



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. xxxxx 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 1 de abril de 2009, 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 12 de febrero 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 D. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 19 de febrero de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 140/2009, 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, aprobado por Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

**Primero.-** El 30 de marzo de 2007, D. xxxxx presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.



Expone que a principios del año 2005, acudió al Centro de Salud xxxxx (xxxxx) con molestias y dolor en la garganta y su médico de cabecera le recomendó unos caramelos para la garganta, sin pautar ningún tratamiento adicional. En julio de ese año, volvió al médico con los mismos dolores y, además, con un bulto en el lado derecho del cuello. Tras la realización de diversas pruebas en los hospitales hhhhh y hhhhh1, se le practicó en este último una traqueotomía, el 23 de septiembre de 2005, que permitió apreciar una "neoformación de base de lengua que destruye epiglotis y desciende por hemilaringe derecha". Afirma que, ante tal hallazgo, los médicos mencionaron la posibilidad de operarle, si bien posteriormente le propusieron someterse a quimioterapia de inducción durante cuatro meses.

El 10 de octubre de 2005, acudió al centro oncológico hhhhh2, en xxxxx, en busca de una segunda opinión médica. Allí le diagnosticaron un "carcinoma epidermoide de base de lengua moderadamente diferenciado que destruye la epiglotis y se extiende por el espacio supraglótico", por lo que le recomendaron someterse a una operación de urgencia. Fue intervenido el 14 de octubre, practicándole una glosolaringuectomía con vaciamiento radical derecho y funcional izquierdo. Tras ser dado de alta hospitalaria el 23 de octubre, fue remitido a radioterapia.

Considera que la asistencia sanitaria recibida fue contraria a la *lex artis* porque "aquejado de un dolor en la garganta como consecuencia de un carcinoma, éste fue detectado ocho meses después, y el tratamiento propuesto no fue el acertado, a la vista de los posteriores acontecimientos y resultados".

Reclama, por ello, una indemnización de 389.305,94 euros (315.266,16 euros por las lesiones permanentes que padece, y 74.039,78 euros por perjuicios estéticos).

Acompaña a su reclamación copia de varios informes médicos de los hospitales hhhhh y hhhhh1 y del centro oncológico hhhhh2. También aporta copia de la factura del centro médico por la consulta, y de un presupuesto para la intervención quirúrgica.

**Segundo.-** Obra en el expediente la siguiente documentación:



a) Historia clínica del paciente obrante en Atención Primaria y en el Complejo Hospitalario de xxxxx.

b) Expediente de reintegro de gastos tramitado a consecuencia de la solicitud formulada por el reclamante el 22 de marzo de 2006, en el que figuran, entre otros, los siguientes documentos:

- Solicitud de reintegro de los gastos de la intervención realizada en el centro médico privado (por considerarla "de vital importancia"), y copia de las facturas y de varios informes médicos.

- Informes del Servicio de Otorrinolaringología (en adelante, ORL), de fechas 23 de marzo y 4 de octubre de 2006.

- Informe del Servicio de Cirugía General, datado el 27 de marzo de 2006.

- Informe de la Inspección Médica, de fecha 18 de octubre de 2006.

- Dictamen médico realizado a instancia de la compañía aseguradora de la Administración, de fecha 30 de diciembre de 2006 (en adelante, dictamen médico).

- Resolución del Gerente de Salud de Área, fechada el 10 de abril de 2007, por la que se deniega el reintegro de gastos solicitado.

- Reclamación previa a la vía laboral interpuesta por el paciente, y Resolución, de 9 de julio de 2007, desestimatoria de aquella.

c) Informe de la médico de familia, fechado el 22 de junio de 2007, en el que se señala que no existen en el centro de salud datos de historia clínica del reclamante anteriores a septiembre de 2005.

**Tercero.-** En el trámite de audiencia, el reclamante reitera su pretensión resarcitoria.



**Cuarto.-** Con fecha 1 de diciembre de 2008, la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud formula una propuesta de orden desestimatoria de la reclamación.

**Quinto.-** El 17 de diciembre de 2008, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de orden citada.

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 de acuerdo con lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno, 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 (30 de marzo de 2007) hasta que se formula la propuesta de orden (1 de diciembre de 2008). En particular, llama la atención la inexplicable tardanza –más de un año- en formular la propuesta de orden desde la finalización del trámite de audiencia. Estas circunstancias 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 el 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.

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 30 de marzo de 2007, antes de transcurrir un año desde que recibió el alta (6 de mayo de 2006) tras serle retirada la sonda de alimentación que le fue colocada tras la intervención quirúrgica en el centro oncológico.

**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 mencionada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, a la que además se remite el artículo 82.1 de la también citada 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, estando 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 16 de marzo de 2005, 7 y 20 de marzo y 20 de diciembre de 2007), según la cual “a la Administración no es exigible nada más que la aplicación de las técnicas sanitarias en función del conocimiento de la práctica médica, sin que pueda sostenerse una responsabilidad basada en la simple producción del daño, puesto que en definitiva lo que se sanciona en materia de responsabilidad sanitaria es una indebida aplicación de medios para la obtención del resultado, que en ningún caso puede exigirse que sea absolutamente beneficioso para el paciente, lo que resulta especialmente relevante a los efectos de la cuestión debatida”.

**5ª.-** En cuanto al fondo del asunto, este Consejo Consultivo comparte el criterio de la propuesta de orden, reflejado en sus fundamentos de derecho, que conduce a desestimar la reclamación presentada.

El reclamante, nacido en 1961, afirma que el carcinoma que padecía en la garganta fue detectado en septiembre de 2005, es decir, ocho meses después de presentar los primeros dolores de garganta (dolencia por la que fue atendido en Atención Primaria a primeros de 2005). Asimismo considera que, una vez diagnosticada la enfermedad, el tratamiento propuesto (quimioterapia y radioterapia) no fue el adecuado, puesto que en el centro médico privado realizaron una intervención quirúrgica que califica como “de vital importancia”.

Con carácter previo al examen de la asistencia sanitaria prestada, ha de señalarse -parafraseando lo expuesto en la propuesta de orden- que los daños



por los que se reclama (lesiones permanentes y perjuicio estético) no tienen relación causal con la actuación de los facultativos del sistema sanitario público. Y en cualquier caso, si los profesionales hubieran optado por el tratamiento quirúrgico radical -realizado por el centro médico privado- en vez de proponer el tratamiento conservador, las secuelas hubieran sido las mismas, pues son inherentes a la finalidad terapéutica de la cirugía practicada.

Expuesto lo anterior y entrando en el análisis de la asistencia médica prestada al paciente, los informes médicos aportados al expediente que dicha actuación fue correcta y adecuada a la *lex artis*.

En cuanto al diagnóstico de la enfermedad, cabe poner de manifiesto, con carácter previo, que este Consejo no ha dispuesto de la historia clínica de Atención Primaria anterior a septiembre de 2005, lo que impide valorar con exactitud la asistencia prestada antes de esa fecha (esta salvedad se hace constar en la propuesta de orden).

No obstante ello, el propio interesado señala en su reclamación que la consulta médica de primeros de 2005 estuvo motivada por dolores y molestias en la garganta (sin que refiera ningún otro síntoma) y que, hasta agosto de ese año, no volvió a acudir a su médico de Atención Primaria, esta vez por presentar no sólo los mismos dolores, sino también un bulto en el lado derecho del cuello (la Inspección Médica lo describe como una tumoración en región submandibular derecha del tamaño de una pelota de ping-pong, de mes y medio de evolución). Estas circunstancias (síntomatología nueva y ausencia de consultas intermedias) llevan a este Consejo a considerar que es la última fecha citada (agosto de 2005) la que debe tomarse como punto de partida para examinar el retraso diagnóstico alegado, ya que no consta que el paciente refiriera con anterioridad síntomas que hicieran sospechar la existencia de un carcinoma.

Considerando lo anterior, el dictamen médico afirma que la diagnosis fue correcta y diligente, ya que, en apenas 30 días desde la primera consulta en el centro de salud, se realizaron los estudios y pruebas precisos (TAC de cuello, PAAF de tiroides, faringoscopia indirecta, laringoscopia directa y biopsia) que permitieron el diagnóstico (en septiembre de 2005) de un carcinoma epidermoide base de lengua, con afectación laríngea y metástasis cervicales





(estadio T4 N2b M0). Por ello, no cabe apreciar la existencia de un retraso en el diagnóstico de la enfermedad.

Por otra parte, en relación con el tratamiento propuesto en el Complejo Hospitalario de xxxxx, consta en el expediente que el 7 de octubre de 2005 se propuso al paciente una terapia conservadora (según indica el Servicio de ORL "siguiendo los últimos protocolos de conservación de órgano") con quimioterapia de inducción y radioterapia concomitante. Se refleja asimismo en la documentación remitida que el tratamiento se demoró una semana para que el reclamante pudiera solicitar una segunda opinión médica, y que se propuso canalizar al paciente, con carácter preferente, a la hhhhh4 para tratamiento de quimiorradioterapia concomitante (folios 36 y 37 de la historia clínica).

No obstante, el interesado (así lo señala en su reclamación) acudió a un centro oncológico privado (Clínica hhhhh2), donde, tras indicarle la conveniencia de someterse a una operación de urgencia, fue intervenido el 14 de octubre de 2005, realizándole una glosaringuectomía con vaciamiento radical derecho y funcional izquierdo. Y tras el alta hospitalaria (23 de octubre), recibió tratamiento coadyuvante con radioterapia en el Hospital hhhhh5 de xxxxx, y con quimioterapia en el Hospital hhhhh1 de xxxxx.

El paciente fue dado de alta el 6 de mayo de 2006.

Pues bien, a la vista de los hechos relatados, tanto el informe de la Inspección Médica como el dictamen médico consideran que el tratamiento propuesto por los facultativos del Hospital hhhhh1 era correcto, así aceptado por la literatura médica.

En este sentido, ponen de manifiesto que los tratamientos admitidos para los tumores avanzados de cavidad oral -como el que presentaba el reclamante- son la cirugía, la radioterapia y la quimioterapia, habitualmente combinando varios de ellos; y que, al optar por el tratamiento, además de erradicar la enfermedad, debe valorarse la posibilidad de mantener la función del órgano afectado. Continúan señalando que, ante este tipo de tumores, los enfoques terapéuticos aceptados actualmente son dos:

- Tratamiento quirúrgico radical, con resección de las estructuras en donde se asienta el tumor, incluyendo parte de la lengua, la faringe y toda



la laringe (lo que conlleva la pérdida de las funciones de fonación, la obligación de portar una traqueotomía permanente para poder respirar y un gran compromiso de la deglución); cirugía que se complementa con radioterapia y quimioterapia.

- Radioterapia radical asociada con quimioterapia. Cuando se utiliza ésta técnica se puede hacer quimioterapia de inducción valorando la respuesta a los tres ciclos iniciales. En caso de respuesta completa, los resultados son buenos y permiten ofrecer un tratamiento radical sin necesidad de cirugía mutiladora. Este segundo enfoque (llamado por los autores protocolo de conservación de órgano) es de más reciente instauración y persigue la conservación de la laringe, ya que se trata de eliminar la lesión de ésta (con quimioterapia y radioterapia) y evitar así su extirpación si fuera necesaria la cirugía posterior.

Los informes señalan que ambos enfoques terapéuticos son considerados válidos por la comunidad científica internacional para el tratamiento de tumores como el que padecía el reclamante; y en concreto que, en casos de tumores avanzados de cabeza y cuello, la quimiorradioterapia es una buena opción de tratamiento, sin que deba considerarse la cirugía como la única opción curativa posible. Concluyen afirmando que los facultativos obraron conforme a la *lex artis ad hoc*.

Estas afirmaciones no han sido desvirtuadas por el reclamante, que cuestiona la asistencia médica practicada y con ello la observancia de la *lex artis*, puesto que no han sido avaladas por informe alguno y ceden, por tanto, frente a la rotundidad con que las opiniones técnicas señaladas dictaminan a favor de la corrección del tratamiento que se propuso al paciente; juicios que tienen, además, la garantía de haber sido emitidos por profesionales médicos.

Considerando que no hubo mala praxis por parte de los facultativos, la decisión del paciente de acudir a un centro privado fue voluntaria. Como se ha expuesto, no concurría la urgencia alegada por el reclamante puesto que el tratamiento conservador que se propuso está admitido como válido por la literatura médica. Pero además, tampoco agotó las posibilidades del sistema público sanitario, ya que, demorado el inicio del tratamiento conservador para que pudiera solicitar una segunda opinión médica, no acudió al Servicio de



Oncología de xxxxx para plantear la posibilidad de la cirugía (sugerida por el centro privado).

A la luz de todo lo expuesto y teniendo en cuenta los datos y las consideraciones recogidos en los informes obrantes en el expediente, no ha quedado acreditado que existiera una actuación inadecuada en la asistencia sanitaria; y puede concluirse que los profesionales médicos actuaron en todo caso conforme a la *lex artis ad hoc*, prestando al paciente una asistencia médica correcta. Por ello, procede desestimar la reclamación planteada.

### **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. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada.

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