



Sr. Estella Hoyos, Presidente en funciones

Sr. Fernández Costales, Consejero y Ponente

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Quijano González, 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 5 de julio de 2007, 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 7 de junio 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 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 12 de junio de 2007, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 555/2007, 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 el Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por la Sra. Presidenta del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Fernández Costales.

Primero.- El día 23 de enero de 2006 tiene entrada en el registro de la Gerencia Regional de Salud, de la Consejería de Sanidad de la Junta de Castilla y León, una reclamación de responsabilidad patrimonial de fecha de 10 de enero de 2006, presentada por Dña. xxxxx, en la que solicita una indemnización de 90.000 euros por los perjuicios ocasionados en su hombro derecho, tras una



intervención quirúrgica de extirpación de la mama derecha y de los ganglios cercanos y finalizar el tratamiento de quimioterapia.

Manifiesta que la causa para explicar la afectación del hombro derecho es la intervención quirúrgica, ya que durante la misma se pudo producir un estiramiento del plexo braquial por tracción del brazo, retracción del hombro en la resección axilar o posición extrema del brazo durante el acto quirúrgico.

Segundo.- Dña xxxxx, paciente de 45 años de edad, acude al Servicio de Patología Mamaria del Hospital hhhhh de xxxxx, por nódulo retroareolar de mama derecha. Se le realizan las siguientes pruebas diagnósticas: mamografía y ecografía, visualizando un nódulo sospechoso en mama derecha; punción aspiración de dicho nódulo, siendo el frotis sospechoso de malignidad; ecografía abdominal, en la que no se ven masas patológicas; gammagrafía ósea, pendiente de realizar tras la cirugía.

El día 5 de julio de 2005 se le practica biopsia intraoperatoria (que confirma la existencia de un carcinoma) y cirugía conservadora, esto es tumorectomía y linfadenectomía axilar derecha. La intervención transcurre sin incidentes. En el postoperatorio la paciente presenta infección de la herida quirúrgica que requiere tratamiento antibiótico, cura local y nueva sutura de la herida. Es dada de alta el día 15 de julio de 2005.

El análisis de la pieza extirpada informa de dos focos de carcinoma ductal infiltrante de mama moderadamente diferenciados, que respetan bordes quirúrgicos. Carcinoma intraductal extenso en el resto del parénquima. También consta en la historia clínica Micrometástasis de carcinoma ductal infiltrante en 1 de 15 ganglios aislados.

Tras la intervención recibe quimioterapia y radioterapia. El primer ciclo de quimioterapia, en régimen FEC, lo recibe el 10 de agosto de 2005 y el último el 23 de noviembre de 2005.

El día 16 de agosto de 2005 acude a consulta de la Unidad de Oncología Radioterápica del Hospital "ppppp" encontrándose bien, escasas molestias en cicatriz y buena movilidad del brazo. Vida cotidiana completamente normal.



Los ciclos de radioterapia los recibe entre los días 21 de diciembre de 2005 y 25 de enero de 2006. Es necesario un tratamiento para sobreimposición del lecho tumoral, para el cual la paciente es derivada a xxxxx.

La paciente refiere dolores y limitación para mover el brazo derecho a su médico de Atención Primaria, que solicita una interconsulta el 24 de noviembre de 2005 al servicio de rehabilitación por "linfedema en miembro superior derecho tras mastectomía derecha. Limitación de la movilidad del brazo."

Se la atiende en el servicio de rehabilitación en las siguientes fechas:

1.- El 7 de julio de 2005: "dolor en el hombro derecho. Moviliza bien el hombro con sensación de tirantez al forzar el movimiento."

2.- El 18 de agosto de 2005: "No dolor en hombro derecho, sin inflamación de extremidad superior derecha. Movilidad en el hombro completa, no dolorosa. Alta".

3.- El 22 de marzo de 2006: "Viene sin hoja de consulta. Refiere dolor e impotencia funcional en mano derecha a raíz de ponerse la quimio en el dorso de la mano derecha. (...) Afectación de piel y tejido celular subcutáneo posiblemente debido a necrosis como consecuencia del goteo con la quimio".

Tercero.- Al expediente se ha incorporado la siguiente documentación:

- Historia clínica de la paciente.
- Informe de la Inspección Médica de 30 de junio de 2006.
- Informe de los Dres. rrrrr, bbbbb, vvvvv y ddddd de 5 de noviembre de 2006, a instancia de la compañía sssss.

Cuarto.- Con fecha 10 de enero de 2007 se notifica la concesión del trámite de audiencia a la afectada, sin que conste que ésta haya formulado alegaciones. Posteriormente se observa que no se le había dado traslado a la interesada de las Hojas de Asistencia en el Servicio de Rehabilitación. Facilitadas las mismas, con nuevo trámite de audiencia el día 21 de marzo de 2007, no constan tampoco alegaciones.



Quinto.- El día 27 de abril de 2007, la Dirección General de Desarrollo Sanitario de la Gerencia Regional de Salud propone desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial interpuesta.

Sexto.- El 21 de mayo de 2007 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la propuesta de orden desestimatoria por considerarla ajustada a derecho, de conformidad con los preceptos aplicables al caso, la jurisprudencia sobre la materia y los informes técnicos incorporados al expediente.

Séptimo.- El 8 de mayo de 2007 se formula por la Dirección General de Administración e Infraestructuras propuesta de resolución, por la que desestima la reclamación patrimonial efectuada por Dña. xxxxx, en la que solicita la cantidad de 90.000 euros por los daños y perjuicios sufridos con motivo de una exéresis de tumoración en mama derecha en el Hospital hhhhh de xxxxx.

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 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.

3ª.- Concurren en el interesado los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992, de 26 de noviembre. La competencia para resolver la presente reclamación corresponde al Consejero de Sanidad, en virtud de lo dispuesto en el artículo 82.2 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León.

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 Autónoma de Castilla y León.

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo, la doctrina del Consejo de Estado así como la de este Consejo Consultivo, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) La existencia de un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado en relación con una persona o grupo de personas.

b) El carácter antijurídico del daño, en el sentido de que la persona que lo sufre no tenga el deber jurídico de soportarlo, de acuerdo con la Ley.

c) La imputabilidad a la Administración de la actividad dañosa, es decir, la integración del agente en el marco de la organización administrativa a la que pertenece o la titularidad pública del servicio o la actividad en cuyo ámbito se produce el daño.



d) La relación de causa a efecto entre la actividad administrativa y el resultado dañoso, nexo causal que implica la necesidad de que el daño sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de un servicio público o actividad administrativa en relación directa e inmediata.

e) Ausencia de fuerza mayor.

f) Que no haya transcurrido un año desde el momento en que se produjo el hecho causante.

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.- La interesada ha ejercitado su derecho en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común. En efecto, consta que lo hizo con fecha 20 de enero de 2006. La intervención quirúrgica tuvo lugar el 5 de julio de 2005 y fue dada de alta el 15 de julio. La última sesión de radioterapia la recibe con fecha 23 de noviembre de 2005.

6ª.- A la vista de éste y 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 es la de prestar la debida asistencia médica y no la de 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 la Sentencia de 26 de mayo de 1986, que marcó el comienzo de considerar generalizada la obligación de medios al establecer: "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 y 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”.

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 que “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 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 línea jurisprudencial consolidada por el Tribunal Supremo y acuñada por la doctrina del Consejo de Estado, 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.



En el caso que nos ocupa, es necesario valorar si la asistencia prestada a Dña. xxxxx resulta ajustada a las exigencias de la *lex artis*.

Para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de manifestar en primer lugar que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante, es preciso verificar si en el caso que nos ocupa se produjo una actuación médica inadecuada que propició daños a la interesada.

En cuanto a la carga de la prueba, cabe señalar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 20 de diciembre: "(...) del resultado de la prueba practicada no se logra acreditar que el daño causado sea consecuencia del actuar normal o anormal del servicio público de salud, sino de la propia gravedad de las lesiones sufridas, en las que el tratamiento dentro o fuera del centro hospitalario resultaba intrascendente y su resultado dependía más de la propia naturaleza del organismo que del tratamiento a aplicar ante las casi nulas posibilidades de curación, pues como ha declarado este mismo Tribunal en algún otro supuesto análogo en el que el daño causado no obedece al funcionamiento del servicio público, ni al actuar del personal que lo integra, sino a la gravedad de las propias lesiones, o a las dificultades presentadas espontáneamente durante una intervención quirúrgica durante la curación de las lesiones sufridas, no cabe exigir que se resuelvan siempre favorablemente ni daños ni menoscabo alguno cuando se han empleado los medios ordinarios para ello, pues la obligación del Servicio de salud y del personal a su servicio no es la de obtener siempre un resultado positivo sin daño, sino poner los medios y cuidados necesarios para curar con independencia de su resultado".

Por la paciente se manifiesta que la inmovilidad sufrida en su hombro se debe a la intervención quirúrgica de mama practicada. Sin embargo en ningún momento manifiesta ni la necesidad de la intervención de extirpación tumoral ni la idoneidad de esa intervención y tratamiento quimioterápico posterior.

En el informe emitido por la Inspección Médica se pone de manifiesto que la paciente fue correctamente diagnosticada, procediéndose al tratamiento mediante cirugía conservadora y vaciamiento axilar, posteriormente quimioterapia, radioterapia y sobreimpresión con Iridio/Electrones de lecho tumoral. Los consentimientos informados se encuentran debidamente cumplimentados y firmados, tanto los de la cirugía como los del tratamiento de



radioterapia que le fue explicado, figurando en ambos como posible complicación el linfedema de brazo y la limitación de movilidad de brazo y hombro.

Concluye el citado informe que: "La actuación médica a lo largo de todo el proceso asistencial fue correcta, no detectándose ninguna praxis inadecuada ni falta de asistencia, llevándose a cabo las pautas terapéuticas que su patología requería".

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

En el informe emitido por los Dres. rrrrr, bbbbb, vvvvv y ddddd, en relación con la asistencia recibida por la paciente se pone de manifiesto que "ni en el postoperatorio inmediato presentó signos de impotencia funcional que hicieran sospechar una lesión neurológica durante el acto quirúrgico, como se hubiera detectado si se lesionara el plexo branquial, ni en la revisión al mes refirió pérdida de la funcionalidad, que también podría ser signo a medio plazo de una lesión neurológica. De haber ocurrido algún accidente o imprevisto quirúrgico, la aparición de la clínica tendría que haber ocurrido en este plazo de tiempo".

Manifiestan que la alteración en la movilidad del brazo sí puede justificarse por la aparición de un linfedema secundario a la extirpación de los ganglios axilares e incluso potenciado por la radioterapia. Sin embargo esta complicación es un riesgo muy posible en la cirugía realizada y tratamiento radioterápico posterior.



Los riesgos de la citada intervención y tratamiento posterior, como manifestamos anteriormente, constan en las hojas de consentimiento informado de fecha 20 de mayo de 2005 que están debidamente firmadas por el médico y por la paciente. Expresamente se recoge como complicación: “e) Edema de brazo (...)”. También en la información facilitada en agosto de 2005 sobre la radioterapia se advierte expresamente la posibilidad de inflamación y disminución de la movilidad del brazo, dependiendo de la cirugía realizada y de las zonas irradiadas.

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

En el artículo 4 se señala que: “La información deberá extenderse como mínimo a la finalidad y naturaleza de cada intervención, sus riesgos y consecuencias”.

Por lo tanto, la actuación médica se llevó a cabo previa información y consentimiento de la paciente. Además, como ya manifestamos anteriormente, se realizó conforme la *lex artis ad hoc*, utilizándose las técnicas más adecuadas al respecto y reconociéndose la posibilidad de existencia de riesgos, como así se manifestó a la paciente, lo que supone que el deber jurídico de soportar el riesgo recae sobre la misma. Si la paciente, como es el caso, ha sido suficientemente informada de los riesgos que se derivan del acto clínico y ha autorizado la realización del mismo, puede afirmarse que el daño acaecido carece de la nota de antijuricidad.

Por otra parte conviene indicar que la paciente además de no acreditar el daño que se alega y su persistencia, tampoco ha justificado en la reclamación la cuantía solicitada.



**CONSEJO
CONSULTIVO**
DE CASTILLA Y LEÓN

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 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.