



Sra. Salgueiro Cortiñas, Presidenta

Sr. Estella Hoyos, Consejero y
Ponente

Sr. Fernández Costales, Consejero

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 29 de marzo de 2007, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de D. xxxxxx*, 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 13 de febrero de 2006 tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de D. xxxxxx, representado por su hijo D. yyyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 15 de febrero de 2006, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 97/2007, 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. Estella Hoyos.

Primero.- El 29 de octubre de 2003, D. yyyyy, en nombre y representación de su padre D. xxxxxx (nacido en el año 1928), presenta en el



registro del Hospital hhhh una reclamación de responsabilidad patrimonial por los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria prestada, en la que cuestiona el diagnóstico de las dos recidivas, reprochando que no se hubiese realizado un T.A.C. y en la que concluye solicitando:

“Una indemnización por todo el daño físico y psicológico producido a la persona de mi padre así como el tiempo tan ‘valioso’ perdido en detrimento de su salud e integridad física y por las consecuencias y sufrimiento producidos ante esta experiencia traumática a toda la familia.

»(...) la compensación económica producida por los gastos ocasionados en las intervenciones realizadas por el Dr. mmmm de forma privada; así como por la intervención realizada en la Clínica hhhh2 (gastos médicos, quirúrgicos, hospitalarios de desplazamiento, de estancia en xxxx, etc.)”.

Segundo.- En el informe de la Inspección Médica se describen los hechos en los siguientes términos:

“Paciente que observa en enero del 2003 que le ha brotado una verruga al lado del oído izquierdo a la altura de la patilla y que es derivado por el médico de cabecera para ser estudiado, correspondiéndole con el Dr. mmmm de Cirugía Plástica, quien diagnosticando un carcinoma decide intervenir el 10.02.03 con anestesia local, extirpando la lesión y aplicando un injerto libre de piel obtenido de su antebrazo izquierdo.

»El diagnóstico anatomopatológico es Carcinoma epidermoide bien diferenciado (folio 22). Se realiza su seguimiento mediante curas semanales.

»El 26.3.03 el paciente es visto de forma privada por el Dr. mmmm en el Sanatorio hhhh3, diagnosticándole una recidiva que decide intervenir (de forma privada) en dicha clínica el 28.3.03, siendo alta al día siguiente y remitiéndolo para realizar curas semanales al Hospital hhhh.

»El 29.8.03 el Dr. mmmm diagnostica en su consulta del H. hhhh una nueva recidiva y vuelve a derivarlo para atenderle de manera privada al



Sanatorio hhhh3, donde le interviene bajo anestesia general el 1.9.03, dándole de alta al día siguiente.

»El paciente decide pedir una 2º opinión a la Clínica hhhh2, donde acude el 9.9.03 y le diagnostican: 'Posible persistencia neoplástica cutánea en pabellón auricular y conducto auditivo externo con metástasis ganglionares ipsilaterales'.

»De acuerdo con el paciente, el 29.9.03 se realiza un 'petrosectomía subtotal con resección de la raíz cigomática y apertura de la articulación temporo-mandibular, resección parcial del pabellón auricular, una parotidectomía y vaciamiento ganglionar postero-lateral.

»El diagnóstico anatomopatológico es de carcinoma escamoso, pobremente diferenciado, con un marcado carácter infiltrativo de conducto auditivo externo, que metastatiza en la cadena ganglionar postero-lateral, e invade la raíz de la apófisis cigomática, el borde superior, a la mucosa de caja timpánica, el margen de resección de la pieza y membrana timpánica.

»Se aconseja completar el tratamiento con radioterapia externa.

»El 10.11.03 acude al Servicio de Radioterapia del Hospital hhhh donde se considera al paciente subsidiario de recibir radioterapia postoperatoria sobre el lecho quirúrgico.

»El paciente en paralelo es atendido por el Servicio de Oftalmología del Hospital hhhh que diagnostica: 'Queratitis neurotrópica en ojo izquierdo' y procede a realizar un 'trasplante de membrana amniótica' el 10.6.03 y ante la persistencia de la ulceración se realiza de nuevo el 18.11.03 al parecer con buenos resultados".

Tercero.- Acompaña a la reclamación la siguiente documentación:

- Diversa documentación médica relativa a la asistencia sanitaria prestada a D. xxxxxx en el Hospital hhhh3 de xxxx y en la Clínica hhhh2.

- Informe de 15 de septiembre de 2003 del Dr. mmmm, Jefe de Servicio de Cirugía Plástica del Hospital hhhh.



- Informe de 14 de octubre de 2003 del Dr. ccccc, de la Clínica hhhh2.

- Tres facturas emitidas por la Clínica hhhh2 por importe de 1.089,35 euros, 10.814,99 euros y 595 euros; dos facturas emitidas por el Sanatorio hhhh3 por importes de 426 euros y 531 euros; y tres facturas emitidas por diferentes profesionales por importes de 400 euros, 400 euros y 90 euros.

El 18 de noviembre de 2003 D. xxxxxx presenta un escrito en el que autoriza a su hijo, D. yyyyy, a intervenir en su nombre en relación con la reclamación formulada.

El 9 de diciembre de 2003 la parte reclamante presenta un nuevo escrito en el que manifiesta: "Que en la operación primera le fue tocado incorrectamente el 'nervio óptico' provocándole además una 'úlceras' en el ojo, que le impedía parcialmente la visión con serias molestias".

Cuarto.- En el expediente constan los siguientes informes de unidades médicas y profesionales:

- Informe de 15 de enero de 2004 del Dr. mmmm, Jefe de Cirugía Plástica del Hospital hhhh.

- Dictamen médico, de 20 de abril de 2004, emitido por el Dr. ppppp, especialista en cirugía maxilofacial.

- Informe de 6 de febrero de 2004 de la Inspección Médica, emitido por D. qqqqq.

Quinto.- Consta en el expediente el parte de reclamación del seguro de responsabilidad civil, así como un escrito dirigido a la Gerencia de Salud del Área de xxxx en el que se comunica que la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil estudió la reclamación sobre indemnización de daños, determinando finalmente rehusarla.

Sexto.- Con fecha 31 de mayo de 2004, de conformidad con el artículo 11 del Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en



materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, se acuerda la apertura del trámite de audiencia, concediéndose un plazo de quince días para formular alegaciones y aportar documentos.

Notificado el 3 de junio de 2004 a la parte reclamante, ésta comparece el 16 de junio de 2004 en la Gerencia de Salud de las Áreas de xxxx tomando vista del expediente, del que se le entrega una copia, y el 24 de junio de 2004 presenta un escrito de alegaciones.

Séptimo.- Con fecha 12 de enero de 2007, el Director General de Administración e Infraestructuras firma la propuesta de resolución del expediente, formulada en el sentido de desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada.

Octavo.- El 18 de enero de 2007 la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente sobre la propuesta de resolución indicada.

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.

3ª.- Concurren en la parte reclamante los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la referida Ley 30/1992. No obstante debió requerirse la documentación acreditativa, conforme al artículo 32 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de la representación en que interviene D. yyyyy.

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

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo (entre otras, Sentencias de 1 de marzo, 21 de abril y 29 de octubre de 1998; 28 de enero de 1999; 1 y 25 de octubre de 1999), así como la doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes de 27 de marzo de 2003, expte. nº 183/2003; 6 de febrero de 2003, expte. nº 3583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3251/2002), 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.

La parte 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. En efecto, consta que lo hizo el 29 de octubre de 2003, dentro, pues, del plazo indicado en dicho precepto, toda vez que el interesado fue atendido por los servicios sanitarios públicos durante ese año en diversas ocasiones.

5ª.- Entrando en el fondo del asunto, este Consejo comparte el criterio de la propuesta de resolución de 12 de enero de 2007 del Director General de Administración e Infraestructuras, reflejado en sus fundamentos de derecho, que conduce a desestimar la reclamación presentada.

Con carácter previo ha de señalarse que al objeto de apreciar la concurrencia o no de los presupuestos determinantes de la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, precisa analizarse la asistencia sanitaria prestada por ésta al paciente, no así la prestada por la sanidad privada, sino en cuanto hubiese podido venir motivada por la deficiente prestación de aquélla pero no cuando se acude a ella voluntariamente, abandonando la sanidad pública como ocurre en el presente caso.

En consecuencia el presente dictamen ha de ceñirse al estudio de la asistencia sanitaria prestada al reclamante en el Hospital hhhh, quedando fuera de aquél la prestada en el Sanatorio hhhh3 –aun por el Dr. mmmm– y en la Clínica hhhh2.



Así, este Consejo considera que el asunto ha de analizarse tomando como referencia la teoría de la *lex artis*, que desde hace años constituye un límite preciso de la objetiva responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria. Esta teoría se ha ido afinando por la reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencias de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Sexta, de 7 de junio de 2001, 5 de marzo de 2002 y 14 de octubre de 2002) y por la constante doctrina del Consejo de Estado (Dictámenes 81/2002, 82/2002, 3657/2002 y 3623/2003).

Parte de considerar que la obligación del médico o de los servicios sanitarios es una obligación de medios –recordamos aquí el primer pronunciamiento del Tribunal Supremo que generaliza tal criterio, Sentencia de 26 de mayo de 1986–, en tanto que no es posible asegurar la salud en términos absolutos. De ahí que la Administración sanitaria y sus agentes están 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* abarca no sólo intervenciones quirúrgicas, sino también tratamiento no quirúrgico y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis*, 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 cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis* (no siendo el daño antijurídico), 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.

La doctrina expuesta, aplicada al caso que nos ocupa, conduce a la desestimación de la solicitud del interesado.

Aun cuando el reclamante cuestiona que en la asistencia sanitaria prestada se aplicasen los medios adecuados y el tratamiento oportuno, particularmente al no realizarse ningún T.A.C., y alega “que en la operación primera le fue tocado incorrectamente el nervio óptico”, lo cierto es que son



afirmaciones formuladas sin aval técnico alguno. Este Consejo considera probado que las actuaciones del personal sanitario que atendió al paciente en la sanidad pública fueron correctas, sujetándose en todo momento a las reglas de la *lex artis ad hoc*.

La conclusión anterior se basa en el examen de la documentación obrante en el expediente, particularmente de los informes de la Inspección Médica y del Dr. ppppp, de los que cabe destacar:

a) En relación con los medios aplicados para el establecimiento del diagnóstico, el informe de la Inspección Médica indica: "En cuanto al establecimiento del diagnóstico clínico que fue acertado, la confirmación anatomo-patológica concordante con el anterior y la exéresis realizada el 10.2.03 en el Hospital hhhh creo no se aparta en nada a lo establecido por la *lex artis ad hoc*".

Diagnóstico correcto que avala la teoría de la falta de necesidad de realizar un T.A.C ante un tumor primario local de carácter superficial sin sospecha de encontrarse en un estadio avanzado.

b) En relación con la afectación del nervio óptico, más propiamente del nervio facial:

- En el informe de la Inspección Médica consta:

"En su reclamación de 9.12.03 nos añade 'que en su primera intervención le fue tocado incorrectamente el nervio óptico provocándole además una úlcera en el ojo'.

»Pues bien revisada su historia oftalmológica vemos que el diagnóstico fue de 'queratitis neurotrófica', este es un trastorno secundario a la afectación de la rama oftálmica del nervio trigémino (y no del nervio óptico como aduce el reclamante) que conduce a la disminución o abolición de la sensibilidad conjuntival y corneal, lo que puede conducir a la aparición de úlceras tróficas.

»Dada la situación del carcinoma epidermoide y la capacidad que tiene este de infiltrar y destruir localmente cualquier tejido, la



afectación de la rama oftálmica del trigémino por esta tumoración es totalmente probable, como también sería comprensible o por decirlo de otra forma, una complicación esperable el que pudiera ser afectado en la resección de una tumoración maligna de estas características”.

- Y en el informe del Dr. ppppp, según el cual:

“Durante la realización de las extirpaciones de las lesiones localizadas en la región frontal o temporal (frente y/o sien) se puede lesionar el nervio facial (su rama superior). Dicho nervio es el encargado de la movilidad facial (mímica facial, tono muscular y expresión de la cara). Cuando se lesiona su rama superior se produce una parálisis de los músculos de la frente, así como de los músculos que permiten el cierre del párpado. Al producirse una alteración en el cierre del párpado puede producirse una irritación de la córnea del ojo por falta de lágrima y sequedad. Si esta falta de movilidad palpebral se perpetúa se produce una irritación importante de la córnea (queratitis) que puede llevar a la producción de úlceras corneales.

»Las actuaciones del Dr. mmmm no justifican una lesión en el nervio óptico o en el nervio oftálmico. El primero, nervio óptico, conduce la información visual y su lesión se traduce en pérdida de visión y/o ceguera. El segundo, nervio oftálmico, es un nervio que conduce la sensibilidad del tercio superior de la cara. Su lesión produce anestesia del ojo y la frente, así como desaparición del reflejo corneal (cierre del ojo cuando se estimula la cornea con un algodón como respuesta a una irritación)”.

En este sentido hay que considerar que las alegaciones de la parte reclamante, cuestionando la asistencia médica practicada y con ello la observancia de la *lex artis*, realizadas sin aval técnico alguno, ceden frente a la rotundidad con que las opiniones técnicas señaladas dictaminan a favor de la corrección del tratamiento dispensado en todo momento al paciente. Estos juicios tienen, además, la garantía de haber sido emitidos por profesionales médicos, especialmente el realizado en el ejercicio de la Inspección Médica, que, aunque encuadrada en el aparato administrativo del Sacyl, actúa con independencia y objetividad.



Todo ello permite a este Consejo compartir la conclusión reflejada en el informe del Dr. ppppp, respecto de la asistencia prestada al reclamante en la sanidad pública, de que “no existen indicios de mala praxis”.

Por último ha de señalarse que no son reparables, al menos como pretensión ejercitable a través del procedimiento de responsabilidad patrimonial, los gastos ocasionados en la sanidad privada a quien abandona voluntariamente la sanidad pública, sin autorización previa de ésta, como se reseña en el informe de la Inspección Médica.

Respetada, pues, la *lex artis*, en la asistencia prestada al reclamante, y sin que haya quedado acreditado que dicha asistencia tuviese incidencia alguna en el devenir de los acontecimientos, el daño sufrido no tiene carácter antijurídico, conforme a todo lo expuesto más arriba, no resultando aquél imputable a la Administración sanitaria en sede de responsabilidad patrimonial. Esta conclusión, en consecuencia, conduce directamente a desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial 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 a instancia de D. xxxxxx, representado por su hijo D. yyyyy, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital hhhh.

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