



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero y

Ponente

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en León el día 19 de febrero de 2009, 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 12 de enero de 2009, 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 en el Hospital hhhhh de xxxxx.*

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 15 de enero de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 14/2009, 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 del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Pérez Solano.

Primero.- El 20 de mayo de 2005, Dña. xxxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh de xxxxx.



En dicho escrito expone que en el año 2003, con ocasión de un lumbago, le hicieron una radiografía en el citado Hospital, en la que se ve una aguja. En el año 2005 fue intervenida en su país, bbbbb, porque se había oxidado, extrayéndole también el bazo.

Manifiesta, asimismo, que si le hubieran quitado la aguja a tiempo, no hubiera sido necesario extirparle el bazo. Reclama, por ello, una indemnización de 2.000 euros, coste de la operación realizada, y adjunta copia de diversos informes médicos.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informes de la facultativo de Atención Primaria y del Servicio de Radiología del Hospital hhhhh de xxxxx, que atendieron a la paciente; dictamen médico elaborado a instancia de la compañía aseguradora; e informe de la Inspección Médica, de 17 de abril de 2006, en el que, tras el estudio de los hechos, se propone desestimar la reclamación.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia el 19 de julio de 2006, no se formulan alegaciones; aunque el 19 de diciembre siguiente la reclamante propone la terminación convencional del procedimiento, fijando una indemnización de 20.086,1 euros.

Cuarto.- Consta en el expediente escrito de 6 de junio de 2007, del Jefe de Servicio de Inspección, comunicando el rehúse de la petición indemnizatoria por la comisión de seguimiento del seguro de responsabilidad civil.

Quinto.- Concedido nuevo trámite de audiencia el 19 de junio de 2007, no consta que se hayan realizado alegaciones.

Sexto.- El 14 de noviembre de 2008, la Dirección General de Administración e Infraestructuras formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación formulada, por no cumplirse el requisito del nexo causal entre el funcionamiento del servicio público sanitario de Castilla y León y el daño alegado.

Séptimo.- El 25 de noviembre de 2008, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente dicha propuesta.



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 (20 de mayo de 2005) hasta que se dicta propuesta de resolución (14 de noviembre de 2008). Esta circunstancia necesariamente han 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 los artículos 142.2 de la Ley 30/1992, de 26 de



noviembre, y 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. Consta que se formuló el 20 de mayo de 2005, es decir, antes de transcurrir un año desde la intervención realizada en bbbbb, en la que fue dada de alta el 22 de abril anterior.

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, 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 ha venido modulando 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 el mismo 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, 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.

5ª.- En cuanto al fondo del asunto, para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de tener en cuenta que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe a la 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 del Jefe de Servicio de Radiología, de fecha 30 de diciembre de 2005, manifiesta que “consultados los archivos, se constata que sí es cierto que el día 2 de septiembre de 2003, sobre las nueve horas se realiza a Dña. xxxxx en el Servicio de Radiología (...) un estudio de Columna Dorso-Lumbar compuesta por una radiografía (...) en proyección AP y otras dos placas (...) proyección lateral (...).

»No hemos localizado informe de estudio, pero según manifiesta la enferma en su reclamación, ya se veía la aguja en las radiografías, sin otras alteraciones. (...).

»(...) Según el informe búlgaro, tras realizarse una ‘Rx-grafía’ y ‘Roentgenoscopia poliaxial’ de abdomen, la aguja se localiza en el lado derecho de la columna lumbar, ‘con dudas en la Cava Abdominal’. Tras el estudio de ‘Tomografía Computadora’ la aguja se localiza en el ‘quilo del bazo’ y ‘pancreas’.

»Nos resulta muy difícil comprender esa localización cambiante de la aguja (derecha e izquierda) (...).”.

El informe de la Directora Médica del Centro de Atención Primaria de xxxx1, de 15 de febrero de 2006 constata que, una vez realizada la radiografía, la paciente no acude a por los resultados de la misma y cuando accede en diversas ocasiones al centro médico no solicita éstos.



De ambos informes se deduce que, una vez realizada la radiografía a la paciente, que acudió al médico por un dolor lumbar posparto, no vuelve a recoger los resultados de la misma; y es, a raíz de la operación de la que fue intervenida en bbbbb cuando, tras unas radiografías realizadas en su país, se manifiesta que existe un elemento extraño alojado en el cuerpo de la paciente, por lo que se procede a extirpar el bazo.

Si la paciente hubiera acudido a la consulta médica en España en el año 2003, una vez realizada la radiografía, se le hubiera comunicado los resultados de la misma. Bien es cierto que acude a consulta de nuevo el 21 de junio de 2004 por continuar con problemas lumbares, donde no fue informada de los resultados de la radiografía practicada en el año 2003. En este sentido cabe achacar una negligencia de la facultativa que atendió a la paciente, al no comentarle -en esta segunda consulta- el resultado de la radiografía realizada en el año anterior, impidiendo ser trasladada al servicio correspondiente para un correcto tratamiento y seguimiento del hallazgo encontrado.

El artículo 2.6 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, se dispone que "Todo profesional que interviene en la actividad asistencial está obligado no sólo a la correcta prestación de sus técnicas, sino al cumplimiento de los deberes de información y de documentación clínica, y al respeto a las decisiones adoptadas libre y voluntariamente por el paciente".

Por otra parte, el artículo 4.1 de la citada Ley señala que "Los pacientes tienen derecho a conocer, con motivo de cualquier actuación en el ámbito de su salud, toda la información disponible sobre la misma, salvando los supuestos exceptuados por la Ley (...)". La información clínica forma parte de todas las actuaciones asistenciales, será verdadera, se comunicará al paciente de forma comprensible y adecuada a sus necesidades y le ayudará a tomar decisiones de acuerdo con su propia y libre voluntad. Del mismo modo, indica el artículo 4.3 que el médico responsable del paciente le garantiza el cumplimiento de su derecho a la información. Los profesionales que le atiendan durante el proceso asistencial o le apliquen una técnica o un procedimiento concreto también serán responsables de informarle.



Sin embargo, una vez practicada en bbbbb la extirpación del bazo a consecuencia de un elemento extraño en el cuerpo de la paciente los dolores de lumbalgia continúan, por lo que no hay una relación directa entre el daño sufrido y el tratamiento recibido por la sanidad pública española.

El informe de la Inspección Médica de 17 de abril de 2006, concluye que la paciente, tras un episodio de lumbalgia acudió en el año 2003 a la sanidad pública española, donde se le hicieron unas radiografías lumbares el 2 de septiembre de 2003, de las que la paciente no solicitó los resultados al experimentar una mejoría. Por ello, no se pudieron valorar las mismas ni remitir a la paciente al servicio más adecuado para su patología. En el año 2005, la reclamante fue intervenida de esplenectomía en un Hospital de bbbbb al intentar extraer el cuerpo extraño en hipocondrio izquierdo, acudiendo al citado centro para el estudio de su lumbalgia. Tras la intervención -que no tenía carácter de urgencia, puesto que estaba con el cuerpo extraño al menos desde el año 2003- continúa con sus problemas de lumbalgia.

El dictamen médico de la compañía aseguradora sssss, de 16 de enero de 2007, indica que la causa de la sintomatología de la paciente no es la aguja, puesto que una vez extraída ésta continúan sus problemas de lumbalgia.

La jurisprudencia señala que cuando la lesión deriva exclusivamente de la patología que presenta el paciente no nace el deber indemnizatorio de la Administración Sanitaria.

Al respecto cabe reseñar la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 2001: "Se puede deducir, en conclusión y conforme a lo razonado en la Sentencia de instancia, que las lesiones aquí cuestionadas no tienen su origen en la forma en que se prestó la asistencia sanitaria, siendo, en cierto modo, inherentes y derivadas de la propia patología del enfermo. No existiendo, en consecuencia, la relación de causalidad directa e inmediata que se pretende. Debe recordarse a este respecto que ya la Ley 30/92, en su primitiva redacción señalaba en el art. 141.1 que "solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley".

La Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 19 de abril de 2007, señala que "Por tanto, no podemos considerar acreditado que los



daños que padece el actor por los que se reclama en la demanda, tanto en su patología tumoral como psiquiátrica, tengan como causa la actuación de la Administración Sanitaria, sino que han sido ocasionados por la propia evolución de la salud del paciente, sin que se aprecie tampoco la característica de antijuridicidad que debe definir tales daños, pues, de cuanto ha quedado expuesto, no se desprende infracción alguna de la *lex artis*, en la actuación de la Administración Sanitaria.

»Y es la ausencia de ambos requisitos de la acción ejercitada la que impide que tal acción pueda prosperar, con la consiguiente desestimación de la demanda”.

Por otra parte, la localización de la aguja varia, puesto que pasa del lado derecho al izquierdo, al localizarse en el hilio esplénico. Respecto a esta cuestión, el informe manifiesta que los cuerpos extraños metálicos en la cavidad abdominal, suelen tolerarse de forma excelente y no viajan a través del cuerpo; por lo que la indicación de cirugía y esplenectomía realizada en su país por este motivo resulta discutible.

Por último, el origen del material encontrado no se corresponde con el utilizado por el servicio sanitario de Castilla y León. Además al tratarse de un parto eutócico, atendido en España en el año 2003, la única sutura empleada fue para el cierre de la episiotomía, siendo imposible que una sutura en esa zona justifique la localización de una aguja en el hilio esplénico.

De todo lo expuesto cabe señalar que la actuación sanitaria se llevó a cabo conforme a la *lex artis*. No obstante, y como ya se ha señalado, cabe achacar responsabilidad a la Administración por el incumplimiento del deber de informar a la paciente sobre el resultado de las radiografías realizadas en España en el año 2003, y ello de acuerdo con los artículos 2.6 y 4 de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre.

Al respecto cabe señalar, entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000, que concluye en el sentido de que la falta de información por sí misma daría lugar a la exigencia de la correspondiente indemnización, independientemente de que la asistencia médica se hubiera prestado dentro de los parámetros de la técnica médica al caso concreto. En su fundamento de derecho quinto señala: “En el caso examinado se ha probado que el actor ha



padecido como consecuencia de la operación quirúrgica realizada una paraplejía que es definida en la demanda, en términos sustancialmente aceptados por la contestación, como paraplejía flácida con nivel sensitivo en D-11, por síndrome espinal anterior, con paraparesia, quedando el compareciente, a pesar de rehabilitación en la Unidad de lesionados medulares del Hospital (...), parapléjico y en silla de ruedas, al no poder realizar movimiento alguno contra la gravedad o resistencia, siendo el déficit de la capacidad fisiológica del 70%, dado el daño medular irreversible”.

Por lo tanto, el incumplimiento por parte de la Administración Sanitaria de su obligación de informar, implica ya de por sí una obligación de responder del daño que esa falta de información puede llevar consigo, que en el caso en cuestión podría haber determinado que la paciente hubiera sido trasladada al Servicio correspondiente dentro del servicio público de salud en España, pudiendo evitar la intervención llevada a cabo en bbbbb.

La información que en su día debió dársele a la paciente, no iba encauzada en el sentido contemplado por la jurisprudencia citada de obtener el “consentimiento informado” para practicar una intervención quirúrgica, sino que se trata de la información como paso previo, en lo que la actual Ley 41/2002, de 14 de noviembre, se regula como “información asistencial o sanitaria”, denominada en la doctrina francesa como “información esclarecedora” (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2001), es decir, la información previa necesaria y suficiente para que se preste o no por el paciente, ejerciendo su derecho de autodeterminación, el consiguiente “consentimiento informado”. Por ello, el daño moral que se estima como indemnizable alcanza a la Administración en cuanto a su deber de resarcir el perjuicio provocado, al no haber expuesto el médico a la paciente todas las opciones; pero resulta modulado por el hecho de que el tratamiento seguido fue el que la praxis y el protocolo médico aconsejaban, según la patología presentada por la paciente.

En definitiva, la opinión de este Consejo Consultivo puede resumirse en que la pretensión indemnizatoria de la hoy reclamante, en los estrictos términos en que aparece planteada tanto en su primer escrito como en sus alegaciones, no es susceptible de resarcimiento a cargo de la Administración, como se manifiesta por los órganos que han informado a lo largo del procedimiento,



toda vez que la actuación médica ha sido adecuada a la *lex artis ad hoc*, continuando con sus problemas de lumbalgia una vez extraída la aguja.

Por el contrario, los daños indemnizables, como ha quedado expuesto y ha manifestado ya este Consejo Consultivo en su Dictamen nº 52/2004, de 25 de febrero, se concretan en los morales, por imposibilidad de ejercitar el paciente su derecho de autodeterminación. Sentencias como la del Tribunal Supremo de 8 de septiembre de 2003 y del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 24 de julio y de 19 de diciembre de 2003, fijan las consecuencias jurídicas (y económicas) de la carencia de consentimiento informado, destacando que “su trascendencia ha de desvincularse del cumplimiento adecuado del oficio técnico de cirujano (...), lo que debe valorarse en cuanto proceder antijurídico es la privación del derecho del paciente a obtener la información esclarecedora, previa al consentimiento y derivados –derecho a nuevas consultas, derecho a elegir, derecho a demorarse en la práctica de la intervención, etc.–”.

6ª.- Respecto de la cuantía de la indemnización, ésta se calculará acudiendo de forma analógica y orientativa a la valoración del daño corporal que se regula en 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. Al respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2000 señala que “En el sistema de valoración del daño corporal regulado en la Ley de responsabilidad civil y seguro de vehículos de motor (...), a cuyos criterios esta Sala acude de modo analógico y orientativo para la ponderación necesaria en la indemnización del daño moral, no se halla incluido un daño moral por omisión de información para obtener el consentimiento de la naturaleza del que estamos contemplando. Sin embargo, el concepto con el que hallamos una mayor analogía es el previsto en la tabla II para los daños morales complementarios en el caso de secuelas de especial gravedad, dado que se trata de un concepto que parece encaminado a valorar con independencia, cuando la secuela padecida es de especial intensidad, un daño moral añadido al correspondiente a la situación concreta de lesión permanente o invalidez y a las circunstancias personales, familiares y sociales que la rodean (...).”

La paciente fue sometida en su país a una esplenectomía, la cual -según los informes obrantes en el expediente- no tuvo repercusión hemato-inmunológica, por lo que por aplicación de la Tabla III (indemnizaciones



básicas por lesiones permanentes), en relación con la Tabla VI, y atendiendo a la edad de la paciente en aquel momento, menor de 20 años, le corresponden un total de 5 puntos, que equivalen a 738,85 euros.

Todo ello sin perjuicio de que el importe de la indemnización deba actualizarse 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, antes citada.

III CONCLUSIONES

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

Procede dictar resolución estimatoria parcial, por importe de 738,85 euros, 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 en el Hospital hhhhh de xxxxx.

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