



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, 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 26 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 9 de septiembre de 2008, tuvo entrada en este Consejo Consultivo la solicitud de dictamen preceptivo, sobre el *expediente de responsabilidad patrimonial como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su marido, D. vvvvv*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 15 de septiembre de 2008, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 771/2008, iniciándose el cómputo del plazo para que emitiera 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 el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su Ponencia al Consejero Sr. Madrid López.

**Primero.-** Con fecha 25 de mayo de 2005 tiene entrada en el registro de la Gerencia de Salud de Área de xxxx1, un escrito de reclamación de Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su marido, D. vvvvv, de 32 años de edad y padre de dos hijos de seis y cuatro años, por haberse producido un error y retraso en el



diagnóstico y una mala asistencia médica, “todo ello en la creencia de que un diagnóstico correcto y acertado en su momento, hubiese supuesto unas mejores expectativas para el enfermo”, lo que provocó su fallecimiento el día 21 de diciembre de 2004. Reclama por ello 300.000 euros por pérdida de ingresos de la unidad familiar y el daño moral que supone el fallecimiento de su esposo y padre de sus dos hijos.

Relata en su escrito los resultados de los diferentes episodios de la asistencia sanitaria recibida, que pueden resumirse de la forma siguiente:

- En el mes de octubre del año 2003, D. vvvvv comenzó a sentir fuertes dolores en la espalda, por lo que acude a su centro de salud, en el se le prescribe Efferalgan y se le manda hacer una placa por la que se determina que tiene la columna torcida y la quinta vértebra aplastada. Ante la ausencia de mejoría, acude de nuevo a urgencias del citado centro, donde se le recomienda poner calor en la zona afectada.

- En noviembre del mismo año el paciente empieza a sufrir vómitos y a dejar de comer, por lo que acude de nuevo a su centro de salud, que no le ofrece ninguna solución. La reclamante refiere trato inadecuado dispensado por su médico de cabecera.

- En los meses siguientes, ante la persistencia de los síntomas que presenta, acude reiteradamente a su centro de salud, donde se le recetan unas inyecciones de cortisona, “diclofenaco inyectable”; una vez terminado el tratamiento (dos cajas), su médico de atención primaria se niega a repetirlo y considera necesario la realización de unos análisis solicitados por el paciente.

- El día 8 de febrero de 2004 acude al Servicio de Urgencias del Hospital de xxxx1, donde, tras ser examinado, se concluye: “no patología urgente en el momento actual”.

- Persistiendo la situación, el enfermo y su esposa acuden de nuevo a su médico de cabecera, el cual, el 5 de marzo de 2004, les remite al servicio de traumatología. En ese momento el paciente continúa con vómitos, fuertes dolores de espalda y estómago y con una pérdida de peso de 19 kilos.



- D. vvvvv no puede acudir a la consulta del Servicio de Traumatología pautada para el día 26 de marzo de 2004, pues el día 11 de marzo ingresa de urgencia en el Hospital de xxxx1 por presentar una coloración amarilla, siendo sometido a una serie de pruebas. Entre estas pruebas, se practica una "gammagrafía osea", tras la cual se concluye que "no hay hallazgos patológicos en la cuarta vértebra lumbar". Finalmente se diagnostica que el paciente sufre un tumor en el estómago con tres focos en el intestino, técnicamente un "adenocarcinoma infiltrante tipo difuso gástrico".

- El 30 de marzo se le prescribe tratamiento consistente en medicación y sesiones de quimioterapia.

- El día 3 de noviembre ingresa de nuevo para ser intervenido quirúrgicamente, permaneciendo en el Hospital de xxxx1 hasta que el día 21 de diciembre fallece como consecuencia de un "edema agudo de pulmón en el curso de su deterioro progresivo por su Ca gástrico avanzado".

**Segundo.-** Al expediente se incorpora la siguiente documentación:

- I.- Informe de la Inspección Médica de 8 de diciembre de 2005.
- II.- Informe emitido por la compañía aseguradora del Sacyl, de 26 de enero de 2006.
- III.- Historia clínica.

**Tercero.-** Concedido el preceptivo trámite de audiencia el día 22 de diciembre de 2007, no consta que se hayan presentado alegaciones.

**Cuarto.-** Con fecha 13 de agosto de 2008, la Dirección General de Administración e Infraestructuras de la Gerencia Regional de Salud de Castilla y León formula propuesta de orden desestimatoria, por entender que no es posible hablar de incumplimiento de la *lex artis ad hoc*.

**Quinto.-** El 22 de agosto de 2008, la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad informa favorablemente la propuesta de orden indicada.



**Sexto.-** Consta haberse interpuesto recurso contencioso-administrativo, ante la desestimación por silencio de la reclamación presentada, que se sigue en la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León, de xxxx2, Procedimiento Ordinario 218/2006.

En tal estado de tramitación, se dispuso la remisión del expediente al Consejo Consultivo de Castilla y León para dictamen.

**Séptimo.-** El Presidente del Consejo Consultivo de Castilla y León, con fecha 20 de octubre de 2008, acuerda recabar, al amparo del artículo 54 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, un informe escrito de institución, entidad o persona con notoria competencia técnica en la materia, sobre aspectos concretos del expediente.

Asimismo, se suspende el plazo para la emisión del dictamen.

**Octavo.-** El 30 de enero de 2009 se recibe el informe del Profesor Titular de la Facultad de Medicina de la Universidad y Jefe de Servicio de Cirugía del Hospital Clínico Universitario de xxxx2, en relación con los aspectos concretos del expediente para cuya aclaración se solicitó.

Recibida dicha documentación, se reanuda el plazo para emitir el 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 Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

No obstante, cabe poner de manifiesto el excesivo tiempo transcurrido desde que la interesada presenta la reclamación (el 25 de mayo de 2005) hasta que se formula la propuesta de resolución (el 13 de agosto 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.-** En cuanto al examen de los requisitos de capacidad y legitimación exigidos por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, debe advertirse que no consta la relación de parentesco que une a la reclamante con el paciente fallecido, circunstancia que no obstante no ha impedido a la Administración Autonómica continuar el procedimiento sin solicitar su acreditación. Al haberse admitido la reclamación, se presume que consta acreditada la representación necesaria por alguno de los medios válidos en derecho, aunque esta circunstancia debiera haberse puesto de manifiesto en el expediente administrativo. Por ello, con el fin de evitar retrasos en la resolución del expediente, se procede a entrar en el fondo del asunto.

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 ejercitado en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, esto es, antes de transcurrir un año desde la fecha del hecho causante.

**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.

Además 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 concreta, 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.-** El asunto sometido a consulta versa sobre la reclamación presentada por Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su marido, D. vvvvv.

En cuanto al fondo de la cuestión planteada, estima este Consejo Consultivo, al igual que los órganos que han informado a lo largo del procedimiento, que procede desestimar la reclamación, en los términos y por las razones que se proceden a exponer y analizar.

Es necesario destacar en primer lugar que, al tratarse de una responsabilidad en el ámbito sanitario, la obligación es de medios y no de resultados, lo que supone la utilización de aquellas medidas que conozca la ciencia médica y que se encuentren a disposición del profesional sanitario en el lugar donde se produce el tratamiento.

En el presente caso, la parte reclamante alega en su escrito de reclamación que ha existido un retraso en el diagnóstico y consiguiente tratamiento. Considera que no se le han practicado la totalidad de las pruebas ni utilizado los medios necesarios a la hora de descartar cualquier lesión.

Conforme a la doctrina del Tribunal Supremo, sentada en Sentencias de 5 de junio, 7 de julio, 20 de octubre y 16 de diciembre de 1997 y 10 de febrero de 1998, entre otras, "la imprescindible relación de causalidad entre la actuación de la Administración y el resultado dañoso producido puede aparecer bajo formas mediatas, indirectas y concurrentes, aunque admitiendo la posibilidad de una moderación de la responsabilidad en el caso de que intervengan otras causas, la cual debe tenerse en cuenta en el momento de fijarse la indemnización. El hecho de la intervención de un tercero o una concurrencia de concausas imputables unas a la Administración y otras a personas ajenas e incluso al propio perjudicado, imponen criterios de compensación o de atemperar la indemnización a las características o circunstancias concretas del caso examinado".



Asimismo, ha de precisarse que el hecho de que la responsabilidad de la Administración sea objetiva, no convierte a la misma en responsable de todos los resultados lesivos que puedan producirse por el simple hecho de que ocurran en sus instalaciones. Como mantiene nuestro Tribunal Supremo en Sentencia, entre otras, de 5 de junio de 1998, “el concepto de relación causal se resiste a ser definido apriorísticamente con carácter general, supuesto que cualquier acaecimiento lesivo -y así ocurre en el presente caso- se presenta normalmente no ya como el efecto de una sola causa, sino más bien, como el resultado de un complejo de hechos y condiciones que pueden ser autónomos entre sí o dependientes unos de otros, dotados sin duda, en su individualidad, en mayor o menor medida, de un cierto poder causal. El problema se reduce a fijar entonces qué hecho o condición puede ser considerado como relevante por sí mismo para producir el resultado final”.

Continúa diciendo la referida Sentencia: “De las soluciones brindadas por la doctrina la teoría de la condición o de la equivalencia de las causas que durante tanto tiempo predominó en el Derecho Penal, según la cual es causa del daño toda circunstancia que de no haber transcurrido hubiera dado lugar a otro resultado, está hoy sensiblemente abandonada. La doctrina administrativista se inclina más por la tesis de la causalidad adecuada, que consiste en determinar si la concurrencia del daño era de esperar en la esfera del curso normal de los acontecimientos, o si, por el contrario, queda fuera de este posible cálculo, de tal forma que sólo en el primer caso el resultado se corresponde con la actuación que lo originó es adecuado a ésta, se encuentra en relación causal con ella y sirve como fundamento del deber de indemnizar. Esta causa adecuada o causa eficiente exige un presupuesto, una *conditio sine qua non*, esto es, un acto o un hecho sin el cual es inconcebible que otro hecho o evento se considere consecuencia o efecto del primero. Ahora bien, esta condición, por sí sola, no basta para definir la causalidad adecuada. Es necesario además que resulte normalmente idónea para determinar aquel evento o resultado teniendo en consideración todas las circunstancias del caso; esto es, que exista una adecuación objetiva entre acto y evento, lo que se ha llamado la verosimilitud del nexo. Sólo cuando sea así, dicha condición alcanza la categoría de causa adecuada, causa eficiente o causa próxima y verdadera del daño (*in iure non remota causas, sed proxima spectatur*). De esta forma quedan excluidos tanto los actos indiferentes como los inadecuados o inidóneos y los absolutamente extraordinarios determinantes de fuerza mayor”.





La cuestión se centra en determinar si la asistencia sanitaria prestada a D. vvvvv ha sido la adecuada.

La parte reclamante alega que el paciente ha sufrido una indebida asistencia, como consecuencia de "un mal diagnóstico inicial y de la mala asistencia médica recibida por su esposo".

Por tanto, puede señalarse que la base de su reclamación se centra en la existencia de retraso en el diagnóstico del cáncer que padecía y en que dicho retraso es imputable a la Administración Sanitaria, cuyos servicios médicos debieron realizar las pruebas adecuadas para haber podido diagnosticar a tiempo la dolencia.

Debe así analizarse si se puede hablar o no de error de diagnóstico y/o de retraso en el diagnóstico.

En este sentido, ha de partirse de lo mantenido en la Sentencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 10 de diciembre de 1996, en la que se mantiene, respecto a un posible error de diagnóstico, que "dicha confusión sólo se considerará negligente cuando, al aparecer signos muy claros de una enfermedad, se determina otra cuyos indicios clínicos nada tengan que ver con su apariencia, (...) se tendrá en cuenta la similitud de síntomas de la verdadera enfermedad con la que, por confusión, se diagnostica".

De conformidad con todos y cada uno de los informes que obran en el expediente, no puede llegarse a la citada conclusión. Así, de acuerdo con el informe elaborado por el Profesor Titular de la Facultad de Medicina y Jefe de Servicio de Cirugía del Hospital Clínico Universitario de xxx2, a instancia de este Consejo, "En nuestra opinión la actitud de su médico ha sido correcta porque no solamente trata adecuadamente la lumbalgia del paciente sino que además recomienda pruebas complementarias (analítica y radiología de columna vertebral) para constatar que se trataba de una lumbalgia de origen mecánico por sobreesfuerzo, como es habitual pensar en un varón joven cuya profesión (agricultor) requiere esfuerzos violentos frecuentes. (...) Es cierto que en febrero de ese año al dolor lumbar se añaden síntomas (vómitos y astenia) que ahora, conocido el diagnóstico definitivo, podían haber hecho sospechar enfermedad distinta a la lumbalgia mecánica pero también es cierto que esos



síntomas no son sugestivos de enfermedad gástrica y que la propia medicación administrada (antiinflamatorios) tiene efectos secundarios frecuentes sobre el estómago (...). La aparición de ictericia ya es un signo de afectación hepatobiliar (por compresión de la vía biliar extrínseca o por metástasis hepáticas) por lo que se completa así la evolución habitual del cáncer gástrico en fase terminal. La actuación del Servicio de Medicina Interna del Hospital de xxxx1 en este momento nos parece correcta (...).

»El síntoma inicial y persistente de "dolor lumbar" ha sido correctamente investigado y tratado en los distintos Servicios por donde ha sido estudiado y tratado el paciente. Si se hubiera practicado una Resonancia Nuclear o TAC de columna no hubiera demostrado, en mi opinión y en la de los especialistas que hemos consultado, la neoplasia gástrica porque la ventana utilizada para estudiar la columna vertebral no permitiría comprobar alteraciones en ésta ya que el dolor, como hemos señalado, está provocado no por la presencia de alteraciones vertebrales, como demostró la gammagrafía, sino por la infiltración de tejidos y órganos situados delante de la columna vertebral y que son la causa del dolor irradiado a región lumbar. Pero aun cuando estas exploraciones hubieran permitido detectar el tumor gástrico es indudable que el diagnóstico, en ese momento, hubiera sido indudablemente de enfermedad avanzada con nulas probabilidades de tratamiento eficaz (...).

»Solamente la práctica de una endoscopia digestiva alta (esofagogastroscofia) hubiera sido capaz de diagnosticar la enfermedad gástrica. La ausencia de síntomas digestivos iniciales no justifican su solicitud pero aun cuando se hubiera practicado en febrero de 2004 el diagnóstico de la enfermedad se hubiera hecho en fase avanzada y por lo tanto el pronóstico no se hubiera modificado (...).

»Los datos estadísticos y nuestra propia experiencia nos permiten constatar que la única forma de conseguir supervivencia prolongada en el cáncer gástrico es el diagnóstico precoz de la enfermedad es decir cuando está limitada a la mucosa y/o submucosa del estómago y no existe invasión de ganglios linfáticos, es decir en estadio 0 y IA de la enfermedad (ver más adelante). La lumbalgia, pérdida de peso y astenia son síntomas de enfermedad muy avanzada y por lo tanto sin posibilidades, en este tipo de tumores, de curación".



A similares conclusiones llegan los informes de la Inspección Médica y de la compañía aseguradora de Sacyl, señalando este último en sus conclusiones que "(...) no existió en nuestro juicio un retraso en el diagnóstico, sino una imposibilidad de realizar el mismo con antelación dado lo inespecífico de la sintomatología presentada por el enfermo y de las pruebas complementarias practicadas al mismo. En todo caso en base al tipo de tumoración diagnosticado y a la clínica presentada por el paciente, el hecho de haber podido diagnosticar el tumor gástrico el mismo 27 de octubre de 2003, no hubiera supuesto, en nuestro criterio, un cambio en el tratamiento y pronóstico del mismo, pues como ya hemos señalado se trataría desde el inicio de una tumoración gástrica en estadio avanzado".

De lo expuesto se deduce que el paciente no presentaba síntoma alguno que evidenciara de una manera clara la dolencia que efectivamente padecía, razón por la que no se puede hablar de error ni de retraso en el diagnóstico, en atención a la doctrina del Tribunal Supremo antes expuesta; y ello debido a que, tal y como consta en los diferentes informes que obran en el expediente, en el momento en que fue atendido -tanto en el Servicio de Atención Primaria como en el Hospital de xxxx1-, el diagnóstico no resultaba tan evidente como se pretende hacer ver una vez conocido el fatal desenlace de la enfermedad.

En consecuencia, ha de entenderse que el paciente recibió una asistencia sanitaria correcta, dentro de las posibilidades existentes en una medicina de medios y no de resultados, quedando acreditado que el tratamiento instaurado y las actuaciones seguidas al respecto eran adecuadas, dado su estado general según la *lex artis ad hoc*. No puede hablarse ni de error de diagnóstico, ni de retraso en el diagnóstico ni de tratamiento. A la luz de las pruebas practicadas, no se aprecia *mala praxis*.

**6ª.-** Sin perjuicio de las consideraciones anteriores, constando que la interesada ha interpuesto recurso contencioso-administrativo contra la resolución presunta, por silencio administrativo, denegatoria de su reclamación de responsabilidad patrimonial, resulta obligado advertir que, en el caso de que en dicho proceso hubiera recaído sentencia firme, no procedería ya dictar resolución alguna en vía administrativa, sino dar cumplimiento en sus propios términos al fallo de la sentencia.



Por último, igualmente ha de ponerse de manifiesto que la tardanza en resolver el presente expediente de responsabilidad patrimonial (no justificada, puesto que desde que fue interpuesta la reclamación ha transcurrido con creces el plazo de seis meses que tiene la Administración para resolver), trae consigo no sólo molestias y posibles perjuicios al interesado, al obligarle a acudir a la vía judicial con los gastos que ello conlleva de forma inexcusable de Procurador y Abogado, entre otros, sino también a la propia Administración de Justicia, con procedimientos que no deberían haberse ni siquiera iniciado, así como al personal encargado de la defensa de la Administración demandada.

### **III CONCLUSIONES**

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

Procede dictar resolución desestimatoria en el expediente de responsabilidad patrimonial como consecuencia de la reclamación presentada por Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a su marido, D. vvvvv.

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