



Sr. Amilivia González, Presidente y Ponente

Sr. Estella Hoyos, Consejero  
Sr. Fernández Costales, Consejero  
Sr. Madrid López, Consejero  
Sr. Nalda García, Consejero

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 21 de mayo 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 20 de abril 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 en el Hospital hhhhh de xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 20 de abril de 2009, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 411/2009, 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. Amilivia González.

**Primero.-** El 8 de junio de 2006 D. xxxxx, de 29 años de edad, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhhh de xxxxx.



En su escrito expone que considera que no se le informó en el año 2000 del riesgo de malignización de un osteocondroma ni se pautaron revisiones periódicas. Además entiende que “es aún más inadmisibles que, ante un condrosarcoma visto en marzo de 2005 no sea avisado el paciente hasta julio de ese año y con la premura propia de la gravedad que presentaba. Ello ha entrañado, además del riesgo de metástasis, la agresividad de la intervención quirúrgica mutilante, con la eliminación de tejidos, músculo que se ha descrito y la consecuente impotencia funcional de la extremidad superior izquierda, y todo lo que ello conlleva. Es indudable que ello califica una mala praxis asistencial en los servicios asistenciales del Sacyl, a los que cabe responsabilizar”.

Reclama, por ello, una indemnización de 300.000 euros.

**Segundo.-** Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informes de los Servicios de Traumatología y Rehabilitación del Hospital hhhh de xxxxx, que atendieron al paciente, e informe de la Inspección Médica de 15 de enero de 2007, que concluye señalando que no se observa mala praxis asistencial de los servicios sanitarios del Sacyl, por lo que se propone el archivo de las actuaciones.

**Tercero.-** Consta en el expediente escrito de 8 de mayo de 2007, de la Compañía aseguradora sssss, en el que indica que los hechos objeto de reclamación no tienen cobertura en la póliza habida cuenta que dicha reclamación se presentó con posterioridad a los 37 meses siguientes a la cancelación de aquella.

**Cuarto.-** El 21 de junio de 2007 se concede trámite de audiencia, durante el cual el interesado presenta alegaciones en las que se reitera los argumentos expuestos en su reclamación, insistiendo en la ausencia de información sobre la posibilidad de que la tumoración malignizase. Mantiene igualmente que la historia clínica facilitada a efectos de formular dichas alegaciones es incompleta, produciéndole indefensión.

**Quinto.-** Obra, asimismo, documentación acreditativa de haberse interpuesto recurso ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León.



**Sexto.-** El 19 de diciembre de 2008 la Dirección General de Administración e Infraestructuras formula propuesta de orden desestimatoria de la reclamación formulada.

**Séptimo.-** El 5 de febrero de 2009 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa dicha propuesta favorablemente; no obstante también hace constar que en el trámite de audiencia se debería haber dado al paciente acceso completo a la historia clínica.

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 (8 de junio de 2006) hasta que se formula la propuesta de orden (19 de diciembre de 2008). 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.

**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 8 de junio de 2006, es decir, antes de transcurrir un año desde que se produjera la determinación o alcance de las secuelas de la intervención a la que fue sometido, ya que se le concedió el alta -tras un periodo de rehabilitación- el 17 de enero de 2006.

**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 el caso sometido a dictamen, se reclama una indemnización por los daños sufridos por el paciente a consecuencia de una inadecuada información del diagnóstico en el año 2001 y el consiguiente retraso en la intervención practicada en el año 2005. En el escrito de reclamación se indica que el paciente no fue informado del riesgo de malignización de un osteocondroma ni se pautaron revisiones periódicas, por lo que hubo de ser intervenido en el año 2005, intervención que, según afirma en su reclamación, fue tardía.

Para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de señalar que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante, es preciso verificar si en el caso analizado se produjo una pérdida de oportunidad, esto es, que se hubiera agravado la situación de la paciente por la tardanza en su intervención.

Respecto al retraso de la intervención y a la falta de información sobre el posible riesgo de malignización del tumor alegados por el paciente, ha de tenerse en cuenta que en numerosos supuestos en los que se invoca la pérdida de oportunidad por error de diagnóstico o diagnóstico tardío (o simplemente por funcionamiento anormal de los servicios sanitarios ajenos a la asistencia médica propiamente dicha: derivados de la inevitable tramitación burocrática que todo sistema sanitario complejo conlleva o de tratamientos que no obtienen el resultado previsto), en realidad lo que hay detrás de la reclamación es, o bien una imposibilidad de probar la infracción de la *lex artis*, o supuestos claros de falta de infracción de la misma; y, ciertamente, el concepto y la funcionalidad de este instituto de la pérdida de oportunidad no puede ni debe



convertirse en un instrumento alternativo para evitar el enjuiciamiento de si ha habido o no dicha infracción.

Para valorar si ha existido pérdida de oportunidad -tal y como señala numerosa jurisprudencia- debe acudirse a las estadísticas científicas que la cuantifiquen, según la situación planteada. La estadística, evidentemente abstracta, indica cuál es la oportunidad.

Al respecto ha de tenerse en cuenta la asistencia recibida por el paciente y los informes incorporados en el expediente administrativo que determinan cuál fue la pauta en cada momento, según el estado y circunstancias que presentaba. En este sentido deben distinguirse dos momentos:

1.- El diagnóstico, información y propuesta quirúrgica en el año 2001.

El paciente acude a la consulta externa de Traumatología enviado por el especialista en Dermatología, donde se le realiza la historia y se solicita analítica, Rx y TAC. En consultas sucesivas y mediante la realización de las pruebas y emisión de informe de gammagrafía y de resonancia, se llega al diagnóstico de osteocondroma a nivel del ángulo superior interno de la escápula. Todo ello consta en la historia clínica del paciente, al que se indica que debe ir a consulta si nota algún problema o como máximo al año. Se alega por el paciente que no se le informó sobre la malignidad del tumor, pero lo cierto es que en la historia clínica consta que se le incluyó en lista de espera quirúrgica el día 2 de febrero de 2001, realizando el preoperatorio el día 13, siendo llamado el día 14 de febrero para ingreso e intervención de su osteocondroma, rechazando la misma y no acudiendo posteriormente a ninguna revisión.

Por lo tanto, el paciente sí contaba con información de su diagnóstico, de las posibilidades terapéuticas y de la necesidad de revisiones periódicas.

El informe de la Inspección Médica de 15 de enero de 2007 recoge esta circunstancia en los siguientes términos: "Con respecto a la información, el paciente reconoce que fue informado '(...) que se trataba de una calcificación benigna (osteocondroma) en la zona de la escápula (...)', también hemos comprobado que le fue realizado preoperatorio, por consiguiente informado de



su diagnóstico, de las posibilidades terapéuticas y de la necesidad de revisiones periódicas como consta en la historia”.

En relación con lo expuesto debe tenerse en cuenta la doctrina sentada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 2 de noviembre de 2007, entre otras: “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”.

## 2.- La conducta asistencial recibida en el año 2005.

En el año 2005, el paciente acude al Servicio de Traumatología, enviado por su Médico de Familia, ante la imposibilidad de realización de PAAF de la tumoración, que se palpa en la región infraescapular izquierda, por el Servicio de Anatomía Patológica el 7 de diciembre de 2004.

Tras esta consulta, realizada el 8 de febrero de 2005, se prescriben numerosas pruebas para el despistaje diagnóstico: gammagrafía (realizada el 12 de febrero de 2005), analítica (17 de febrero de 2005), TAC (7 de marzo de 2005) y RMN (9 de junio de 2005). Se comentan con el paciente los resultados el 10 de junio de 2005 y es incluido en lista de espera para biopsia incisional. El 16 de junio se realiza el preoperatorio y firma el consentimiento informado para la anestesia.

El 22 de junio el paciente y su familia son informados del diagnóstico definitivo, de la propuesta quirúrgica y de los riesgos y





complicaciones, firmando el paciente el consentimiento informado. Se le avisa para que ingrese en el hospital el día 7 de julio de 2005.

En el informe de la Inspección Médica se indica que “En ningún momento el paciente fue abandonado sin asistencia, sino que los períodos de tiempo entre consultas corresponden a las esperas para la realización de las pruebas. Es más en la fecha 10 de junio de 2005 el médico todavía tenía varias posibilidades diagnósticas e incluso barajaba la posibilidad de hacer una biopsia incisional. Sin embargo, en sesión conjunta de Traumatología con el Servicio de Radiodiagnóstico, se llegó a un diagnóstico definitivo el 15 de junio de 2005, siendo informado el paciente el 22 de junio de 2005, constando por escrito la información facilitada sobre la enfermedad y su tratamiento. (...) se programó quirófano y el día 23 de junio de 2005 se avisa al paciente para su ingreso el 7 de julio de 2005 e intervención al día siguiente.

»(...) el tiempo transcurrido entre la primera consulta (8 de febrero de 2005) y la intervención (8 de julio de 2005), fue requerido para la realización de pruebas, valoración de resultados, establecimiento de diagnóstico, preparación del paciente para la intervención y programación quirúrgica (...)”.

Por todo lo expuesto debe considerarse que la asistencia sanitaria fue adecuada en todo momento. La complicación sufrida por el reclamante es producto de la evolución de su propia patología de base y consecuencia de ella -a pesar de haber pautado una adecuada atención médica- y no tiene relación alguna con la asistencia sanitaria prestada en el Hospital hhhhh de xxxxx, puesto que en toda su historia clínica queda demostrada la existencia de una atención continuada, con analíticas y estudios de imagen, personalizada y completa, con aplicación de todos los medios diagnósticos y terapéuticos adaptados a su situación.

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 artículo 141.1 que «sólo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

Por último, debe hacerse referencia a la manifestación del paciente de que la historia clínica que se le facilitó en el trámite de audiencia para realizar las alegaciones estaba incompleta, lo que le produjo indefensión. Respecto a este extremo resulta de aplicación el artículo 18.1 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, en el que se dispone que “El paciente tiene derecho de acceso, con las reservas señaladas en el apartado 3 de este artículo, a la documentación de la historia clínica y a obtener copia de los datos que figuran en ella. Los centros sanitarios regularán el procedimiento que garantice la observancia de estos derechos”.

El derecho del paciente de acceso a su historia clínica supone, al menos, permitirle conocer su contenido, de acuerdo con el artículo 15 de la citada norma.

Aunque cabe reprochar a la Administración Sanitaria no haber puesto de manifiesto al paciente toda su historia clínica -siempre que no perjudique el derecho de terceras personas a la confidencialidad de los datos que constan en ella recogidos en interés terapéutico del paciente y salvo las anotaciones subjetivas del facultativo que las ha elaborado-, la parte a la que ha tenido acceso debe considerarse suficiente y adecuada en lo que se refiere a la reclamación presentada, no produciéndole en ningún caso indefensión, ya que lo que no se le puso de manifiesto es el episodio asistencial posterior a la cirugía, esto es, el período comprendido entre el 8 y el 26 de julio -cuando se le dio el alta-, ya que sobre este aspecto no formula objeción.

**6ª.-** Finalmente, sin perjuicio de las consideraciones anteriores y constando que el interesado ha 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 sino dar cumplimiento, en sus propios términos, al fallo de la sentencia.



### **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 en el Hospital hhhhh de xxxxx.

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