



Sr. Amilivia González, Presidente

Sr. Estella Hoyos, Consejero

Sr. Fernández Costales, Consejero

Sr. Pérez Solano, Consejero

Sr. Madrid López, Consejero

Sr. Nalda García, Consejero y
Ponente

Sr. Sobrini Lacruz, Secretario

La Sección Segunda del Consejo Consultivo de Castilla y León, reunida en Zamora el día 16 de octubre de 2008, ha examinado el *expediente de responsabilidad patrimonial iniciado como consecuencia de la reclamación presentada a instancia de 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 15 de septiembre de 2008, 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. yyyyy, en representación de Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital General hhhhh de xxxxx*.

Examinada la solicitud y admitida a trámite con fecha 24 de septiembre de 2008, se procedió a darle entrada en el registro específico de expedientes del Consejo con el número de referencia 797/2008, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal como dispone el artículo 53 del Reglamento Orgánico del Consejo Consultivo, aprobado por Decreto 102/2003, de 11 de septiembre. Turnado por el Sr. Presidente del Consejo, correspondió su ponencia al Consejero Sr. Nalda García.

Primero.- El 30 de marzo de 2005, Dña. yyyyy, en nombre y representación de Dña. xxxxx, de 65 años de edad, presenta una reclamación de responsabilidad patrimonial por la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital General hhhhh de xxxxx.



En dicho escrito se expone que la paciente acude al Servicio de Reumatología de dicho hospital para diagnóstico orientado a determinar el origen de un dolor localizado a nivel escapular izquierdo, con irradiación a hombro izquierdo y franja hasta la base del seno izquierdo. Tras realizar diversas pruebas diagnósticas, se apunta ya que las lesiones que presenta son de difícil filiación, siendo probablemente de origen tumoral primario o secundario, por lo que se programa la realización de pruebas complementarias.

Manifiesta asimismo que la indeterminación de las pruebas practicadas, la tardanza en la práctica de las programadas, el importante incremento del dolor y la posibilidad apuntada de patología maligna, motiva el que se acuda a la Clínica hhhhh1 de xxxxx, donde se confirma la existencia de lesión tumoral, siendo intervenida y tratada, ocasionando unos gastos médicos cuyo reintegro fue desestimado por el Juzgado de lo Social de xxxxx. Reclama, por ello, una indemnización total de 43.838,52 euros.

Adjunta a su reclamación copia del poder de representación, de documentación clínica de la Sanidad Pública y de informes y facturas (sin que conste su compulsión) de la Clínica hhhhh1 de xxxxx.

Segundo.- Al expediente se incorpora, además de la historia clínica, informes de los Servicios de Radiodiagnóstico y Medicina Interna del Hospital General hhhhh de xxxxx que atendieron a la paciente, y el informe de la Inspección Médica, de 19 de octubre de 2005, que concluye señalando que la reclamante abandona la asistencia que estaba recibiendo en el hospital público e ingresa, por decisión propia o familiar, en el referido centro privado.

Tercero.- Concedido trámite de audiencia a la parte interesada a efectos de que formule alegaciones y presente los documentos y justificaciones que estime oportunos, la representación de la reclamante presenta un escrito en el que, tras formular las alegaciones que estima oportunas, reitera su pretensión indemnizatoria, por entender acreditada la existencia de denegación injustificada de asistencia.

Cuarto.- Obra en el expediente la interposición por parte de la interesada de recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta de la reclamación de responsabilidad patrimonial, su admisión a



trámite y la remisión del expediente administrativo al Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León el 9 de junio de 2006.

Quinto.- Consta en el expediente escrito de fecha 19 de junio de 2006, firmado por el Jefe de Servicio de Inspección, comunicando el rehúse de la petición indemnizatoria por la Comisión de Seguimiento del Seguro de Responsabilidad Civil.

Sexto.- Obra, asimismo, propuesta de resolución desestimatoria de la pretensión indemnizatoria, la cual es informada favorablemente, el 28 de agosto de 2008, por la Asesoría Jurídica de la Consejería de Sanidad.

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

II CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1ª.- El Consejo Consultivo de Castilla y León dictamina en el presente expediente, con carácter preceptivo, de conformidad con lo previsto en el artículo 4.1.h), 1º de la Ley 1/2002, de 9 de abril, reguladora del Consejo Consultivo de Castilla y León, correspondiendo a la Sección Segunda emitir el dictamen de acuerdo con lo establecido en el punto 4º, regla B), apartado f), del Acuerdo de 30 de octubre de 2003, del Pleno, por el que se determina el número, orden, composición y competencias de las Secciones.

2ª.- El procedimiento se ha instruido con arreglo a lo previsto en los artículos 139 a 144 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, desarrollados por el Reglamento de los procedimientos de las Administraciones Públicas en materia de responsabilidad patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo.

Debe reprocharse la evidente tardanza en la tramitación del expediente, ya que la reclamación se presenta el 30 de marzo de 2005 y la propuesta de resolución por el órgano competente es de 19 de agosto de 2008. Este retraso



necesariamente ha de considerarse una vulneración por la Administración de principios y criterios relativos a 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, sin olvidar el incremento que ha de conllevar necesariamente la cantidad que como indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración se vaya a conceder al reclamante, en su caso, mediante la oportuna resolución.

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 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 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 (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 3.583/2002; y 9 de enero de 2003, expte. nº 3.251/2002) y de este Consejo Consultivo (por todos, Dictámenes 1.008/2005, de 1 de diciembre; 1.134/2005, de 12 de enero de 2006; 59/2006, de 19 de enero; y 300/2006, de 23 de marzo), 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 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 ad hoc* abarca no sólo



intervenciones quirúrgicas, sino también tratamientos no quirúrgicos y de diagnóstico.

Por tanto, según el criterio de la *lex artis ad hoc*, sólo existirá responsabilidad cuando se infrinjan los parámetros que constituyen dicho criterio, estando, pues, en relación con el elemento de la antijuridicidad; de modo que existe obligación de soportar el daño -por no ser éste antijurídico- cuando la conducta del médico que ha tratado al paciente ha sido adecuada a la *lex artis*, mientras que, en caso contrario, cuando la actuación del médico ha sido contraria a la *lex artis*, la obligación de reparar recae sobre la Administración.

Quiere con ello decirse que, incluso en aquellos supuestos en los que pudiera producirse un error de diagnóstico, de tal circunstancia no cabe derivar automáticamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, toda vez que pueden producirse situaciones en las que, la evolución silente de la dolencia u otras circunstancias, hayan impedido acertar con el diagnóstico, a pesar de la correcta actuación seguida a tal fin por los servicios sanitarios.

5ª.- El asunto sometido a dictamen versa sobre la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por Dña. yyyyy, en representación de Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada a la reclamante por los servicios sanitarios públicos.

La reclamación se ha interpuesto en tiempo hábil, de acuerdo con lo establecido en el artículo 142.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre. Consta que se formuló el 30 de marzo de 2005, es decir, antes de transcurrir un año desde la finalización de la estancia en la clínica privada, momento en el que tiene lugar la determinación definitiva del daño físico alegados en su reclamación como es el descenso en las posibilidades de supervivencia.

6ª.- En cuanto al fondo del asunto, es necesario valorar si la asistencia prestada a la reclamante resulta ajustada a las exigencias de la *lex artis*, ya que la interesada alega que existió por parte de los servicios médicos un error de diagnóstico y una denegación de la asistencia debida, lo que la obligó a acudir a la medicina privada; motivo, por lo tanto, de su pretensión indemnizatoria.



Antes de entrar a analizar el presente caso, es preciso tener en cuenta que por la parte interesada -así se manifiesta en su escrito de reclamación- se ejercitaron acciones en la jurisdicción social por reintegro de gastos médicos, que fueron desestimadas por sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de xxxxx.

Para determinar si existe responsabilidad por parte de los servicios sanitarios, además de manifestar que en estos supuestos la carga de la prueba incumbe al reclamante, es preciso verificar si en el caso sometido a dictamen se produjo una pérdida de oportunidad (esto es, que se hubiera agravado la situación del paciente por la tardanza en su tratamiento) y determinar si el tratamiento recibido por la paciente era el adecuado a la patología que presentaba.

En relación con el retraso de diagnóstico alegado por la paciente, hay que tener 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 bien 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 habido pérdida de oportunidad, tal y como manifiesta numerosa jurisprudencia, "(...) debemos acudir a las estadísticas científicas que la cuantifiquen, según la situación planteada, o la estadística, evidentemente abstracta, indica cuál es la oportunidad".

Pues bien, por parte de la reclamante no se ha logrado acreditar que el diagnóstico del Servicio Público de Salud fuera erróneo, ni que existiese denegación de la asistencia debida, puesto que todas las actuaciones que se llevaron a cabo en el Hospital General hhhhh fueron encaminadas a detectar, de forma correcta, la patología de la reclamante, realizándose pertinentemente y con celeridad las pruebas oportunas para dicho fin, siendo la decisión de acudir a la medicina privada libremente adoptada por la reclamante, sin que se



viere obligada o abocada a ello por el tratamiento dispensado en la Sanidad Pública.

A la paciente se la cita para que acuda el 16 de marzo de 2004 al Hospital hhhhh2 de xxxxx, al objeto de realizarse una gammagrafía ósea. Por voluntad propia, el 8 de marzo de 2004 acude a la Clínica hhhhh1 de xxxxx, donde se la diagnostica y realizan las mismas pruebas que en la sanidad pública. No se puede por lo tanto considerar la existencia de error de diagnóstico, ni de denegación de asistencia, al estar programadas las intervenciones que debería recibir en la sanidad pública, en un tiempo acorde a la patología presentada.

Así, del informe emitido a instancia de la compañía sssss se desprende que la reclamante, después de recibir el diagnóstico de su enfermedad en la sanidad pública, decide libre y voluntariamente ser intervenida quirúrgicamente en un centro privado, a pesar de que dicha intervención es ofertada por la Sanidad Pública.

El informe emitido por el médico reumatólogo del Hospital hhhhh3, indica que a la paciente se la practicaron diversas pruebas, Resonancia Magnética y Tac, y gammagrafía ósea, y que no volvió a consulta para recoger los resultados de las pruebas practicadas.

Por otra parte, dada la situación de la paciente, el tratamiento que hubiera seguido en la sanidad pública con sus consiguientes consecuencias, hubiera sido el mismo que el recibido en la clínica privada.

La jurisprudencia señala que cuando la lesión deriva exclusivamente de la patología que presenta la paciente, como en el presente caso, no nace el deber indemnizatorio de la Administración Sanitaria.

Al respecto cabe reseñar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del Principado de Asturias de 20 de diciembre de 1999, que afirma: "(...) 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 sin 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”.

A mayor abundamiento, según 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 art. 141.1 que “solo serán indemnizables las lesiones producidas al particular provenientes de daños que éste no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley”.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, no puede concluirse que la asistencia recibida por la paciente constituyese un supuesto de infracción de la *lex artis ad hoc*, sino que, por el contrario, las actuaciones sanitarias llevadas a cabo fueron correctas.

En conclusión, debido a la ausencia de relación causal entre la negligencia médica -el retraso diagnóstico-terapéutico- y los daños alegados por la reclamante, no procede declarar la responsabilidad patrimonial de la Administración.

7ª.- Finalmente, sin perjuicio de las consideraciones anteriores, y constando que la interesada 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 Dña. yyyy, en representación de Dña. xxxxx, debido a los daños y perjuicios derivados de la asistencia sanitaria que le fue prestada en el Hospital General hhhhh de xxxxx.

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