente expediente, a la vista de éste y de otros casos similares, resulta necesario fijar un parámetro que permita determinar el grado de corrección de la actividad administrativa a la que se imputa el daño. Este criterio básico o *lex artis ad hoc* se basa en que la obligación del profesional de la medicina es de medios y no de resultados, es decir, la obligación consiste en prestar la debida asistencia médica y no en garantizar en todo caso la curación del enfermo. Es un criterio de normalidad de los profesionales sanitarios que permite valorar la corrección de los actos médicos y que impone al profesional el deber de actuar con arreglo a la diligencia debida.



Así lo ha manifestado el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de mayo de 1986, que marcó el comienzo de considerar generalizada la obligación de medios al establecer que “La naturaleza jurídica de la obligación contractual del médico no es la de obtener en todo caso la recuperación de la salud del enfermo (obligación de resultado), sino una obligación de medios, es decir, se obliga no a curar al enfermo, sino a suministrarle los cuidados que requiere según el estado actual de la ciencia médica”.

En igual sentido se ha pronunciado el mismo Tribunal en otras Sentencias, tales como la de 9 de marzo de 1998, 9 de diciembre de 1998, 9 de mayo de 1999 y 4 de abril de 2000. Esta última Sentencia (4 de abril de 2000) señala: “El criterio fundamental para determinar si concurre responsabilidad patrimonial en materia de asistencia sanitaria es el de la adecuación objetiva del servicio prestado, independientemente de que existan o no conductas irregulares por parte de los agentes de la Administración y del buen o mal éxito de los actos terapéuticos, cuyo buen fin no siempre puede quedar asegurado”.

Y en sentido similar al hasta aquí expuesto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2002, en su fundamento de derecho séptimo, señala: “Aunque en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria tiene una importancia secundaria si la actuación del servicio médico ha sido correcta o incorrecta, lo cierto es que tal apreciación permite, en primer lugar, determinar con alto grado de certeza la relación de causalidad y, en segundo lugar, concluir si el perjuicio sufrido por el paciente es o no antijurídico, es decir, si éste tiene o no el deber jurídico de soportarlo, ya que, según la jurisprudencia tradicional, ahora recogida por el precepto contenido en el artículo 141.1 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, redactado por la Ley 4/1999, no son 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 aquéllos.

»En nuestra Sentencia de 22 de diciembre de 2001 (recurso de casación 8406/97) declaramos que en el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración el elemento de la culpabilidad del agente desaparece frente al elemento meramente objetivo del nexo causal entre la actuación del servicio público y el resultado lesivo o dañoso producido, si bien,



cuando del servicio sanitario o médico se trata, el empleo de una técnica correcta es un dato de gran relevancia para decidir, de modo que, aun aceptando que las secuelas padecidas tuvieran su causa en la intervención quirúrgica, si ésta se realizó correctamente y de acuerdo con el estado del saber, siendo también correctamente resuelta la incidencia postoperatoria, se está ante una lesión que no constituye un daño antijurídico conforme a la propia definición legal de éste, hoy recogida en el citado artículo 141.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, redactado por Ley 4/1999, de 13 de enero, que no vino sino a consagrar legislativamente la doctrina jurisprudencial tradicional, cuyo alcance ha quedado aquilatado en este precepto.

»La jurisprudencia (Sentencias de 25 de enero de 1997, 21 de noviembre de 1998, 13 de marzo, 24 de mayo y 30 de octubre de 1999) ha precisado que lo relevante en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas no es el proceder antijurídico de la Administración, dado que tanto responde en supuestos de funcionamiento normal como anormal, sino la antijuridicidad del resultado o lesión.

»La antijuridicidad de la lesión no concurre cuando el daño no se hubiese podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de la producción de aquél, incluyendo así nuestro ordenamiento jurídico como causa de justificación los denominados riesgos del progreso”.

Por ello, de acuerdo con la jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo, la doctrina del Consejo de Estado y la de este Consejo Consultivo, en las reclamaciones derivadas de la actuación médica o sanitaria no resulta suficiente la existencia de una lesión, que supondría llevar la responsabilidad objetiva más allá de los límites de lo razonable, sino que es preciso acudir al criterio de la *lex artis ad hoc* como modo de determinar cuál es la actuación médica correcta, independientemente del resultado producido en la salud o en la vida del enfermo, ya que no es posible ni a la ciencia ni a la Administración garantizar, en todo caso, la sanidad o la salud del paciente. Así pues, sólo en el caso de que se produzca una infracción de dicha *lex artis ad hoc*, respondería la Administración de los daños causados; en caso contrario, dichos perjuicios no son imputables a la Administración y no tendrían la consideración de antijurídicos, por lo que deberían ser soportados por el perjudicado.



7ª.- En el caso que nos ocupa, ha sido reconocida por la Administración la defectuosa asistencia médica quirúrgica, al considerar que no había solución al tumor, cuando en la medicina privada se le puso solución aparentemente satisfactoria. Por ello la controversia se centra en cuantificar los elementos componentes de los daños a indemnizar y cuantificar éstos.

En su reclamación D. xxxxx solicitaba una indemnización de 98.948,45 euros, por los conceptos de reintegro de gastos realizados en la sanidad privada, daño moral, días de baja, secuelas e intereses y gastos del préstamo solicitado para financiar el tratamiento privado.

Con relación al abono del importe de la asistencia sanitaria privada, se solicitó en la Jurisdicción Social el reintegro de los gastos médicos necesarios para recuperarse de su enfermedad y que ascienden a la cantidad de 11.307,22 euros. Este proceso judicial termina con la sentencia número 382 del Juzgado de lo Social de xxxxx, de fecha 30 de septiembre de 2004, que reconoce el derecho del demandante y condena al demandado a pagar la citada cantidad. Dicha sentencia es confirmada por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de fecha 24 de enero de 2005.

Por lo que respecta a los gastos (981,27 euros) derivados de la solicitud del préstamo bancario que, según indica el reclamante, solicita para hacer frente al gasto de la intervención y tratamiento en el centro sanitario privado, como acertadamente señala la propuesta de resolución, dos causas motivan su denegación: "por una parte, falta la acreditación de la afectación de los intereses del préstamo al fin reclamado, y, por otra parte, es preciso indicar que, en todo caso, esta cantidad debía haber sido solicitada en el procedimiento de reintegro de gastos, puesto que se trataría de un gasto vinculado a la obtención del tratamiento sanitario privado".

Queda por cuantificar y valorar el resarcimiento de los días de baja y secuelas, y el daño moral. Así pues, es preciso entrar a valorar cada uno de estos conceptos para comprobar si efectivamente procede o no la cantidad total solicitada.

En primer lugar y respecto a los días de baja, el paciente valora 13 días de estancia hospitalaria. Sin embargo, según se desprende de la historia clínica aportada al expediente, el paciente permanece hospitalizado bastantes más



días, un total de 26, como detalla la propuesta de resolución: “ingresó el día 15 de marzo de 2002 en el Hospital hhhhh para estudio, volvió a ingresar para someterse a la primera intervención en el mencionado hospital el día 2 de abril de 2002 hasta el 11 de abril de 2002, tal como consta en el informe de alta. Posteriormente acudió al Hospital hhhhh1 el día 6 de junio de 2002 para estudio, ingresando de nuevo el día 12 de junio de 2002 para la segunda intervención hasta el 25 de junio de 2002 según el informe de alta del citado centro hospitalario. Así pues son 2 días de estudio, 10 días para la primera operación y 14 para la segunda, alcanzando un total de 26 días hospitalarios”.

Con relación a los días improductivos, el paciente contabiliza 60 días, plazo que ha sido suficientemente acreditado y sobre el que hay acuerdo con la Administración.

Como consecuencia de la ausencia de un baremo específico en materia de responsabilidad patrimonial, los Tribunales han venido utilizando, con carácter orientativo, el baremo establecido en la normativa de seguros de circulación de vehículos a motor. La Sentencia de la Audiencia Nacional de 20 de noviembre de 2002, recogiendo la doctrina establecida por la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, concreta: “En todo caso, y como ya ha indicado esta Sección en otras ocasiones (así, SS. 12 de febrero -recurso 326/1994-, 30 de abril -recurso 516/1995- y 15 de octubre -recurso 1053/1994- de 1997) cabe convenir que la utilización de algún baremo objetivo puede ser admisible, pero siempre y cuando se utilice con carácter orientativo y no vinculante, ya que debe precisarse y modularse al caso concreto en el que surge la responsabilidad patrimonial”.

Por lo tanto, para establecer el importe del perjuicio causado por los días de hospitalización y recuperación, perfectamente la Administración puede acudir al baremo establecido por la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la Circulación de Vehículos a Motor, texto refundido aprobado por Decreto 632/1968, de 21 de marzo, entonces vigente. Es necesario tener en cuenta que el artículo 141.3 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, establece la obligación de actualizar la cuantía de la indemnización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento, con arreglo al índice de precios al consumo. Actualización equivalente a la aplicación de las cuantías del baremo establecidas en la Resolución de 7 de enero de 2007 de la Dirección General de Seguros y Fondos



de Pensiones, publicada en el Boletín Oficial del Estado de 13 de febrero de 2007.

Conforme a la mencionada Resolución de 7 de enero de 2007, esta cantidad puede incrementarse con un factor de corrección del 10% en concepto de perjuicio económico, obteniendo un importe a indemnizar de 5.095,44 euros en concepto de días de hospitalización y recuperación, incluido el daño moral.

El reclamante añade una indemnización de 12.971'8 euros por secuela de eventración valorada en 20 puntos, a los que añade el factor de corrección del 10%. Sin embargo, la secuela alegada no puede constituir un motivo de indemnización, puesto que no tiene relación con una defectuosa actuación sanitaria, ya que se produce con independencia de que la intervención se haya realizado cumpliendo con la *lex artis*, conforme a la buena praxis médica, y constituye un riesgo típico de la cirugía abdominal, del que se informó al paciente, en el documento de consentimiento informado firmado por D. xxxxx con fecha 12 de marzo de 2002.

Respecto a los daños morales que reclama el Sr. xxxxx, hay que señalar que el baremo utilizado los incluye dentro de las cantidades citadas, por lo que no pueden ser resarcidos de forma independiente.

Debemos referirnos, finalmente, a la indemnización que el reclamante solicita en concepto de "*pretium doloris*". Coincidimos en el planteamiento que realiza la reclamación, extraído del planteamiento jurisprudencial, citando al efecto la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 1998, referido al componente subjetivo de la valoración de este concepto:

"Esta Sala tiene reiteradamente declarado que el resarcimiento del daño moral por su carácter afectivo y de «*pretium doloris*» carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un ciento componente subjetivo (Sentencias del Tribunal Supremo de 1 diciembre 1989, 4 abril 1989, 31 octubre 1990, 27 noviembre 1993, 19 noviembre 1994, 2 diciembre 1995, 20 julio 1996, 26 de abril 1997, y 5 junio 1997 entre otras)".

Esta circunstancia ha llevado a los tribunales, en aplicación del mandato de resarcimiento integral del daño, a optar por una valoración global de la



indemnización, que derive de una apreciación racional -aunque no matemática- del daño, sin renunciar por ello a motivar la indemnización, identificando en lo posible los conceptos a indemnizar. Así, en su Sentencia de 20 de enero de 1998, indica el Tribunal Supremo:

“Aun cuando, ciertamente, hubiera sido deseable que la Sala hubiera motivado con más detalle su apreciación, distinguiendo los diversos conceptos susceptibles de consideración que integran los perjuicios de diverso carácter que considera indemnizables, es lo cierto que esta Sala tiene reiteradamente declarado que el resarcimiento del daño moral, por su carácter afectivo y de «*pretium doloris*» carece de parámetros o módulos objetivos, lo que conduce a valorarlo en una cifra razonable, que siempre tendrá un cierto componente subjetivo (Sentencias del Tribunal Supremo de 4 abril y 1 de diciembre de 1989, 31 de octubre de 1990, 27 de noviembre de 1993 y 19 de noviembre de 1994, entre otras).

Por tanto, resta fijar como categoría independiente la cantidad a otorgar en concepto de “*pretium doloris*” o, lo que es lo mismo, valorar el sufrimiento anímico que ha supuesto para el reclamante la necesidad de someterse a un tratamiento quirúrgico en dos momentos de tiempo, en lugar de haber sido intervenido en un único acto quirúrgico. Además de ello hay que valorar el sufrimiento en el que el paciente ha estado inmerso en el periodo entre las dos intervenciones, con la normal pesadumbre que provoca en cualquier persona el pasar de un diagnóstico maligno y estar desahuciado, a poder ser intervenido y quedar en condiciones de seguir luchando.

Habida cuenta de que ya se ha contemplado el resarcimiento económico por los conceptos objetivamente identificables, y ante la obligación de cuantificar algo tan subjetivo como el sufrimiento anímico sin derivar en un enriquecimiento injusto, parece claramente desorbitada la cantidad solicitada por el reclamante como *pretium doloris* (80.000 euros).

La necesidad de obrar conforme a criterios de congruencia y equidad obliga a la Administración a ofrecer una cantidad similar a la ofrecida en supuestos similares, entendiendo como tales aquéllos en los que se ha valorado la angustia y el sufrimiento psíquico de ser sometido a una nueva intervención.



Por ello, para valorar el daño causado por una hospitalización extraordinaria y el tiempo transcurrido hasta la segunda intervención, incluidos daños morales, la propuesta de resolución refiere el Dictamen 67/2004, de 25 de febrero, de este Consejo, en el cual, haciéndose eco de la propuesta indemnizatoria de la Administración Sanitaria de Castilla y León, consideró apropiado conceder una indemnización global de 3.400 euros a una paciente que debió someterse a una segunda cirugía por causa imputable a la Administración.

No obstante no ha sido valorado en la propuesta de resolución el *pretium doloris* referido a la pesadumbre que provocó en el paciente el ser considerado desahuciado.

Como se ha señalado anteriormente la determinación cuantitativa de los daños morales siempre es difícil, se "carece de parámetros o módulos objetivos", existe un innegable componente subjetivo en la determinación. La Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 21 de abril de 1998 insiste en que, si bien no es posible una valoración fundada en datos cuantitativamente precisos, se exige al Tribunal una ponderación de las circunstancias que puedan afectarle".

Este Consejo entiende así que a los daños anteriores indemnizables hay que añadir el *pretium doloris* derivado de los sufrimientos, preocupaciones, tensiones, miedos y angustias que el retraso en la correcta intervención o diagnóstico le ha producido. Con los referidos criterios, se estima adecuada la cantidad de 1.619 euros, un 20 % más de la cantidad que proponía por la Administración en su propuesta.

Por todo ello, a las cantidades indicadas y reconocidas por la Administración, que ascienden en total a la cuantía de 8.095,44 euros, habrá que añadir 1.619 euros, lo que hace un total de 9.714,52 euros.

III CONCLUSIONES

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



Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 9.714,52 euros, 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 sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh de xxxxx.

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